

Verband Freier Radios Österreich

**Gemeinnützige
Medien-Archive in Österreich**

**Rechtliche Grundlagen,
Nutzungsbarrieren und
Lösungsansätze**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Copyright © 2014 Facultas Verlags- und Buchhandels AG
facultas.wuv Universitätsverlag, A-1050 Wien
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der
Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.
Printed in Austria
ISBN 978-3-7089-1197-7

Vorwort der Herausgeber

Von der Musikkassette zum größten Online-Sendungsarchiv in Österreich

Es dauerte lange, bis Freies Radio auch in Österreich legal zu hören war – und es bedurfte großer Anstrengungen, dieses heute selbstverständliche demokratiepolitische Instrument Wirklichkeit werden zu lassen. Das ist nicht nur den zahlreichen zunächst illegalen Piratensendern zu verdanken, sondern allen Menschen, die sich in langwieriger Lobbying-Arbeit und mit juristischen Mitteln für die Gestaltung eines Massenmediums durch breite Bevölkerungskreise einsetzten. Ihnen allen gilt unser aufrichtiger Dank.

Die Freie Radiobewegung in Österreich hat eine „bewegte“ Geschichte, mit der die des Cultural Broadcasting Archive (CBA) untrennbar verbunden ist. Alexander Barasits, erster Verbands-Obmann und damaliger Geschäftsführer von Radio FRO in Linz, beauftragte im Herbst 1999 Manuela Mittermayer, eine EDV- und Internet-gestützte Lösung für den Sendungstausch zwischen den Radiostationen zu entwickeln. Bis dahin geschah das über per Post verschickte Kassetten.

Den Prototypen einer Online-Plattform für den Sendungstausch präsentierte Manuela Mittermayer im Rahmen des „Free Speech Camp“ bei der Ars Electronica im Jahr 2000. „Diese Software“, hieß es in der damaligen Einladung, „stellt ein Werkzeug dar, mit Hilfe dessen Programm aufgezeichnet, automatisch wiederabgespielt und archiviert werden kann.“ Ingo Leindecker, damals noch Schüler, setzte ihre Arbeit dann zusammen mit Roland Jankowski und August Black von Radio Orange fort. Nach einigen Jahren übernahm der Verband der Freien Radios auch offiziell die Trägerschaft der Plattform, die sich mittlerweile zu einem Audioarchiv mit rund über 45 000 Beiträgen und eine Gesamtspielzeit von ca. 33 000 Stunden entwickelt hatte.

Das Freie Radio lebt vom freiwilligen und vielfach unentgeltlichen Engagement tausender ProgrammacherInnen. Oftmals waren wir mit unserem Tun „der Gesetzeslage voraus“. Nichtsdestotrotz bietet Rechtssicherheit die Grundlage dafür, das wir uns auf unsere Kernkompetenz konzentrieren können – die Produktion von Radiosendungen.

Die Archivierung und Zugänglichmachung dieser Radiosendungen im Internet befreit das Radio von seiner Flüchtigkeit: Wir möchten unsere Arbeit allen, die sie hören wollen, kostenlos zur Verfügung stellen – und das rechtskonform und rechtssicher. Dazu will diese Studie einen Beitrag leisten.

Online Archive Freier Radios als demokratie- und bildungspolitisches Gemeingut

Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der freien Radios und des CBA sei abschließend noch ein Blick in die unmittelbare Gegenwart des CBA geworfen.

2009 wurden die Nutzer der Plattform, die Freien Radios, im KOMMAustria-Gesetz (KOG, § 29) zur Einrichtung des Nichtkommerziellen Rundfunkfonds (NKRF) als nichtkommerzielle Rundfunkbetreiber bzw. nichtkommerzielle „Privatradios“ definiert. Die Förderrichtlinien des NKRF (einsehbar auf der Homepage der Rundfunk & Telekommunikation Regulierungs-GmbH RTR) detaillieren das „hochwertige Programmangebot“ dieses dritten Rundfunksektors als einen „Beitrag zur Förderung der österreichischen Kultur, der kulturellen Vielfalt, des österreichischen und europäischen Bewusstseins sowie der Partizipation, Information und Bildung der Bevölkerung“ sowie als ein „wichtiges Komplementärangebot zu den öffentlich-rechtlichen und privaten kommerziellen Angeboten“.

Die rechtlichen Grundlagen des CBA – von Menschenrechten bis hin zu Verwertungsrechten und den damit verbundenen Lizenzierungsverfahren – müssen im Licht dieser gesetzlichen Bestimmung der Freien Radios interpretiert werden. Nur im Kontext der Begriffsdefinition Freier Radios als Komplementärmedien und Ausbildungsinstitutionen entfalten die in diesem Band vorgestellten rechtlichen und kulturpolitischen Überlegungen zum CBA ihre volle Bedeutung.

So schließt die Unterscheidung zwischen kommerziellen und nichtkommerziellen Privatradios die Verfolgung von kommerziellen Erwerbszwecken für die Produktion – und damit auch die Archivierung – nichtkommerzieller Radioprogramme aus. Um Missverständnisse in Zukunft zu vermeiden, muss diese Trennlinie zum kommerziellen Formatradio (prototypisch in Österreich steht hierfür der bundesweite Sender „Kronehit“) und seinen Online-Angeboten in Zukunft noch detaillierter formuliert werden. So scheint es unmittelbar einleuchtend, dass die musikalische Ausgestaltung eines Privatradioprogramms zum Zweck der Lukrierung von Werbemitteln (Programm als Verkaufsumgebung für die in Werbeeinschaltungen präsentierten Produkte bzw. deren Kundengruppen) sich grundsätzlich von der ehrenamtlichen Produktion und Zurverfügungstellung der Sendungen engagierter BürgerInnen unterscheidet.

Letztere sind, wenn sie im CBA zur Verfügung gestellt werden, ein öffentliches Gemeingut, dessen Ermöglichung – von den bereitgestellten Studios bis hin zu den vielfältigen Ausbildungsangeboten – vom NKRF unter der Voraussetzung, dass die nichtkommerziellen Veranstalter „einen offenen Zugang der

Allgemeinheit zur Gestaltung von Sendungen ihres Programms gewährleisten“ (vgl. § 29, Abs 3 KOG) aus öffentlichen Mitteln (aktuell ca. 0,3% der Rundfunkgebühr) gefördert wird.

Die Differenz von Verwertung und Aneignung (Elisabeth Mayerhofer) trifft in diesem Sinn im Kern auf die ehrenamtliche Programmproduktion Freier Radios zu: Sendungen die „im offenen Zugang von der Allgemeinheit gestaltet werden“ zielen nicht auf die *Verwertung* urheber- und verwertungsrechtlich geschützter Kulturgüter zum Zwecke des Erwerbs, sondern auf die *Aneignung* der gesellschaftlichen und kulturellen Realität im Prozess des Radio-Machens und -Hörens. Diese Aneignung feierte im Entstehungsjahr der Studie ihr fünfzehntes Jubiläum und wird in der historischen Dimension umso klarer auch als *medienkulturelles Erbe* deutlich.

Seit über 15 Jahren nehmen die AkteurInnen Freier Radios in ganz Österreich ihr Recht auf freie Meinungsbildung *durch aktive Medienaneignung* wahr – sowohl in der Sendungsproduktion als auch beim Hören von Radiosendungen. In der Sendungsproduktion demonstrieren die vielseitig gestalteten Bestände des CBA die Aneignung der Wirklichkeit durch medientechnische und kommunikative Fähigkeiten von der Recherche bis hin zum Audioschnitt. Aneignung spiegelt sich aber auch in der Nutzung bzw. der Rezeption der Archivbestände wider. In den Ohren der CBA-NutzerInnen entfaltet sich ein Panorama der österreichischen Zivilgesellschaft in Kontext europäischer und globaler Vernetzung. Dokumentiert werden Themen wie soziale Inklusion, Umweltschutz, Subkulturen und Geschlechtergerechtigkeit ebenso wie die mit ihnen verknüpften gesellschaftlichen Diskussions- und Entwicklungsprozesse. Die Hosting-Plattform des VFRÖ wird entsprechend auch von PädagogInnen und Bildungseinrichtungen gern als Wissensquelle genutzt.

Online-Archive Freier Radios zeigen also auch die demokratischen Potenziale des Internets als Plattform alternativer Öffentlichkeiten auf. Lange bevor öffentlich-rechtliche Sender ihre Programme zum Nachhören anboten, erkannten die Betreiber des CBA das Potenzial für HörerInnen, sich die diversen, häufig sogar mehrsprachigen Programmangebote Freier Radios online anzueignen. Diese Nutzung bündelt eine Vielfalt an Medienkompetenzen, allen voran das aktive Suchen und Auswählen einzelner Programmangebote sowie die Verarbeitung komplexer und anspruchsvoller Inhalte, die sich häufig einem Nebenher-Hören entziehen. Der offene Zugang zur Gestaltung von Sendungen, wie er vom Gesetzgeber formuliert wird, berührt also nicht nur die Sendungsproduktion sondern auch den offenen Zugang zur aktiven Nutzung der vielschichtigen Freien Radioprogramme. Mit der „Befreiung des Radios von seiner Flüchtigkeit“ (Andreas Wahl) wird die mediale Teilhabe entschleunigt und individuelle Nutzungs- und Verstehensweisen tausender von HörerInnen werden möglich.

Wir sind überzeugt davon, dass österreichische ebenso wie internationale UserInnen das Recht haben, auf das medien- und rundfunkhistorische Erbe Freier Radios zuzugreifen, und zwar immer, überall und in ihrem eigenen Rezeptionstempo. Die vorliegende Studie zeigt konstruktiv Wege auf, wie jenseits einer kommerziellen Verwertungslogik ein gesetzlicher Rahmen für diese bildungs- und medienpolitisch hochbrisante Teilhabe an Medien- und Meinungsvielfalt geschaffen werden kann.

Wien, April 2014

Sibylle Moser / Andreas Wahl

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
Inhaltsverzeichnis	7
<i>Joachim Losehand</i>	
Die Phänomene des Digitalen und das Faktische urheberrechtlicher Regulierungsnot	9
<i>Elisabeth Mayerhofer</i>	
Urheberrecht und politische Partizipation	25
<i>Paul Stepan</i>	
Urheberrecht und Subventionen – Anreizprobleme zwischen zwei staatlichen Interventionen	35
<i>Christoph Tschohl</i>	
Digitale Radioarchive aus der Perspektive der Grund- und Menschenrechte	43
<i>Paul Kimpel</i>	
Audiovisuelles Erbe – der urheberrechtliche Ernstfall	55
<i>Leonhard Reis</i>	
Grundfragen der Online-Auswertung von Werken der Musik – Ein Überblick	65
<i>Clemens Thiele</i>	
Die besonderen medienordnungsrechtlichen Voraussetzungen einer online zugänglichen Archivierung von audio-visuellen Werken mit Inhalten im öffentlichen Interesse	77
<i>Till Kreuzer</i>	
Nutzungsrechtserwerb durch gemeinnützige Rundfunkarchive – Lösungsvorschläge für das Problem massenhafter Rechtklärung	89

Alexander Baratsits

Online-Archive nichtkommerzieller Radios und
Klärung massenhafter Nutzungsrechte
Möglichkeiten einer österreichischen (Zwischen-)Lösung 109

Die Phänomene des Digitalen und das Faktische urheberrechtlicher Regulierungsnot

*Joachim Losehand**

20 Jahre – Eine kurze Geschichte der Digitalen Informationsgesellschaft

Gestern, im Jahr 1993, ist die Welt noch in Ordnung. Der Zugang zu Wissen, Kunst und Kultur ist durch die Existenz von Archiven, Bibliotheken und Mediatheken gesichert und gewährleistet: Jedermann kann Bücher, Zeitschriften, Filme, Schallplatten und Compact Discs dort einsehen (oder anhören), ausleihen und dort oder hier Kopien zum eigenen Gebrauch anfertigen.

Kinder, Jugendliche und Erwachsene nehmen teils weite Wege auf sich, um ihren Wissensdurst und ihr Interesse an Geschichte und Philosophie, Kunst und Kultur, Wissenschaft und Technik zu stillen. Bücherwagen der Fernleihe fahren regelmäßig von Bibliothek zu Bibliothek und manche Werke gehen auch per Post auf Reisen.

Langsam, doch stetig, hält die EDV Einzug – Karteikastensysteme werden sukzessive durch elektronische Kataloge ersetzt, auch die Ausleihformulare enden als Schmierzettel, die Bestellung funktioniert per Knopfdruck.

Auch die Bibliographischen Hilfsmittel beginnen ihren Weg in die elektronische Welt. Und inzwischen sind Internet-Zugänge zu den Bibliothekskatalogen üblich geworden, sodass von Zuhause aus Literatur und Medien recherchiert und vor Ort oder über Fernleihe bestellt werden können.

Mit dem Dokumentenlieferdienst „subito“, an dem rund 40 Bibliotheken aus Deutschland, Österreich und der Schweiz teilnehmen, haben Nutzer inzwischen die Möglichkeit, direkt (...) kostenpflichtig einzelne Aufsätze aus Zeitschriften per E-Mail innert weniger Tage zugesandt zu bekommen; auch der Buchversand über den Postweg macht „subito“ dort möglich, wo das Fern-

* **Joachim Losehand** (Dr. phil., M.A.), Univ.-Lektor, ist Kulturhistoriker und seit 2013 tätig für den Verband der Freien Radios Österreich, Lead Science Commons bei creative commons Austria, als Archivar im Zentrum QWIEN dort zuständig für Digitalisierung, Koordinator Urheberrecht und Konsumentenschutz bei VIBE; Text cc by 4.0 Joachim Losehand.

leihsystem an regionale oder nationale Grenzen stößt. Und ganz nebenbei geht eine neue Internet-Suchmaschine mit dem befremdlichen Namen „Google“ an den Start. Wir schreiben das Jahr 1998.

Sieben Jahre später, 2005, beginnt dieses „Google“, die Bibliotheksbestände US-amerikanischer und britischer Universitäten zu digitalisieren und über den Dienst „Google Books“ online und mit Volltextsuche öffentlich zugänglich zu machen. 2007 wird die Bayerischen Staatsbibliothek in München Partner und 2010 die Österreichische Nationalbibliothek, die in der Folge 400.000 Bände vom 16. bis ins 19. Jahrhundert digitalisieren und online zugänglich macht.

Die elfjährige Erfolgsgeschichte des deutschen Dokumentenlieferdienstes „subito“ endet übrigens zwei Jahre zuvor, im Jahr 2008, abrupt: Mit dem so genannten „Zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ zum 1. Jänner 2008 muss der elektronische Dienst von digitalen E-Mail-Lieferungen auf papiergebundenen Fax- und Postversand umstellen, da der „2. Korb“ des deutschen Urheberrechtsgesetzes dazu zwingt, mit jedem Verlag, dessen Werke angeboten und bestellt werden, eigene Lizenzverträge abzuschließen.

Die elektronische Lieferung kann nach Verhandlungen mit Verlagen einige Zeit später wieder aufgenommen werden, jedoch zu Bedingungen, die einseitig die Rechteinhaber begünstigen und gleichzeitig einseitig die Nutzer belasten:

- 1) Die Dokumente werden in elektronischer Form seitdem nur noch als graphische Datei versandt werden, so dass weder eine Volltextsuche möglich ist, noch elektronisch Sätze oder Passagen aus dem Dokument herauskopiert und übernommen werden können: jedes Wort muss wie vor zehn Jahren händisch abgeschrieben werden.
- 2) Es gibt unterschiedliche technische Schutzmechanismen (DRM), vom Wasserzeichen bis hin zur Beschränkung der lokalen Speicherung, zur Häufigkeit, das Dokument aufzurufen (höchstens zehnmal auf einem Rechner) und auszudrucken (zweimal auf demselben Rechner). Zudem können Dokumente nach Ablauf eines Monats mittels „time-out“-Funktion nicht mehr geöffnet werden und sind damit unbrauchbar.
- 3) Außerdem darf „subito“ nur Anfragen beantworten, zu denen mit den betreffenden Verlagen Lizenzverträge abgeschlossen wurden und wenn diese Verlage kein eigenes, stets kostenpflichtiges, Online-Angebot haben. (Wir sprechen hier von Aufsätzen in wissenschaftlichen Periodika, nicht von Publikumszeitungen oder -zeitschriften.)

Natürlich lassen sich diese Beschränkungen – völlig legal – dadurch umgehen, dass man die elektronisch gelieferten Dokumente, genauso wie die Do-

kumente, die man auf den Post- oder Faxweg erhalten hat, selbst wieder durch einen Scanner digitalisiert und als pdf-Dokument für die individuelle Volltextsuche aufbereitet.

Das Beispiel verdeutlicht umso mehr die Kluft, die selbst zwischen der abgegrenzten und von überwiegend nicht-kommerziellen Interessen geleiteten Wissenschafts-Gemeinschaft und den Rechteinhabern (Verlagen) besteht – obgleich jene Verlage die Partner und Produzenten derselben Wissenschafts-Gemeinschaft sind, deren Rechte und Arbeitsmöglichkeiten sie durch Lizenzbedingungen beschneiden. Deutlich wird hier aber auch die auf die Anwendungsmöglichkeiten des ständigen technischen Fortschritts und der Möglichkeiten in der Digitalen Informationsgesellschaft hemmend wirkende Rechtslage, die privatrechtlichen Eigentumsansprüchen einen so hohen und ausschließlichen Stellenwert zugesteht. Statt die faktischen Möglichkeiten der Digitalisierung und der modernen Kommunikationsnetze voll auszuschöpfen – und so durch neue arbeitserleichternde und zeitsparende Methoden den gesellschaftlich und volkswirtschaftlich wichtigen Bereich wissenschaftlicher Forschung und Lehre zu unterstützen und zu fördern, werden Institutionen noch im Jahr 2013 gezwungen, wie im Jahr 1993 zu denken und immaterielle elektronische Medien und Dokumente zu behandeln wie materielle, ans Trägermaterial Papier gebundene Werkstücke.

Das moderne Urheberrecht zielt genauso wie die ersten Verleger- und Druckprivilegien der frühen Neuzeit ab auf den legitimen Schutz von Autoren und Verlagen, die in die Produktion von Büchern (und später anderen Medien), viel Zeit und Geld investiert haben. Sein Prinzip ist einfach und einleuchtend: Um zu verhindern, dass die Früchte geistiger Arbeit und materieller Investitionen durch Dritte mittels Schwarzdrucken von anderen geerntet werden, erhalten Urheber oder Verlage in einem bestimmten Zeitraum und Territorium das alleinige Recht, ein Werk zu veröffentlichen, zu vervielfältigen und zu verbreiten. Durch ein solches zeitliches begrenztes Monopolrecht soll verhindert werden, dass aufgewendete Zeit und eingebrachte Investitionsmittel durch konkurrierende Angebote des gleichen Werks nicht adäquat honoriert werden. Im Laufe der letzten dreihundert Jahre, seit dem Statute of Anne von 1710 haben sich nicht nur Werkarten und die Verbreitungswege erweitert, auch der für notwendig erachtete Schutz von Urhebern und Produzenten beziehungsweise Investoren ist ausgeweitet worden. Durch internationale Verträge und Abkommen gelten Urheberrechte weitgehend global und nicht mehr territorial, und durch nationale und später europäische Gesetze wurde der Schutz sowohl inhaltlich wie auch zeitlich ausgeweitet – von ursprünglich 14 Jahren für jedes Werk mit einmaliger Verlängerungsmöglichkeit um weitere 14 Jahre, auf heute bis zu 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers.

Dieses System funktioniert auch 2013 noch zur Abwehr illegaler kommerzieller Ausbeutung von Werken der Kunst, Kultur und Unterhaltung durch Drit-

te, stößt aber schnell an seine Grenzen dort, wo private Nutzer oder auch öffentliche Einrichtungen nicht-kommerzielle Interessen verfolgen. Denn mit der technischen Entwicklung, der industriellen Massenproduktion und nicht zuletzt durch die globalisierten Kommunikationsmittel und -netze lassen sich von Laien ohne größeren materiellen Investitionsaufwand fast schon professionelle Produktionsergebnisse erzielen und diese online auf einem globalen Markt veröffentlichen und verbreiten. Die digitale Technik macht es heute unmöglich, zwischen „Original“ und „Kopie“ einer digitalen Datei zu unterscheiden, im ontologischen Sinn gibt es letztlich kein digitales „Original“ und keine digitale „Kopie“. Wie das oben angeführte Beispiel der Entwicklung des „subito“-Dokumentenlieferdienstes zeigt, tun sich Menschen schwer, diesen grundlegenden Paradigmenwechsel in der Digitalen Informationsgesellschaft nicht nur angemessen in Worte zu fassen (denken wir an den juristisch wie technisch zweifelhaften Begriff der „Raubkopie“), sondern auch Bekanntes – wie die Zustellung von wissenschaftlichen Aufsatzkopien – im Digitalen grundsätzlich neu zu denken.

Bei aller Wortgewalt mancher Interessenvertretungen ist die Sprachlosigkeit angesichts der nur schwer in Analogien zu fassenden digitalen Technik und ihrer Nutzungsmöglichkeiten ebenso groß wie die Verunsicherung mancher Menschen und Gruppen, die in ihrer Lebenszeit bis heute mehr technische Umwälzungen miterleben durften oder mussten, als manche Völker während deren gesamter Existenzdauer. Der gern zitierte „clash of cultures“ geht quer durch unsere Kultur, Befürworter des Internets werden als Gegner des Urheberrechts punziert, Befürworter des Urheberrechts als rückständig und gestrig abgetan – und beide Seiten empfehlen einander den „Realitäts-Check“ angesichts eines drohenden „Realitäts-Schocks“.

Zwischen den Fronten stehen dabei Archive, Bibliotheken, Mediatheken und Museen, die weder individuelle noch kommerzielle Interessen im Blick haben, sondern die zeitgemäße und zukunftsorientierte Bewahrung und Zugänglichmachung unseres kulturellen Erbes, das aus Information, Wissen, Technik und Kunst besteht. Die Pläne der Österreichischen Nationalbibliothek, zukünftig nur noch E-Book-Exemplare im Rahmen der Ablieferungspflicht anzunehmen bzw. anzukaufen, weil jedes einzelne gedruckte Buch vor Ablauf der Schutzfrist nur mit Einverständnis der Rechteinhaber digitalisiert werden kann, ist dabei durch die der Interessenvertretung „IG Autorinnen Autoren“ scharf angegriffen worden, die in einer Aussendung das „kulturelle Gedächtnis“ (allein?) im Gedruckten verkörpert sieht.¹ Folgerichtig hat die „IG Autorinnen Autoren“ auch das laufende Projekt der Österreichischen Nationalbibliothek kritisiert, die seltsam flüchtige und gleichzeitig erinnerungs-

¹ http://www.wienerzeitung.at/themen_channel/wissen/geschichte/490436_Digitale-Archivierung-empoert-Autoren.html.

starke digitale Öffentlichkeit – das „Web“ – auch für die Zukunft zu archivieren:² „Eher“ von einer „Beschlagnahme“ urheberrechtlich geschützter Werke ist in einer Presseaussendung der IG vom Jänner 2012 die Rede, wobei hier nicht die verwendete Metapher relevant ist, sondern die grundsätzlich unterschiedliche Bewertung der Bedeutung von „digital“ und „analog“ im 21. Jahrhundert und dass das erneut exemplarische Spannungsverhältnis von privaten und öffentlich-gesellschaftlichen Interessen selbst bei so anscheinend marginalen Themen eine gewichtige Rolle spielt.

„Ich will alles, und zwar sofort, jederzeit, überall und kostenlos zur Verfügung haben“ ist nicht das Credo netzpolitischer Aktivisten, die vielleicht darum das Urheberrecht abschaffen wollen, sondern zitiert den „digitalen Traum“ von Martin Grötschel, Professor an der TU Berlin und Präsident des Konrad-Zuse-Zentrums für Informationstechnik (ZIB), Sekretär der International Mathematical Union (IMU) und Vorsitzender der Einstein Stiftung Berlin (ESB).³ „Alles“ bezieht sich in diesem Kontext auf Kultur, Wissen und Fachinformationen im Sinne der Open-Access-Bewegung, die für von öffentlicher Hand finanzierte Forschungsergebnisse und Publikationen einen freien und kostenlosen Zugang fordert, aber sicher nicht für privatwirtschaftlich finanzierte ältere Kinofilme, E-Books oder Musik-Alben.

„Sofort, jederzeit und überall“ gilt jedoch für fast alle Internet-Nutzer – und die Frage, ob etwas, das kostenpflichtig angeboten wird, weniger nachgefragt wird, richtet sich nach Bedienbarkeit, Service und Schnelligkeit, mit der Nutzer an das gewünschte Gut gelangen. Jede Einschränkung in der so genannten „Usability“ – beispielsweise durch proprietäre Software und Browser, DRM-Schutzmechanismen, die erst installiert und freigeschaltet werden müssen – lässt die Bereitschaft zur Nutzung kostenpflichtiger Angebote sinken. „Barrierefreiheit“ im Internet wird häufig durch Bezahlschranken und Geschäftsmodelle eingeschränkt, was sich auf die generelle Akzeptanz bei Nutzern auswirkt. Gerade auch die in ihren marktökonomischen Auswirkungen umstrittenen illegalen Angebote, die mit den legalen Angeboten um die Aufmerksamkeit und die Nutzung durch die Internet-Nutzer konkurrieren, machen deutlich, dass der Erwartungshaltung der Konsumenten in der „Internet-Ökonomie“ ein höherer Stellenwert eingeräumt werden muss, als es bislang in der analogen Ökonomie der Fall ist.

„Sofort, jederzeit und überall“ muss in Zukunft auch das Paradigma für Institutionen sein, die im gesellschaftlichen Auftrag und mit öffentlicher För-

² <http://derstandard.at/1326249079922/Webarchiv-IG-Autoren-kritisiert-Vorgehender-Nationalbibliothek>.

³ Martin Grötschel: Mein digitaler Traum, in: Gegenworte 8 (2001): Digitalisierung der Wissenschaften, S.10ff.

derung den allgemeinen Zugang zu Kunst, Kultur, Information und Wissen organisieren und zur Bewahrung und Zugänglichmachung beauftragt sind.

Besonders die Orts- und Zeitgebundenheit physischer Werkstücke, auf die ja immer nur eine Person oder kleine Personengruppe an einem Ort und zu einem Zeitpunkt Zugriff hat, stößt angesichts der technischen Möglichkeiten der elektronischen Kommunikationsnetze und der Digitalisierung auf immer weniger Verständnis. Die als künstlich empfundenen rechtlichen Schranken, die dazu führen, dass beispielsweise das ORF-Sendearchiv, gleichwohl im Zustand der fortschreitenden Digitalisierung, nach wie vor nur persönlich vor Ort aufgesucht werden kann, erscheint ebenso absurd, wie elektronische Leseplätze in Bibliotheken anachronistisch anmuten, an denen nur so viele Bücher digital angezeigt werden dürfen, wie auch physische Exemplare im Magazin vorgehalten werden.

Das Menschenrecht auf Schutz von Urheber-Rechten und auf Schutz der kulturellen Teilhabe

Der Kern des Themas ist formuliert in den beiden Absätzen des Artikel 27 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 (AEMR). Dort heißt es: „1. Jeder hat das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben. 2. Jeder hat das Recht auf Schutz der geistigen und materiellen Interessen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen.“

Art 27 AEMR vereint also beide Pole berechtigter Interessen: Das Recht der Urheber auf Schutz ihrer geistigen und materiellen Interessen (Abs 2), und das Recht aller Menschen auf freier Teilhabe und Teilnahme am kulturellen und geistigen Leben sowie am Wissensfortschritt der Gesellschaft (Abs 1). Auch wenn die Reihung der Rechte – aufsteigend oder absteigend? – für manche eine Gewichtung vermuten lässt, ist doch nur die Berücksichtigung beider Interessen zum Nutzen der Gesellschaft, in der immer wieder aufs Neue individuelle Freiheitsrechte und gemeinschaftliche Ansprüche ausgehandelt, abgewogen und in einen gerechten und angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen.

Exemplarisch für diese gesellschaftlich relevante Aushandlung von gegensätzlichen Interessen ist das bereits erwähnte Google Books Projekt, das von Anfang an von scharfer Kritik und juristischen Auseinandersetzungen durch Rechteinhaber begleitet wurde. Der „Fall Google“ ist unter gesellschaftlichen Aspekten insofern problematisch, als ein auf Gewinn ausgerichtetes Unternehmen in privater Hand für die Bevölkerung Dienstleistungen erbringt, die

für die Nutzer (aktuell) kostenlos sind, für Google jedoch nicht zuletzt unter materiellen Gesichtspunkten gewinnbringend sind. Google und die vom Unternehmen bereitgestellten privatwirtschaftlichen Dienstleistungen treten damit an die Stelle öffentlicher Institutionen wie Archive, Bibliotheken und oligopolisieren oder monopolisieren damit sogar den Zugang zum medialen kulturellen Erbe von Gesellschaften. Die grundsätzliche Kritik an der Privatisierung von öffentlichen Aufgaben (Infrastruktur, Wasser- und Energieversorgung usw.) trifft hier besonders zu, weil aufgrund der – beispielsweise in der Europäischen Union und ihren Mitgliedsstaaten geltenden – Rechtslage und budgetären Ausstattung eine öffentlich-rechtliche europäische Alternative zu dem US-amerikanischen Angebot aktuell unrealistisch ist. Das als solche Alternative initiierte Projekt „Europeana“ kann heute, nicht nur gemessen an den Hoffnungen, mit denen es gegründet wurde, als vorläufig gescheitert angesehen werden.

Unabhängig vom nicht unbedenklichen privatwirtschaftlich und im Fall Google faktisch wenigstens oligopol organisierten Zugang zum digitalisierten kulturellen Wissenserbe und unabhängig von der juristisch nach wie vor schwebenden Frage, ob sich Google auf die im US-amerikanischen Copyright verankerten „fair-use“-Klausel zurecht berufen darf, sollen hier die Gründe bedacht werden, die am 14. November vom US-Bundesrichter Denny Chin als Vorteile („benefits“) des „Library Project“ und „Google Books Project“ für die Gesellschaft in dessen Entscheidung angeführt wurden (und die dazu führten, die Klage der Author’s Guild auf Verletzung des fair-use-Prinzips abzuweisen).⁴

In der Urteilsbegründung (Seite 9ff., Auslassung der Referenzen im Zitat) werden vier Vorteile ausgeführt:

- 1) Das Projekt ermöglicht durch die Volltextsuche nicht nur umfassende Ergebnisse, sondern auch eine umfassende Referenzierung;⁵
- 2) durch das Projekt lassen sich neue Forschungsergebnisse leichter und vollständiger gewinnen, beispielsweise über die sprachhistorisch wichtige

⁴ <http://publicknowledge.org/files/google%20summary%20judgment%20final.pdf>.

⁵ „*The benefits of the Library Project are many. First, Google Books provides a new and efficient way for readers and researchers to find books. [...] It makes tens of millions of books searchable by words and phrases. It provides a searchable index linking each word in any book to all books in which that word appears. [...] Google Books has become an essential research tool, as it helps librarians identify and find research sources, it makes the process of interlibrary lending more efficient, and it facilitates finding and checking citations. [...] Indeed, Google Books has become such an important tool for researchers and librarians that it has been integrated into the educational system – it is taught as part of the information literacy curriculum to students at all levels.*“

Häufung von Begriffen, Schreibweisen, Phrasen, usw., die wiederum kultur- und ideengeschichtliche Erkenntnisse ermöglichen:⁶

- 3) der umfassende und ubiquitäre (= ortsunabhängige) Zugriff auf Buchbestände und damit auf Wissen wird ermöglicht: gerade in bevölkerungsarmen und strukturschwachen Regionen kann über einen einzigen öffentlichen Internet-Anschluss der Zugang zu Kultur, Bildung und Wissen ebenso gewährleistet werden, wie auch der Zugang für körperlich behinderte, bspw. blinde Menschen, zu volldigitalisierten Inhalten mithilfe von Applikationen, die diese Volldigitalisierung nutzen.⁷
- 4) Abschließend wird in der Entscheidungsbegründung die Belebung und Bewahrung der kulturellen Vielfalt angesprochen: alte und ältere Bücher, die über die Volltextsuche in den Ergebnissen angeführt werden, gewinnen neue Aufmerksamkeit und aktuelle, noch verfügbare Bücher werden als möglicherweise interessensrelevant angeboten (und über verknüpfte Buchhandels-Angebote zum Erwerb vorgeschlagen).⁸

⁶ „Second, in addition to being an important reference tool, Google Books greatly promotes a type of research referred to as ‚data mining‘ or ‚text mining.‘ [...] Google Books permits humanities scholars to analyze massive amounts of data – the literary record created by a collection of tens of millions of books. Researchers can examine word frequencies, syntactic patterns, and thematic markers to consider how literary style has changed over time. [...] Using Google Books, for example, researchers can track the frequency of references to the United States as a single entity (‚the United States is‘) versus references to the United States in the plural (‚the United States are‘) and how that usage has changed over time. [...] The ability to determine how often different words or phrases appear in books at different times can provide insights about fields as diverse as lexicography, the evolution of grammar, collective memory, the adoption of technology, the pursuit of fame, censorship, and historical epidemiology.“

⁷ „Third, Google Books expands access to books. In particular, traditionally underserved populations will benefit as they gain knowledge of and access to far more books. Google Books provides print-disabled individuals with the potential to search for books and read them in a format that is compatible with text enlargement software, text-to-speech screen access software, and Braille devices. Digitization facilitates the conversion of books to audio and tactile formats, increasing access for individuals with disabilities. [...] Google Books facilitates the identification and access of materials for remote and underfunded libraries that need to make efficient decisions as to which resources to procure for their own collections or through interlibrary loans.“

⁸ „Fourth, Google Books helps to preserve books and give them new life. Older books, many of which are out-of-print books that are falling apart buried in library stacks, are being scanned and saved. [...] These books will now be available, at least for search, and potential readers will be alerted to their existence. Finally, by helping readers and researchers identify books, Google Books benefits authors and publishers. When a user clicks on a search result and is directed to an ‚About the Book‘ page, the page will offer links to sellers of the book and/or libraries listing

Besonders der Aspekt der Sichtbarkeit und Verfügbarkeit von Werken, die die Kernzeit ihrer Auswertung überschritten haben und bei denen eine Neuauflage oder ein Nachdruck aus wirtschaftlichen Überlegungen nicht lohnend erscheint, muß hier unter gesellschaftlicher Rücksicht besonders betont werden. Denn indem das Urheberrecht intentionsgemäß die Produktion neuer Werke fördert, hat es den Anspruch und die Aufgabe, auch kulturelle Vielfalt zu gewährleisten.

Die 2013 publizierte Studie von Paul Heald,⁹ die unter anderem die Verfügbarkeit von urheberrechtlich geschützten Werken im (Internet-)Buchhandel überprüfte, kommt zum Schluss, dass wir inzwischen durchaus von einer „Lücke des 20. Jahrhunderts“ sprechen können, da die geltende Schutzfrist von 70 Jahren nach Tod des Urhebers dazu führt,¹⁰

„dass ein großer Teil der Werke schon bald gar nicht mehr verfügbar ist, weil sich deren kommerzielle Verwertung nicht mehr lohnt.“

Es muss für die Gesellschaft und die von ihr beauftragten und geförderten Institutionen Anliegen und Aufgabe sein, das kulturelle Erbe des 20. Jahrhunderts selbst technologieneutral zu bewahren und gleichzeitig in jeweils zeitgemäßer adäquater Form der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Dieses Desiderat überstützt dabei weder überschießende Vorstellungen kleiner technikaffiner Gruppen, die das Urheberrecht ersatzlos „abschaffen“ wollen, noch die sich ausweitenden Ansprüche und das Beharren von Urhebern und Rechteinhabern mit Hinweis auf Schutz ihrer kommerziellen Interessen. Das wohlge-meinte Interesse am gegenwärtigen materiellen Schutz der Künstler und Kulturschaffenden darf nicht dazu führen, dass der berechtigte Wunsch, ihr Werk werde einmal Teil des „Weltkulturerbes“, durch eine Hintanstellung öffentlicher Interessen verunmöglicht wird, weil der zeitgemäße Zugang und damit die Rezeption dieser Werke durch die fehlende Präsenz im kulturellen Gedächtnis verhindert wird.¹¹

the book as part of their collections. [...] The About the Book page for Ball Four, for example, provides links to Amazon.com, Barnes&Noble.com, Books-A-Million, and IndieBound. [...] A user could simply click on any of these links to be directed to a website where she could purchase the book. Hence, Google Books will generate new audiences and create new sources of income.“

⁹ Paul J. Heald (2013), How Copyright Makes Books and Music Disappear (and How Secondary Liability Rules Help Resurrect Old Songs), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290181.

¹⁰ Leonard Dobusch (2013), Wie Copyright Bücher und Musik verschwinden lässt: Studie von Paul Heald, <https://netzpolitik.org/2013/wie-copyright-bucher-und-musik-verschwinden-lasst-studie-von-paul-heald/>.

¹¹ *„Vielleicht wird es ja einmal eine Welt geben, in der Geld nicht mehr nötig ist. Solange es aber noch nicht so weit ist, brauche leider auch ich eines. Darum sollten jene, denen ihr Eigentum heilig ist, mich nicht um meines betrügen. Natürlich*

Die Abwägung von Individual- und Gemeinschaftsinteressen für zwingend zu erachten, heißt nicht, dass Individuum und Gemeinschaft *a priori* gegensätzliche Interessen hätten oder dass die Stärkung des Gemeinschaftsinteresses eine Schwächung von Individualinteressen zwingend zur Folge hätte. Vielmehr muss hier in den Kategorien von „Balance“ und „Ausgleich“ gedacht werden, die die naturgemäß kurzfristigen, auf wenige Lebensjahrzehnte abgestimmten Interessen von Individuen und die langfristigen, in Generationen denkenden gesellschaftlichen Interessen gleichermaßen berücksichtigt.

Das Fallbeispiel: Die urheberrechtliche Situation von Online-Rundfunkarchiven Freier Radios in Österreich und Möglichkeiten ihrer Verbesserung

Der so genannte gerechte und angemessene Ausgleich von gesellschaftlich relevanten und damit auch öffentlich geförderten Einrichtungen – die die institutionellen Grundpfeiler einer Gemeinschaft sind, die sich als Kulturation versteht, und die für diese Öffentlichkeit auf Zukunft hin adäquat und zeitgemäß Dienstleistungen erbringen – ist der Motor der vom Verband der Freien Radios Österreich (VFRÖ) initiierten wissenschaftlichen Studie, deren Ergebnisse in diesem Band gesammelt und vorgestellt werden.

Das vom Verband betriebene „Cultural Broadcast Archive“, das 2004 ursprünglich als interne Plattform zum Sendungsaustausch zwischen den vierzehn Mitgliedsstationen gegründet wurde, hat sich im Laufe der Jahre zu einem Sendearchiv der Freien Radios in Österreich entwickelt, das rund 45 000 Sendungen oder 1 400 Tage Radio für die Öffentlichkeit zum Stream und Download bereithält.

Quellen des Sendearchivs sind die Mitgliedsstationen des VFRÖ, also Freie Radiostationen, die satzungsgemäß unabhängig, gemeinnützig, nicht-kommerziell und nicht auf Profit ausgerichtet sind, die einen allgemeinen und freien Zugang zu Sendeflächen für Rundfunkveranstaltungen garantieren und bereitstellen, um eine freie Meinungsäußerung zu fördern. Sie befinden sich nicht in Privateigentum, sondern sind gemeinschaftlich von ihren Nutzern getragene Organisationsformen, die vor allem dem Prinzip der Gemeinnützigkeit unterliegen. Ihre Tätigkeit ist dabei nicht auf Gewinn ausgerichtet und verfolgt das Prinzip des werbefreien Radios ohne kommerzielle Produktwerbung. Diese

hoffe ich, dass möglichst viele Menschen lesen, was ich schreibe. Aber meinem Beruf als Schriftsteller kann ich nur nachgehen, wenn er ein Beruf bleibt und meine Texte, ehe sie zum Weltkulturerbe werden, zuerst als meine Werke respektiert und entlohnt werden.“ Karl-Markus Gauß in: Weißbuch zur Bedeutung des geistigen Eigentums für Österreichs Kunstschaftende (2013) S. 14.

Kriterien gelten schlüssigerweise, durch die Trägerschaft des VFRÖ, auch für das Cultural Broadcasting Archive (CBA) selbst.

Das Ziel, die freie Meinungsäußerung und folglich die Teilhabe an Gesellschaft, Politik, Kunst und Kultur zu ermöglichen und zu fördern, ist dabei in zwei Richtungen zu verstehen: Angesprochen vom Förderziel sind sowohl die Radiomacher selbst, die ihre Meinung mittels der von ihnen produzierten Sendungen äußern, wie auch die Zuhörer dieser Ausstrahlungen beziehungsweise Nutzer des Radioarchivs CBA. Ihnen wird – „sofort, jederzeit und überall“ – der Zugang zur und damit die Teilhabe an der Vielfalt der Meinungen und gesellschaftlichen, politischen wie kulturellen Positionen und Strömungen ermöglicht.

Der individuelle Nutzen und der allgemeine Wert von Online-Archiven wie dem CBA ist also unmittelbar einleuchtend. Die volle Funktionsfähigkeit der Langzeitarchivierung wird jedoch geschmälert durch die vielfältigen Urheberrechte Dritter, die bei der natürlichen Nutzung von fremden Werken in Radiosendungen berührt werden. Gleichzeitig bewegen sich darum Archiv-Betreiber, Medieninhaber (Radiostationen) und Sendungsmacher in einem rechtsunsicheren Raum, in dem die Frage der Haftung und Haftungsbegrenzung für unbeabsichtigte Rechtsverletzungen ebenso unbeantwortet ist wie die grundsätzliche Frage, ob und wie ein Langzeitmedienarchiv, das zeitgemäß online verfügbar sein muss und will, Lizenzen für diese Art der Nutzung im öffentlichen Interesse erwerben kann.

Diese vom Verband initiierte und hiermit vorgelegte Studie möchte zu diesen – nicht nur für Online-Radioarchive, sondern auch allgemein für Media-thenken im öffentlichen Interesse und Auftrag – interessanten und drängenden Fragestellungen aus unterschiedlichen Blickwinkeln Stellung nehmen.

Die in dieser Einleitung inhaltlich populär präsentierten Aspekte werden durch die wissenschaftlichen Beiträge dieser Studie fachlich vertieft und vertortet.

Die Kulturosoziologin Elisabeth Mayerhofer (Institut für Mediensoziologie, Univ. für Musik und darstellende Kunst, Wien) gewährt in ihrem einleitenden Aufsatz einen historischen und soziologischen Blick auf die Geschichte des Urheberrechts und die vorausgehenden philosophischen Diskussionen um die Alleinstellung des Urhebers als „Originalgenie“ und die modernen Bedingungen des, und die philosophischen Reflexionen über den Kunst- und Kulturbetrieb. Ausgehend von der Sonderstellung von Kunst und Kultur, welche auf dem selbstbestimmten Individuum aufbauen, „das unabhängig von göttlichen und anderen Einflussfaktoren über sein Leben entscheidet und eben auch aus sich heraus Kunst schafft“, und „damit eine völlige Autonomie von gesellschaftlichen Normen behauptet“, zeigt der Beitrag die Widersprüchlichkeit von Theorie und Praxis auf, wenn Kunstgüter unter marktwirtschaftlichen Gesichts-

punkten vervielfältigt und verbreitet werden sollen, also „Geld aus geistigem Schaffen“ gezogen werden soll. Gerade wo aus der genannten Sonderstellung von Kunst und Kultur ein öffentliches Interesse an deren Förderung abgeleitet wird, stelle sich „umso brennender [...] die Frage nach den Zugängen, nach der Abwägung privater und öffentlicher Interessen.“

Im darauffolgenden Beitrag untersucht der Kulturökonom Paul Stepan (FOKUS, Wien) das Verhältnis zwischen den beiden staatlich-regulativen Interventionen „Urheberrecht“ und „Subvention“ unter volkswirtschaftlicher Rücksicht. Die „staatlichen direkten angebotsseitigen Subventionen“, welche „ein möglichst breites und diverses Angebot sicherzustellen“ versuchen, treffen auf ein Urheberrecht, das durch privatrechtliche Begrenzungen die „Zugänglichmachung dieser geförderten Werke wieder einschränken will“.

Als Lösungsansätze für Archive und Mediatheken, die mit öffentlicher Förderung arbeiten, sieht der Beitrag einerseits eine allgemeine „Fair-Use“-Klausel nach US-amerikanischem Vorbild, andererseits in einer einfach Zugänglichkeit zu Lizenzierungsmöglichkeiten über Verwertungsgesellschaften.

Grundsätzliche Erwägungen zu Digitalen Radioarchiven aus der Perspektive der Grund- und Menschenrechte steuert Christoph Tschohl (Research Institute, Zentrum für digitale Menschenrechte, Wien) bei. Sein Beitrag widmet sich Online-Diensten im Schutzbereich der Medienfreiheit, Abwägungsproblemen bei Grundrechts-Kollisionen (Urheberrecht, Persönlichkeitsschutz und Datenschutz), und besonders der Informationsfreiheit und dem öffentlichen Interesse an online-Archiven und den grundlegenden staatlichen Gewährleistungspflichten zur Informations- und Medienfreiheit. Eine der unmittelbarsten Grundlagen im Verfassungsrang ist die Europäische Menschenrechtskonvention; Artikel 10 beauftragt den Staat, „für eine pluralistische Medienlandschaft und einen indoktrinierungsfreien Raum zu sorgen“ und „die Zugänglichkeit zu bereits bestehenden Medien und öffentlichen Informationskanälen [...] nur unter engen Voraussetzungen auf der Basis gesetzlicher Grundlagen zur Erreichung bestimmter, eindeutig genannter, höherwertiger Ziele“ zu beschränken. In diesem Licht kann auch die Empfehlung 1855 (2009) der parlamentarischen Versammlung des Europarats zu audiovisuellen Mediendiensten gesehen werden: sie „möchte die Rundfunkregulierung angemessen auf audiovisuelle Abrufdienste“ angewandt sehen. Weil „eine größere Anzahl audiovisueller Inhalte nicht unbedingt eine größere Vielfalt und Qualität der Inhalte“ bedeute, solle „die Übertragung von audiovisuellen On-Demand-Mediendiensten in vergleichbarer Weise wie Rundfunkdienste“ behandelt und damit privilegiert werden.

Paul Kimpel (Rechtsanwalt in Berlin, vormals Deutsche Kinemathek) berichtet über die gewachsenen gesetzlichen Rahmen- und Arbeitsbedingungen für audiovisuelle Archive im digitalen Zeitalter, zu denen Spannungsfelder

wie Unbekannte Nutzungsarten, Digitale Auswertungsformen im „Spannungsfeld zwischen urheberrechtlichem Idealbild und kollaborativer Produktion“ und die drängende Problematik so genannter verwaister Werke und die bislang kaum verbesserten Möglichkeiten ihrer Zurverfügungstellung zählen.

Aus seiner beruflichen Praxis heraus sieht er die Digitalisierung als Chance für Medienarchive, aber auch „rechtliche Fußangeln“ und Rechtmanagement als „Risikomanagement“, bei der Archive und Mediatheke üblicherweise auch in der Grauzone der akzeptierten Rechteanmaßung aus Gründen der Praktikabilität operieren. In diese Thematik eingeschränkter Ressourcen bei gleichzeitig ausgeweiteter Lizenzierung fallen die „verwaisten Werke“, deren Nutzung auch die einschlägige EU-Richtlinie keineswegs erleichtert und verbessert. Für Online-Medienarchive, die zur Gänze oder teilweise durch öffentliche Mittel erhalten werden, ist besonders die gesetzlich oder privatrechtlich begründete Bereitstellung mit Zeitablauf problematisch. Die unter dem Stichwort „Depublizierung“ bekannte Vorschrift und Praxis, Medieninhalte nach sieben oder dreißig Tagen nicht mehr zum öffentlichen Abruf bereitzuhalten, stößt einerseits bei fast allen Beteiligten auf Unverständnis und führt zur paradoxen Situation, dass öffentlich finanzierte Inhalte auf kommerziellen Plattformen (illegalerweise) länger und verlässlicher zu finden sind, als in den öffentlich finanzierten Online-Mediatheken und -Archiven.

Leonhard Reis (Rechtsanwalt in Wien) stellt überblicksartig die aktuellen „Grundfragen der Online-Auswertung von Werken der Musik“ dar und mit dem EU-RL-Vorschlag über die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten auch die zukünftigen. Darüberhinaus diskutiert er instruktiv die praktischen und rechtlichen Herausforderungen, die sich durch die Digitalisierung und die Verbreitung von individuellen Massenkommunikationsmitteln stellen. Dazu gehört vor allem der in der Vergangenheit schmerzlich zu beobachtende Abzug großer Teile des Musikrepertoires von den nationalen Verwertungsgesellschaften; damit wird für kommerzielle wie nichtkommerzielle Online-Initiativen und -Mediatheken der Rechteerwerb „nicht erleichtert sondern erschwert“, was zur Folge hatte, dass der „so zersplittert [wurde], dass es zu einem Wettbewerbsvorsprung für das angloamerikanische Repertoire kam, weil nur dieses vollständig in europaweite Musikdienste eingebracht werden kann.“ Der Beitrag diskutiert neben dem Entwurf der in einem fortgeschrittenen Stadium befindlichen „Richtlinie über kollektive Rechtswahrnehmung und multi-territoriale Lizenzierung von Rechten an musikalischen Werken für Online-Nutzungen“ auch die Einrichtung einer globalen Musikdatenbank (One-Stop-Shop-Lösung), welche den Aufwand zur Klärung der Rechteinhaberschaft deutlich reduzieren würde.

Der Beitrag von Rechtsanwalt Clemens Thiele (Salzburg) beschäftigt sich grundständig und thematisch abrundend mit den „Besonderen medienord-

nungsrechtlichen Voraussetzungen einer online zugänglichen Archivierung von audio-visuellen Werken mit Inhalten im öffentlichen Interesse“. Da die Anforderungen des Audiovisuellen Mediendienstegesetzes nicht nur „die Zurverfügungstellung öffentlich-rechtlich geförderter Rundfunkproduktionen durch Medienarchive (Nationalbibliothek, Mediathek)“ betreffen, „sondern auch die spezifische Erstellung der Inhalte bei Freien Radios durch verschiedene (zivilgesellschaftliche) Programmierer“, und damit natürlich auch die Archivierung von Programm-Inhalten. Am Beispiel des Online-Videoportals der „Tiroler Tageszeitung“ werde aufgrund einschlägiger Judikatur deutlich, dass ein „bereitgestellte[r] Katalog von Sendungen“ ein getrennt zu beurteilendes eigenständiges Angebot darstelle und folglich einer Anzeigepflicht gegenüber der Regulierungsbehörde unterliege.

Kern der Studie ist ein an die Juristen Alexander Baratsits und Till Kreutzer vergebenes zweiteiliges Gutachten, das die urheberrechtliche Situation von Online-Rundfunkarchiven Freier Radios in Österreich und die Möglichkeiten ihrer Verbesserung zum Thema hat.

Till Kreutzer (Rechtsanwalt, Wien) präsentiert ausführlich einschlägige „Lösungsvorschläge für das Problem massenhafter Rechtklärung“ und diskutiert dabei die Vorteile und Nachteile von gesetzlichen Lizenzen (Schrankenbestimmungen) sowie von gesetzlichen Lizenzen und Verwertungsgesellschaftspflicht und präsentiert einen Vorschlag zur Ausgestaltung 1) einer solchen Schrankenbestimmung für Archive in europäischem Kontext und 2) der Verwertungsgesellschaftspflicht für Online-Archive und Ergänzung durch ECL-Mechanismen (Extended Collective Licensing): „Der praktische Effekt“ einer solchen Lösung, so Till Kreutzer, ist, „dass ein interessierter Nutzer – sofern er die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt – die Rechte für alle Werke, die er nutzen will, von der Verwertungsgesellschaft erwerben kann. Ob sie tatsächlich wahrnehmungsberechtigt ist – ob also der Rechteinhaber bei der Verwertungsgesellschaft Mitglied ist – spielt zunächst keine Rolle mehr.“ Welchem Ansatz man zuneigt oder welcher erfolgversprechender ist, hänge nicht zuletzt von der politischen Willensbildung und „Machbarkeit“ ab, da einerseits den „Interessenausgleich über Verwertungsgesellschaftspflichten, Zwangslizenzen und ECL-Systemen zu begegnen, bedeutet, relativ neue Pfade zu beschreiten“, andererseits „Schrankenbestimmungen den systematisch-konzeptionellen Vorzug [besitzen], dass sie seit jeher das bevorzugte Regelungsinstrument darstellen“.

Alexander Baratsits (Rechtsanwalt, Wien) beleuchtet dabei vorrangig das urheberrechtliche Haftungsregime beim Betrieb eines Online-Archivs (Access-Provider und Host-Provider), und diskutiert Lösungsansätze für die Möglichkeit des Erwerbs von Pauschal-Lizenzen für Online-Rundfunkarchive Freier Radios. Vor allem der Ansatz des Extended Collective Licensing im österrei-

chischen Urheberrecht (in Verbindung mit einer Verwertungsgesellschaftspflicht) „würde sogar die Nutzung von Werken ermöglichen, für die es keine Gegenseitigkeitsverträge gibt oder wo die Verwertungsgesellschaft über keine Rechte verfügt“, allerdings würde die zulässige Nutzung sich auf innerhalb der Grenzen Österreichs beschränken, was bei einem Online-Medienarchiv im Internet unbefriedigend ist. „Eine (zumindest) europäische Lösung etwa in Form der Einführung des Sendelandprinzips [...] oder einem System von Gegenseitigkeitsverträgen wie dem IFPI Simulcasting Model Agreement“ wäre hier weitaus effektiver und zielgerichteter. Als weitere Ausgestaltungsmöglichkeiten zu nennen wären die definitorische Formulierung von „kulturpolitischen Zielsetzungen“ und die "nichtkommerzielle Nutzung" im Urheberrechtsgesetz, die zu einer Privilegierung von nichtkommerziellen Online-Archiven im öffentlichen Interesse wesentlich beitragen.

Herausgeber und Redaktion erhoffen sich von dieser Publikation eine Sensibilisierung und nicht zuletzt einen Fortschritt sowohl für die spezifische Situation des Cultural Broadcasting Archive und der Freien Radios, als auch für die zeitgemäße und zukunftssichere Verbesserung der Bedingungen für Archive, Bibliotheken, Mediatheken und Museen bei der Wahrnehmung ihrer gesellschaftlichen Aufgaben.

Urheberrecht und politische Partizipation

*Elisabeth Mayerhofer**

Geistiges Eigentum und Kunst

Wenn über geistiges Eigentum verhandelt wird, taucht sehr schnell die Kunst auf und das aus zweierlei Gründen. Zum einen dreht sich vieles um die Kunstschaffenden, die aufgrund ihrer notorisch schlechten Einkommenssituation besonderen urheberrechtlichen Schutzes bedürfen. Soweit das Narrativ, das von vielen Kampagnen ausgeht,¹ in denen UrheberInnen von verwertenden Industrien und/oder Verwertungsgesellschaften in den Vordergrund gestellt werden, um gesetzliche Verschärfung, eine stärkere Durchsetzung des Urheberrechts und die Ermöglichung einer noch weiter gehenden Überwachung und Aufzeichnung der Nutzungshandlungen von InternetnutzerInnen geht. Diese Kampagnen, die zumeist von Marketingagenturen durchgeführt werden, bauen dabei auf einer Reihe vorgefertigter Bilder auf, um Emotionalisierung zu erreichen, die dann wiederum politische Entscheidungen beeinflussen soll.

Dabei wird ein traditioneller Kunstbegriff strapaziert, der innerhalb des vielfach differenzierten Kunstbetriebes im Laufe des gesamten 20. Jahrhundert relativiert wurde. Dieses Narrativ wurde durch empirische Studien vielfach widerlegt, die zeigen, dass Verwertungsgesellschaften eine Winner-takes-it-all-Gewinnverteilung zeigen: Wenige verdienen große Summen über Tantiemen, die meisten erhalten geringe Beträge, die einen kleinen Teil der für KünstlerInnen typischen Mischeinkommen ausmachen.² Martin Kretschmer³ hat in

* **Elisabeth Mayerhofer** (Mag., MBA), Univ.-Lektor, ist Projektmitarbeiterin am Institut für Musiksoziologie der Univ. für Musik und darstellende Kunst Wien, bis 2013 bei FOKUS (Forschungsgesellschaft für kulturökonomische und kulturpolitische Studien) und Geschäftsführerin der IG Kultur Österreich; Text cc by-nc-nd 4.0 Elisabeth Mayerhofer.

¹ Um nur einige aktuelle Beispiele zu nennen: <http://www.kunsthatrecht.at/>; <http://www.handelsblatt.com/meinung/kommentare/mein-kopf-gehört-mir-ueber-160-statements-zum-urheberrecht/6484234.html>; <http://www.zeit.de/2012/20/Aufruf-Urheberrecht>.

² DiCola: Money from Music: Survey Evidence on Musicians' Revenue and Lessons About Copyright Incentives. In: Arizona Law Review 2013, No. 13-01. http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2199058_code337501.pdf?abstractid=2199058&mirid=1.

einer der bislang umfangreichsten Erhebungen die Einkommenssituation britischer und bundesdeutscher AutorInnen untersucht und kommt zu denselben Ergebnissen.

Zum anderen geht es um Zugänge zu künstlerischen und kulturellen Werken, die durch die geistigen Eigentumsrechte reguliert werden. Dieses Thema wird zumeist von VertreterInnen liberaler Lösungen aufgebracht, wenn es darum geht, allen BürgerInnen einer Gesellschaft einen einfachen Zugang zu Kunst und Kultur zu ermöglichen. Im Folgenden wird dieser Ansatz weiter verfolgt und eine Verbindung zu den (kultur)politischen Implikationen hergestellt.

Beiden Ansätzen liegt der Gedanke der Sonderstellung von Kunst und Kultur zugrunde, die diese Phänomene in westlichen Gesellschaften einnehmen. Der Begriff von „Kunst“ und in weiterer Folge die Berufsidentität „KünstlerIn“, wie sie aktuell in der westlichen Welt vorkommen, stammen aus der Moderne, sind also ideengeschichtlich ein Ergebnis des 18. Jahrhunderts, das auf einem autonomen Individuum aufbaut, das unabhängig von göttlichen und anderen Einflussfaktoren über sein Leben entscheidet und eben auch aus sich heraus Kunst schafft. Johann Wolfgang von Goethes Ballade „Prometheus“ ist ein Ausdruck dieser Einstellung und des Selbstverständnisses von Künstlern⁴, wenn sich das lyrische Ich selbstbewusst einer göttlichen Instanz gegenüberstellt:

*„Hier sitz' ich, forme Menschen
Nach meinem Bilde
Ein Geschlecht, das mir gleich sei,
Zu leiden, weinen,
Genießen und zu freuen sich,
Und dein nicht zu achten,
Wie ich!“*

Das Urheberrecht, das erstmals mit dem Statute of Anne in Großbritannien und im deutschen Sprachraum zu Beginn der Aufklärung festgeschrieben wurde, teilt dasselbe Konzept von Individualität und individuellem Besitz auch im Bereich des Immateriellen.⁵ Eine weitere Komponente dieses Berufsbildes ist das Originalitätsparadigma, also die untrennbare Bindung künstleri-

³ Kretschmer/Harwick: Authors' earnings from copyright and non-copyright sources: A survey of 25.000 British and German writers. Centre for Intellectual Property Policy & Management, 2007 <http://www.cippm.org.uk/publications/alcs/ACLS%20Full%20report.pdf>.

⁴ Da dieses Bild noch von einem männlichen Schöpfer ausging, wird an dieser Stelle keine geschlechtergerechte Sprache verwendet.

⁵ Stepan, Urheberrecht und Digitalisierung – eine Zwischenbilanz. In: Wirtschaft und Gesellschaft 39. Jg. H. 3., 2013, 405-420.

scher Qualität an Originalität, an noch nie Dagewesenes. Damit setzt eine Entwertung des handwerklichen Aspektes ein und eine immer deutlicher werdende Abgrenzung zwischen Kunsthandwerk und Kunst, aber auch zwischen Kunst und Technik, wie sie noch in den Arbeiten eines Leonardo da Vinci keineswegs vorhanden war. Die Idee des Werkes tritt in den Vordergrund, Kunstfertigkeit und Virtuosität werden sekundär. Die Soziologin Tia de Nora⁶ zeichnet diese Entwicklung am Beispiel von Ludwig van Beethoven nach: Das Künstler-Genie ist Ergebnis einer bürgerlichen Gesellschaftsordnung, der Gegensatz zwischen Nützlichkeitsorientierung und kompromissloser Selbstverwirklichung ist das Band, das die beiden Vorstellungen untrennbar miteinander verknüpft. Damit beginnt sich ein autonomer Kunstbetrieb herauszubilden, wie er heute in voller Ausprägung vorhanden ist.

Dieses Bild verfestigte sich im Laufe des 19. Jahrhunderts. Das Genie, das allein Kraft seiner Einzigartigkeit Kunst schafft, dies aus innerem Schaffensdrang heraus sogar tun muss – ungeachtet materieller Zwänge und frei von äußeren Einflüssen und strategischen (Nutzungs-)Überlegungen –, prägt seit dieser Epoche die Fremd- und Selbstwahrnehmung von KünstlerInnen in westlichen Gesellschaften. In der bürgerlichen Gesellschaft der Industrialisierung und der ersten Phase des Hochkapitalismus werden KünstlerInnen mit ihrer nicht-entfremdeten Arbeit, ihrer unbedingten Hingabe an die künstlerische Produktion zum gesellschaftlichen Gegenentwurf – zumindest auf symbolischer Ebene. Die konkreten Arbeitspraxen waren natürlich von mehr als bloß kunstimmanenten Parametern bestimmt und gleichermaßen von Routinisierung, Arbeitsteilung, kommerziellen Interessen und Kooperationen geprägt.

Das Urheberrecht spiegelt diese Doppelbödigkeit wider: Einerseits wird ein Eigentumsrecht auf geistige Schöpfungen konstruiert, das die unbedingte Freiheit des Individuums von wie auch immer gearteten Einflüssen bekräftigt: Ein Schöpfer – ein Besitzer. Andererseits wird damit die Möglichkeit eines Marktes geschaffen, indem das öffentliche Gut „Kunst“ über einen rechtlichen Rahmen kommodifiziert wird. Dies ist wiederum im Kontext der Entwicklung bürgerlicher Gesellschaften zu sehen, die die höfischen Modelle und damit auch das Mäzenatentum ablösen.⁷ KünstlerInnen begeben sich auf einen Markt, um so neue Freiheitsgrade zu erschließen. Auch der Markt bringt Zwänge mit sich, diese werden aber durch das starke Bild des freien Genies überdeckt. Mit der weiteren Entwicklung technischer Reproduktions- und Vertriebsmöglichkeiten wird das Urheberrecht ausgebaut, so dass die Möglichkeiten, Geld aus

⁶ DeNora, Beethoven and the Construction of Genius: Musical Politics in Vienna, 1792–1803, 1995.

⁷ Luf, Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluss auf das Urheberrecht. In: Dittrich, Robert: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?, 1988, 9.

geistigem Schaffen zu ziehen, erweitert werden. Dazu bildet sich ein Kunstbegriff jenseits des Originals heraus (s.u.). Allerdings steht die Möglichkeit der Verwertung nicht nur KünstlerInnen selbst zu, sondern auch den VertreterInnen ihrer Werke, was naturgemäß Verteilungskonflikte heraufbeschwört.

Alice Creischer spricht hier von mehreren „double-binds“, in die Kunst und bürgerliche Gesellschaft geraten sind und die gerade am Urheberrecht besonders deutlich hervortreten:⁸

„Die Ware ist bekanntlicherweise der größte Gegner des Genies, denn ihr arbeitsteiliger Entstehungsprozess widerspricht dem individualistischen Geniekonzept. In ihrer Vertriebsstruktur ist sie für ein Massenpublikum vorgesehen, hat also, abgesehen von den Eigentumsverhältnissen, die ihre Produktion und ihren Konsum bestimmen, demokratischen Charakter. Dies ist ein Grund, daß bürgerliche Kultur sich schließlich industrie feindlich gibt, ja ihre Daseinsberechtigung von der Warenwelt zunehmend bedroht sieht.“

Der Kulturökonom Hans Abbing hat diese Haltung in einem Vortrag mit „It’s commercial to be non-commercial“ beschrieben. Kunst, die sich zum Markt und seinen Gesetzmäßigkeiten in scharfem Gegensatz befindet, beruht nun auf einer gesetzlichen Regelung, die genau jene Kommodifizierung vornimmt und somit einen Markt überhaupt erst ermöglicht. Während aus dem Geist der Aufklärung heraus alle Menschen gleichermaßen vernunftbegabt und somit in der Lage wären, Kunst zu produzieren, der emanzipatorische Gedanke einer neuen bürgerlichen Freiheit aufkommt, wird er durch die Entstehung des Kunstmarktes gleichzeitig wieder konterkariert.

Damit wird auch der Charakter als öffentliches Gut aufgehoben (Stepan 2013: 405f), indem ein privates Gut konstruiert wird. Die Zugänge zu Kunst und Kultur stehen damit nur mehr einer zahlenden Schicht offen: Aus RezipientInnen und AnwenderInnen werden KonsumentInnen.

Exkurs: Kultur baut auf Vorhergegangenen auf. Warum Produktion und Rezeption nicht voneinander zu trennen sind.

Das Originalitätsparadigma ist in der westlichen Kunst ein relativ neues Phänomen, das, wie bereits beschrieben, in der aufklärerischen Moderne aufkam. Im Kunstverständnis des Mittelalters kommt der Erkennbarkeit weitaus größere Relevanz zu als der Originalität: Die Qualität beruht auf der Virtuosität der Variation. In der Renaissance tritt wiederum die Nachahmung der Na-

⁸ Creischer, Das Genie als Bedürfnis der bürgerlichen Gesellschaft, in: Dilleuth, Akademie Köln, 1995, 84.

tur, die Mimesis an die Spitze des Qualitätsverständnisses. Mit dem Aufkommen eines neuen Individualitätsverständnisses veränderte sich die gesellschaftliche Rolle von Künstlern: Sie verkörpern nun das vollkommen entwickelte Individuum, das in völliger Freiheit seinen eigenen Maßstäben lebt – weiter sogar noch: diese selbst schafft. Es wird damit eine völlige Autonomie von gesellschaftlichen Normen behauptet, die in dieser Radikalität nur als Gegenentwurf zum gewinnorientierten Vernunftregime des bürgerlichen Kapitalismus des 18. und besonders des 19. Jahrhunderts gesehen werden kann. Zur Absicherung dieser Autonomie bilden sich zu dieser Zeit auch die Institutionen wie das Ausbildungssystem der Akademien, die Kunstkritik, Ausstellungswesen und der Kunsthandel heraus, um diese Autonomie abzusichern. Nina Tessa Zahner beschreibt diesen Prozess folgendermaßen:⁹

„Es fand ein Prozess der Autonomisierung der Kunst statt, in dessen Zusammenhang ihre Eigengesetzlichkeit auf der Grundlage der ihr eigenen ästhetischen Normativität begründet wurde.“

Ein Bestandteil dieser Eigengesetzlichkeit ist die Originalität, die sich auch in einer Materialisierung bzw. Aufführung des Werkes niederschlägt. Dies alles gerät mit den technischen Entwicklungen bei Produktion als auch Reproduktion ins Wanken. Es ist kein Zufall, dass in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts der Theoretiker Walter Benjamin die Öffnung des Kunstverständnisses zugunsten von verlustfrei reproduzierbaren Genres wie Film und Fotografie betreibt. Gleichzeitig wendet er sein Augenmerk auf die soziale Komponente von Kunst und deren Rezeption.

KünstlerInnen produzieren Werke auf der Basis dessen, was bereits vorhanden ist, verwenden ästhetische Codes, die soweit konventionell sind, dass sie innerhalb des Kunstbetriebs lesbar sind, beziehen sich in positiver oder negativer Art und Weise auf Werke, die bereits vorhanden sind. Der Kunstsoziologie Howard Becker begreift die Produktion von Kunst daher als einen kollektiven Prozess insofern, als dass in einer Praxis- und Diskursgemeinschaft, also der Kunstwelt, Kunstwerke als solche hervorgebracht werden, die nur durch die Anerkennung durch dieses System erst als solche generiert werden.¹⁰ Denn nur die Definition als „Kunst“ durch das (autonome) Kunstsystem bzw. durch seine Institutionen produziert das Werk, das sonst nicht als solches erkennbar wäre. Die bekanntesten Beispiele für diesen Vorgang sind die „ready-mades“ z.B. von Marcel Duchamp.

Damit diese kollektive Produktion auch möglich und somit das dynamische Moment künstlerischer Auseinandersetzung bestehen bleibt, braucht es

⁹ Zahner, Die neuen Regeln der Kunst. Andy Warhol und der Umbau des Kunstbetriebs im 20. Jahrhundert, 2006, 24.

¹⁰ Becker, Art Worlds, 1984.

einen breiten Zugang zur aktuellen Kunstproduktion. Wenn diese nun weitgehend privatisiert ist, so fällt die wichtigste Ressource für zeitgenössisches Kunstschaffen weg. Hohe Transaktionskosten wie beispielsweise die Rechtsabklärung, die wiederum in den meisten Fällen aus den Mitteln der Kunstförderung beglichen werden müssen, sind ein weiterer Bremsfaktor.

Kulturelle Partizipation

Doch zurück zur Autonomiebehauptung des modernen Kunstbetriebs, der Rolle des Genies und dem inhärenten Widerspruch zu letztlich kollektiven Produktionspraxen: Bereits im frühen 20. Jahrhundert artikuliert sich unter Kunstschaffenden ein deutliches Unbehagen mit haptischen „Werken“, mit der Rolle des Genies und seiner behaupteten Autonomie in den Salons sowie mit der Rolle von Kunst in einer Gesellschaft, insbesondere mit dem Kunstmarkt und den Zugeständnissen, die an diesen gemacht werden müssen (wie an jedes andere System auch).

Am augenscheinlichsten werden diese Bestrebungen, wenn sie in umfassende gesellschaftliche Umwälzungen eingebettet sind – Stella Rollig beschreibt, wie in der Aufbruchsstimmung der jungen Sowjetunion, auf der Suche nach einer neuen Gesellschaftsordnung auch neue Rollen von und für KünstlerInnen erprobt wurden –, denen nicht zuletzt von Lenin selbst eine wichtige Rolle im Aufbau einer neuen Gesellschaft zugeschrieben wurde.¹¹ Dabei kam der Gedanke einer partizipativen Kunst in einem allen zugänglichen sozialen Raum auf, mit einer Verschiebung der künstlerischen Arbeit weg von Werken hin zu Prozessen, die letztlich der emanzipatorischen Befreiung des Individuums dienen sollen. Kunst sollte sich wieder in die Gesellschaft eingliedern.

Angesichts der verschiedenen Ansätze über Ort und Aufgabe(n) von Kunst in einer Gesellschaft zeigt die Position von Theoretikern wie Theodor W. Adorno anschaulich, wie im Laufe des 20. Jahrhunderts die verschiedenen Zugänge und Zuschreibungen an Kunst und ihre gesellschaftlichen Aufgaben ausgehandelt wurden. Adorno sah die gesellschaftliche Wirksamkeit von Kunst gerade in ihrer Außenposition, in einer elitären Warte, von der aus hermetische Avantgarden widerständige und kritische Positionen einnehmen können. Diese Position kommt jedoch durch verschiedene künstlerische Ansätze (der Dadaisten, Konstruktivisten bis hin zu Fluxus und den sich immer stärker ausdifferenzierenden partizipativen Kunstpraxen seit den 1970er Jahren) im-

¹¹ Rollig, Zwischen Agitation und Animation. Aktivismus und Partizipation in der Kunst des 20. Jahrhunderts, in: Rollig/Sturm (Hg.), *Dürfen die das? Kunst als sozialer Raum*, 2002, 129.

mer stärker ins Wanken, die allesamt auf die Aufhebung der Trennung zwischen Kunst und Leben abzielen.

Diese Ansätze spiegeln sich in den Institutionalisierungsformen, die entwickelt werden, um Partizipation zu ermöglichen: Niederschwellige Einrichtungen wie Kulturinitiativen oder Freie Medien sollen Zugänge eröffnen und einem breiten Publikum die bisher auf Bildungseliten beschränkte Auseinandersetzung mit Kunst und die Anwendung kultureller Techniken ermöglichen. Die passive Rezeptionshaltung löst sich zugunsten einer aktiven Teilnahme an Aktivitäten auf, die ein breites Spektrum zwischen partizipativen künstlerischen Praxen bis hin zu alltagskulturellen Handlungen umfassen. Dieses Geschehen spielt weitgehend jenseits des (Kunst-)Marktes ab, vielfach ist dies auch Programm.¹² „Fan Fiction“, wo InternetnutzerInnen kollektiv populäre Literatur oder Filme weiterführen, die Charaktere weiterentwickeln, sind nur ein Beispiel für (digitale) Alltagskulturen, die sich aus der Rezeption fortführender kultureller Handlungen ergeben, die keinen Verwertungszusammenhang stören (es wird niemand dadurch abgehalten, das Original zu erwerben), durch durchsetzungsstarke Verbote jedoch unterbunden würden, wie auch bereits bestimmte künstlerische Ansätze wie beispielsweise Sampling-Techniken in der Musik bereits durch restriktiv gehandhabte Rechte zurückgehen.

Die Digitalisierung bringt für diese Praxen Probleme mit sich, da viele einen vermittelnden Ansatz wählen und Kunstwerke neuen Öffentlichkeiten zugänglich machen. Das Ziel ist dabei eine aktive Auseinandersetzung mit den Werken, von einer intensiven Rezeption bis hin zur transformativen Werknutzung. Wenn die dabei entstandenen Produkte auch sichtbar bleiben sollen – wie z.B. in offenen Online-Archiven –, so erreichen die zu klärenden Rechtsfragen ein Ausmaß an Komplexität, das prohibitiv ist. In solchen Fällen bewirkt das Urheberrecht zwar einen Schutz der involvierten Werke, brems aber gleichzeitig die spezifische Dynamik des Kunstbetriebs. Dazu werden weitere potenzielle Funktionen von Kunst, derenthalben sie öffentlich gefördert wird, wie z.B. erzieherische, gesellschaftsbildende, emotive etc. Funktionen, stark eingeschränkt, wenn ein einfacher, kollektiver Zugang sowie Transformationen auf Laienniveau nicht mehr möglich sind.

Dies führt letztlich zu zwei Überlegungen: Einerseits zur Frage nach der Sinnhaftigkeit einer produktionsseitigen öffentlichen Förderung, wenn die geförderten Werke wiederum willkürlich, ohne Erklärung und Konsequenzen der Öffentlichkeit entzogen werden können. Andererseits führt sich die meritorische Annahme damit ad absurdum, die davon ausgeht, dass die Förderung von Kunst und Kultur einen bestimmten gesellschaftlichen Nutzen erzielt –

¹² Als ein Beispiel dafür kann der Blog der Künstlerin Andrea Knobloch gesehen werden: <http://commonthejournal.com/journal/ideologien-der-kompensation-no-1/warum-partizipieren-wenns-ums-ganze-geht/>; 19.11.2013.

dieser wird nämlich nur wirksam, wenn der Zugang auch für all jene gewährleistet ist, die letztlich zur Finanzierung beitragen. Es geht also um das demokratiepolitische Fundament öffentlicher Kunstförderung (siehe dazu auch Paul Stepan in dieser Studie).

Fazit: Zugang zu kulturellen Ressourcen als Teil des öffentlichen Kulturauftrages

Der Zugang zu kulturellen Artefakten ist in zweierlei Hinsicht unumgänglich: Einerseits für die Produktion neuer Kunst(werke) und andererseits für die Rezeption und eine den technischen Möglichkeiten der Zeit entsprechenden Nutzung: Ob dies nun die Modifizierung eines Musikstückes auf dem Klavier im häuslichen Rahmen ist oder ein Remix, der auf Youtube hochgeladen wird. In jedem Fall geht es um eine Aneignung im Rahmen des Rezeptionsaktes und nicht um eine Verwertung im kommerziellen Sinne.

Die staatliche Kunstförderung zielt auf die Produktion von Kunst ab: Durch finanzielle Zuwendungen und durch die Garantie der inhaltlichen Freiheit. Verwertungsrechte wie das Folgerecht können in diesem Kontext als eine „generalisierende Begünstigung“ gesehen werden, die – anders als personen- oder projektbezogene Subventionen – allen offen steht, die unter den Geltungsbereich dieses Rechts fallen.¹³ Der Zugang zu Kunst und Kultur hingegen wird erst in zweiter Linie gefördert, entweder durch die Förderung von Strukturen, die der Vermittlung (Museen, Galerien) oder dem Vertrieb (Verlage, Verleihe) dienen, sowie durch die Unterstützung von Festivals und spezifischen Initiativen, die den Vertrieb von künstlerischen Produkten fördern sollen, wie beispielsweise Exportmaßnahmen oder Kulturvermittlungsprojekte. Dazu kommt die Unterstützung von Rundfunk und Fernsehen, wobei insbesondere der ORF gesetzlich zur Erfüllung des so genannten „Kulturauftrages“ verpflichtet ist.¹⁴ Aus der Förderung dieser vielfältigen Vermittlungs- und Vertriebsmaßnahmen kann geschlossen werden, dass sich der Staat zur Förderung eines möglichst niederschweligen Zuganges zu Kunst und Kultur bekennt. Ironischerweise ist das Verhältnis der öffentlichen Ausgaben für Kunst und Kultur mittlerweile weit in Richtung Konservierung und Archivierung gekippt und nur mehr ein kleiner Anteil kommt der zeitgenössischen Kunstproduktion zugute. Umso brennender stellt sich die Frage nach den Zugängen, nach der Abwägung privater und öffentlicher Interessen.

¹³ Damjanovic, Blauensteiner, Regulierung in der Kulturförderung in Österreich – Stärken und Schwächen im System, in: Zembylas/Tschmuck, (Hg.), Der Staat als kulturfördernde Instanz, 2005, 54.

¹⁴ ORF-G §4 (1), §4 (4), §4c (1).

Denn obgleich die Produktion künstlerischer Werke oftmals öffentlich finanziert und vielfach auch der Vertrieb gefördert wird, bleiben die Verwertungsrechte bei den KünstlerInnen (ausgenommen im Filmbereich, wo es durch die *cessio legis* eine Sondersituation gibt). Die Entscheidungsbefugnis, die Werke zugänglich zu machen, ist also zur privaten Entscheidung von RechteinhaberInnen geworden, die oftmals trotz guten Willens an der Komplexität der Aufgabe scheitern und es somit bevorzugen, die öffentlich finanzierten Werke verschlossen zu lassen. Felix Stalder fasst dieses Patt zusammen: „Es gibt heute kaum mehr ein kulturelles Artefakt, das in den letzten 50 bis 100 Jahren entstanden und nicht in privatem Besitz mit durchsetzungsstarken Rechten ist“. Dies erklärt auch, warum der Großteil des audiovisuellen Erbes des 20. Jahrhunderts weitgehend unzugänglich bzw. aktuellen Rezeptionsweisen nicht entsprechend verfügbar ist.

Urheberrecht und Subventionen – Anreizprobleme zwischen zwei staatlichen Interventionen

*Paul Stepan**

Einleitung

Die Digitalisierung hat ein Problem offensichtlich gemacht, das schon seit langer Zeit zwar latent vorhanden war, aber auf Grund mangelnder technischer Möglichkeiten nur wenig Relevanz besaß. Es handelt sich um die unterschiedlichen Anreize, die von direkten angebotsseitigen Subventionen – wie sie im Bereich Kunst, Kultur und freie Medien üblich sind – und jenen, die vom Urheberrecht ausgehen. Dies ist ein Problem, das gerade bei der Bereitstellung von Archiven und Bibliotheken von Bedeutung ist und viele Archive trifft, sei es das Cultural Broadcasting Archive (CBA) der freien Radios oder die Nationalbibliothek, sei es den Bestand eines Museums oder das ORF-Archiv, der digitale Handapparat für Studierende auf Universitäten oder die Europeana.

Dabei handelt es sich jeweils um gesellschaftlich erwünschte und geförderte Institutionen, die auf Grund des Urheberrechts ihre Breitenwirksamkeit und ihre Zugänglichkeit künstlich einschränken müssen. Auf der einen Seite werden die Institutionen mit Steuermitteln dafür gefördert, Inhalte zu archivieren, zu erforschen, aber auch öffentlich zugänglich zu machen und zu vermitteln; gleichzeitig ist es ihnen aber unmöglich, diese Funktion in dem Ausmaß auszuüben, wie es heutzutage technisch möglich wäre. Der Grund liegt darin, dass es zwei sehr unterschiedliche Arten der Kulturförderung gibt: das Urheberrecht und Subventionen.

Interessanterweise sind auch in der ökonomischen Theorie diese beiden Bereiche weitgehend getrennt.¹ Es gibt kaum Überschneidungen zwischen den

* **Paul Stepan** (Mag. rer.soc.oec), Univ.-Lektor, ist Obmann von FOKUS (Forschungsgesellschaft für kulturökonomische und kulturpolitische Studien), Lehrtätigkeit an der Universität Salzburg und an der Universität für Musik und darstellende Kunst Wien, Guest Researcher an der Erasmus Universität Rotterdam, Institute for Cultural Economics and Creative Industries; Text © 2014 Paul Stepan.

¹ Vgl. Towse, Why has cultural economics ignored copyright?, *Journal of Cultural Economics* 32(4), 2008, 243-259.

Subdisziplinen „Economics of Copyright“ und „Cultural Economics“. Ebenfalls bemerkenswert ist der Umstand, dass beide Bereiche mit einem ähnlichen Instrumentarium an die Problemstellung der kulturellen Unterproduktion herangehen. In beiden Fällen basieren die meisten Arbeiten auf wohlfahrtsökonomischen Überlegungen, und in beiden Fällen wird von Marktversagen ausgegangen. Marktversagen bedeutet, dass ein unregulierter Markt, wie ihn die neoklassische Theorie idealtypisch zeichnet, nicht nur real, sondern auch theoretisch in bestimmten Bereichen nicht funktioniert und eben auch nicht funktionieren kann. Es ist also der Markt selbst, der versagt und nicht einer der AkteurInnen. Die nächste Frage, die in einem solchen Fall ÖkonomInnen stellen, ist die nach dem geringeren Übel. Auch wenn das Marktergebnis nicht effizient ist, so ist es unter Umständen immer noch das bestmögliche. Sollte es aber nicht das Bestmögliche sein, stellt sich die Frage, mittels welcher staatlichen Intervention die gesamtgesellschaftliche Situation einer Gesellschaft dann am stärksten verbessert werden kann?

Überlegungen aus der Kulturökonomie

Die Kulturökonomie ist eine so genannte ökonomische Bindestrich-Disziplin, die in den 1960er Jahren entstanden ist und sich zunächst einmal mit der Frage beschäftigt hat, warum bestimmte Bereiche der Kunst und Kultur nicht über einen Markt geregelt werden können. Dabei geht die Analyse, wie bereits erwähnt, meist von wohlfahrtsökonomischen Überlegungen aus und hier vor allem von der Marktversagenstheorie. Gründe für ein solches Marktversagen gibt es einige, wie zum Beispiel die Eigenschaften von öffentlichen Gütern, also Gütern, die sich im Gebrauch nicht verschleßen, somit also beliebig oft verwendet oder kopiert werden können und von deren Konsum niemand ausgeschlossen werden kann. Solche Güter können nicht oder nur sehr bedingt pro Stück verkauft werden, da der Konsum nicht beschränkt werden kann und damit das klassische Geschäftsmodell – einen bestimmten Preis für eine Einheit, ein Lied, einen Film, einen Roman, etc. zu verlangen – wegfällt.

Ein klassisches Beispiel für ein öffentliches Gut ist der terrestrische Rundfunk. Eine Radiosendung weist keinerlei Verschleißspuren auf, wenn sie gehört wird und zwar unabhängig davon, wie viele Menschen bei ein- und derselben Sendung zuhören. Der Nutzen eines einzelnen Radiohörers bzw. einer RadiohörerIn verändert sich durch eine hohe Reichweite nicht. Die Empfangsqualität verändert sich nicht in Abhängigkeit von der Anzahl der Hörer und HörerInnen. Darüber hinaus ist auch das Kriterium der Nichtausschließbarkeit gegeben, denn alle, die ein Empfangsgerät besitzen, können von diesem auch barrierefrei Gebrauch machen. Insofern ist es offensichtlich, dass ein Geschäftsmodell, das beispielsweise auf dem Bezahlen für das Hören von ein-

zelen Radiosendungen oder minutengerechter Abrechnung beruht, in diesem Bereich nicht funktionieren kann.

Erst wenn künstlich Ausschlussmöglichkeiten geschaffen werden (z.B. Video on demand) ist es möglich, einzelne Sendungen zu verkaufen. Für den terrestrischen Rundfunk galten also von Anbeginn andere Regeln und Geschäftsmodelle als für Kinos, Theater oder Konzerte, bei denen man den Zugang durch Ticketverkauf steuern konnte. Im Falle des Rundfunks fiel die Entscheidung zugunsten zweier Modelle, dem privatwirtschaftlichen, das auf dem Verkauf von Werbeeinschaltungen beruht – denn die Sendezeit ist ein knappes Gut, das verkauft werden kann –, und auf staatlicher oder teilstaatlicher Bereitstellung. Letzteres hat zur weit verbreiteten Existenz staatlicher Rundfunkanstalten geführt, die zusätzlich mit einer Reihe von Auflagen wie der Informationspflicht, einem Kulturauftrag und ähnlichen gesellschaftlich erwünschten Vorgaben ausgestattet wurden. Dabei stand das möglichst niederschwellige Zugänglichmachen von Kunst und Kultur aber auch von Informationen im Mittelpunkt, welches nicht gänzlich einem Markt überlassen werden sollte.

Andere Gründe für Marktversagen liefern externe Effekte, Monopole aber auch Informationsasymmetrie. In all diesen Fällen, die gerade im Bereich Kunst und Kultur häufig auftreten, führt der Markt nicht zu einer effizienten Lösung. Die Schlussfolgerung der KulturökonomInnen und auch das den meisten kulturpolitischen Überlegungen zugrunde liegende Rational ist dabei die Behebung der Unterversorgung durch angebotsseitige direkte Subventionen, also durch Fördermaßnahmen, bei denen Geld aus dem öffentlichen Budget direkt in die Kulturproduktion fließt, um damit Kosten abzudecken und das Zustandekommen eines bestimmten Projektes zu ermöglichen. Diese Stützung des Angebots spiegelt dabei den Ausgleich zwischen jener Nachfrage wider, die sich auf dem Markt zeigt (z.B. Ticketverkauf) und jener, für die es auf Grund von Marktversagen keinen Markt gibt und die dadurch verborgen bliebe. Eines der Hauptprobleme dabei ist der Umstand, dass zwar mit ökonomischen Methoden nachgewiesen werden kann, dass eine reine Marktlösung zu Unterproduktion, also zu zu wenig Angebot führt, dass aber nicht gemessen werden kann, um wie viel die Marktlösung unter einer optimalen Lösung liegt, wenngleich es Methoden zu Annäherung gibt.² Folglich ist eines der Grundprobleme bei der Förderung immer die Frage nach der optimalen Menge, die einem gesamtgesellschaftlichen Wunsch entspricht. Ob eine solche Lösung dann tatsächlich die viel gesuchte zweitbeste Lösung ist oder doch nur die dritt-, die viert- oder hundertstbeste ist nie eindeutig nachweisbar.³

² Vgl. Cuccia, Contingent valuation, in: Towse, A Handbook of Cultural Economics, 2. Auflage 2011, 90-99.

³ Blaug, Welfare economics, in: Towse, A Handbook of Cultural Economics, 2. Auflage 2011 425-430.

Überlegungen aus der Ökonomie des Urheberrechts

Wie bereits erwähnt, stellen sich in der Ökonomie des Urheberrechts ähnliche Fragen. Auch hier fällt die Analyse dahingehend aus, dass es ohne jedwede staatliche Intervention zu Unterproduktion kommt, da bei allen kulturellen Gütern, die reproduzierbar sind, nur die variablen Kosten für die Reproduktion in Rechnung gestellt werden können, nicht aber jene Fixkosten für die Schaffung eines Werkes, also einer „ersten Kopie“. Typischerweise haben öffentliche Güter hohe Fixkosten, aber keine variablen Kosten. Die Kosten für eine Radiosendung sind unabhängig davon, wie viele Menschen zum Zeitpunkt der Ausstrahlung vor den Endgeräten sitzen. Die Kosten für das Schreiben eines Buches sind unabhängig von der Auflage, in der es später einmal erscheinen wird, und die Kosten der Einspielung einer CD in einem Musikstudio sind unabhängig davon, wie viele CDs oder MP3s letztlich verkauft werden. Gäbe es also keine Schutzrechte wie beispielsweise das Urheberrecht, so würde in einer Wettbewerbssituation der Markt immer nur die Kosten der Reproduktion amortisieren, nicht aber die für die Herstellung der ersten Kopie beziehungsweise für das Werk an sich. Aus diesem Grund wurde bereits 1710 in Großbritannien ein Schutzrecht eingeführt, das als Vorläufer des heutigen Copyright bzw. dessen kontinentaleuropäische Schwester, des Urheberrechts, gesehen werden kann. Die Idee des Rechts war die künstliche Verknappung von Inhalten und somit die Kommodifizierung der Werke, wodurch die Preise der einzelnen Kopien über das Niveau der Marktpreise angehoben werden konnten und damit wiederum nicht nur die Reproduktion, sondern auch die Schaffung des Werkes an sich refinanziert werden konnte. Dabei liegt die Betonung auf dem Wort „konnte“, denn das Urheberrecht bot lediglich die Möglichkeit, die Kosten für die Produktion der ersten Kopie und vor allem eine Entschädigung der Arbeit zu verdienen, denn ob dies auch tatsächlich gelang, hing rein vom kommerziellen Erfolg des Buches ab. Das Urheberrecht oder genauer gesagt das dazugehörige Verwertungsrecht ist ein nachfrageseitiger Anreiz, Kunst und Kultur zu produzieren, während die Subvention angebotsseitig wirksam wird. Die nachfrageseitige Intervention verursacht neben den erwünschten Anreizen auch noch unerwünschte Nebenwirkungen, die oftmals unterschätzt werden.

Zu diesen Nebeneffekten gehören die so genannten Transaktionskosten, also all jene Kosten die anfallen, um Lizenzen für die Verwendung von Werken vertraglich zu regeln beziehungsweise die Rechte abzuklären und die RechteinhaberInnen ausfindig zu machen. Da es keine zentrale Datenbank für urheberrechtlich geschützte Werke gibt, wie dies im Falle von Patenten und Marken der Fall ist, muss bei der Klärung der Rechte erst einmal recherchiert werden, wer über welche Rechte verfügt. Das können sowohl die KünstlerInnen bzw. Kreativen selbst sein, aber auch deren ErbInnen; oder es kann sich

um natürliche oder juristische Personen handeln, die die Verwertungsrechte erworben haben. Im Falle von Archiven können das tausende oder gar Millionen von verschiedenen Werken sein, für die die Rechte jeweils einzeln geklärt werden müssen. Viele dieser Rechte werden zusätzlich nicht nur von einer Einzelperson gehalten, sondern oftmals von einer Gruppe von Menschen, so dass pro Werk oft mehrere Lizenzen eingeholt werden müssen, wie im Falle der Übersetzung eines Romans, wobei sowohl der Autor bzw. die Autorin als auch der Übersetzer bzw. die Übersetzerin Rechte halten. Diese wiederum können jeweils ihre Rechte weiterverkauft oder vererbt haben, so dass sich die Anzahl der abzuklärenden Fälle noch einmal erhöht. Dazu kommen Anwaltskosten, um Verträge aufzusetzen, um die vereinbarten Nutzungen zu dokumentieren, beziehungsweise Verwaltungskosten, um die unterzeichneten Verträge zu verwalten. Erst wenn all diese Kosten abgedeckt sind, kommen noch zusätzlich die Kosten für die Lizenzen hinzu, die unterschiedlich hoch sein können. Diese unterschiedliche Höhe spiegelt wiederum den Marktwert wider. Und hier kommen wir zum nächsten Problemfeld, nämlich, wie oben bereits angesprochen, dass der rechtliche Schutz lediglich die Möglichkeit eröffnet, die Kosten zu amortisieren beziehungsweise auch noch einen darüber hinaus gehenden Gewinn zu erwirtschaften.

Dies führt zu der Dynamik, dass Verlagshäuser dazu tendieren, vor allem jene Werke aktiv zu vermarkten von denen sie sich einen möglichst hohen Umsatz im Vergleich zu den eingesetzten Werbe- und Reproduktionskosten erwarten. Andere Werke, für die der Erwartungswert verhältnismäßig niedriger ist, werden nicht oder wesentlich weniger intensiv vermarktet. Was hier logisch scheint führt dazu, dass einige wenige – die sogenannten „Happy few“ – zu lokalen oder auch internationalen Stars gemacht werden, der Großteil der Kreativen jedoch kaum oder nur ein sehr geringes Einkommen aus den Erlösen der Verwertungsrechte bezieht.⁴

Darüber hinaus gibt es ein weiteres Verhältnis, das im Falle der Archive noch relevanter ist, nämlich jenes zwischen den Lizenzgebühren und den Transaktionskosten. In vielen Fällen lassen sich keine RechteinhaberInnen mehr identifizieren (verwaiste Werke) oder sie befürworten eine öffentliche Bereitstellung auch ohne Lizenzzahlungen. Dies trifft vor allem die breite Masse all jener, die andere Geschäftsmodelle verfolgen oder überhaupt im Rahmen von öffentlichen Institutionen Wissen produzieren, wie beispielsweise an Universitäten. WissenschaftlerInnen publizieren nicht, um damit ihr Einkommen zu

⁴ Vgl. DiCola, Money from Music: Survey Evidence on Musicians' Revenue and Lessons About Copyright Incentives, in: Arizona Law Review, in Erscheinung; Northwestern Law & Econ Research Paper No. 13-01. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2199058>; Kretschmer, Private Copying and Fair Compensation: An empirical study of copyright levies in Europe, 2011, <http://www.ipo.gov.uk/ipresearch-faircomp-full-201110.pdf>.

erwirtschaften, sondern weil dies fixer Bestandteil ihrer bereits mit öffentlichen Mitteln finanzierten Tätigkeit ist. Ähnliches sollte auch für die Sendungen des öffentlichen Rundfunks gelten. Dennoch müssen bei einem Projekt wie der Digitalisierung der Nationalbibliothek, der Europeana oder auch dem ORF-Archiv beziehungsweise dem CBA alle Rechte geklärt werden. Wenn gleich die Transaktionskosten für die Übernahme der Rechte an allen Beatles-Liedern eine untergeordnete Rolle spielen mögen, so sind sie für den Großteil der archivierten Werke doch oftmals die einzigen Kosten, die anfallen. Damit sind die Transaktionskosten für einen bestimmten Teil der kreativen Werke prohibitiv hoch und unterbinden damit eine weitere Verwendung oder Bereitstellung auch dann, wenn sie im Sinne aller Beteiligten wäre. Für einen anderen, sehr kleinen Teil handelt es sich bei den Transaktionskosten um Aufwendungen, die in Kauf genommen werden müssen. Das Interessante an Archiven – sowohl für Privatpersonen als auch für WissensarbeiterInnen – ist jedoch nicht der Zugang zum ohnehin weit verbreiteten Mainstream, sondern zu einem differenzierten Angebot. Folglich ist es für die Öffnung von Archiven nicht ausreichend, eine kleine Anzahl an Rechten von populären Werken abzuklären und Lizenzen zu bezahlen, sondern es ist essenziell, Zugriff zu allen vorhandenen Werken zu bekommen.

Anreiz-Inkompatibilität

Während das Kulturschaffen in Europa weitgehend mit direkten angebotsseitigen Subventionen gestützt wird, um ein möglichst breites und diverses Angebot sicherzustellen, gehen vom Urheberrecht Begrenzungen aus, die die Zugänglichmachung dieser Werke einschränken. Am Beispiel des CBA lässt sich dieses Dilemma sehr gut explizieren.

Die öffentliche Hand hat den gesellschaftlichen und demokratischen Nutzen freier Radios anerkannt und unterstützt die Produktion von Sendungen und die Aufrechterhaltung einer Infrastruktur mit öffentlichen Mitteln. Das implizite Ziel ist es, diese geförderten Inhalte auch möglichst niederschwellig zugänglich zu machen und Aufmerksamkeit zu generieren. Dies war vor der Digitalisierung beziehungsweise vor der breitflächigen Nutzung des Internet durch die Nutzung einer Sendefrequenz gewährleistet. Eine öffentliche Bereitstellung für individuelle Zugriffe zu jedem beliebigen Zeitpunkt und von jedem beliebigen geographischen Punkt auf der Welt war technisch nicht leistbar. Folglich hat sich die Frage nach einem öffentlich zugänglichen Archiv nicht gestellt. Seit einigen Jahren gibt es diese technischen Möglichkeiten, und damit stellt sich die Frage nach einem möglichst effizienten und effektiven Umgang mit öffentlichen Mitteln neu. Wie können Sendungen, die mit öffentlichen Mitteln unterstützt und unter Einsatz von ehrenamtlicher Arbeit zustan-

de gekommen sind, optimal bereitgestellt werden? Geht es nach dem Urheberrecht, so dürfen die Sendungen zwar über die Radiofrequenz ausgestrahlt, aber nicht in einem Online-Archiv zugänglich gemacht werden. Die Intention der Subventionszahlungen ist jedoch eben die Bezuschussung der Kosten, um Sendungen anbieten zu können und bestmöglich öffentlich zugänglich zu machen. Das nachfrageseitige Stimulieren eines Marktes für kulturelle Werke basiert hingegen auf der Logik des Ausschlusses, um Kopien stückweise verkaufen zu können oder bestimmte Nutzungen zu lizenzieren. Nun kommt es bei den Radiosendungen oft zu dem Fall, dass die angebotsseitig geförderte Sendung auch urheberrechtlich geschützte Werke – im Regelfall Musik – beinhaltet, die mittels nachfrageseitiger Anreize zustande gekommen ist. Kurz: die Sendung in ihrer Gesamtheit wird subventioniert, um sie einem möglichst breiten Publikum zugänglich zu machen, während einzelnen Teile davon künstlich in ihrer Reichweite beschränkt wurden, um sie stückweise verkaufen zu können – zwei kulturpolitische Anstrengungen, die zueinander im Widerspruch stehen. Im Falle des CBA wurde vorerst der Weg gewählt, aus allen Sendungen die online zur Verfügung gestellt werden, urheberrechtlich geschützte Musik durch Schnitt zu entfernen und nur jene Teile der Sendungen verfügbar zu machen, deren Rechte die RadiomacherInnen selbst besitzen.

Hier stellt sich die Frage, ob diese Vorgangsweise irgendwem zum Vorteil gereicht und ob die Bereitstellung von Musikstücken oder Teilen von Musikstücken für die RechteinhaberInnen dieser Werke einen wirtschaftlichen Schaden nach sich zieht. In den Vereinigten Staaten ist diese Frage eine von insgesamt vier Fragen, die es zu beantworten gilt bei der Feststellung, ob eine bestimmte Nutzung unter die „Fair-Use“-Regel fällt oder nicht. Leider gibt es dazu keine empirischen Studien, auf die an dieser Stelle verwiesen werden kann. Es scheint aber nicht besonders wahrscheinlich, dass ein Musikstück in einem Online-Archiv im Rahmen einer Radiosendung die Verwertungsstrategie der Verlage wesentlich beziehungsweise negativ beeinflusst. Sollte sich also kein wirtschaftlicher Nachteil daraus ergeben, dass sich in dem Archiv der Freien Radios neben dem eigenproduzierten Inhalten auch noch Musik befindet, so gehen zwar durch die zusätzliche Arbeit die durch das Schneiden der Sendungen anfällt, als auch durch die Qualitätsminderung der Sendungen im Archiv negative Effekte aus, denen keine positiven Effekte gegenüberstehen.

Mögliche Lösungsansätze

Ein möglicher Ansatz aus ökonomischer Sicht – um das beschriebene Spannungsfeld zwischen jenen Anreizen, die von Subventionen und jenen, die vom Urheberrecht ausgehen zu lösen – ist die erwähnte „Fair-Use“-Regelung. Eine tatsächliche Einführung einer solchen Regelung wird jedoch auf Grund

der unterschiedlichen Rechtstraditionen in Europa und den USA nicht oder nur sehr schwer möglich sein. Grundsätzlich gilt im europäischen Urheberrecht die Regel, dass jede Nutzung einkommensteuerpflichtig ist, unabhängig davon, ob sie die Verwertungsmöglichkeiten beeinflusst oder nicht oder ob eine Gewinnabsicht dahinter steht oder nicht. Folglich muss nach anderen Lösungen gesucht werden, die entweder national oder zumindest auf EU-Ebene durchsetzbar sind.

Ein anderer Ansatz ist für den Fall der Radios denkbar, auch wenn er nicht auf alle möglichen Archive anwendbar ist. Konkret handelt es sich um eine zusätzliche Lizenz, die mit Verwertungsgesellschaften ausgehandelt und pauschal abgegolten wird. Eine ähnliche Regelung gibt es bereits zwischen den Radios und den zuständigen Verwertungsgesellschaften für die Ausstrahlung der Sendungen. Da es den Sendestationen unmöglich ist, einzeln alle Rechte abzuklären, wann immer Musik veröffentlicht wird, werden die Rechte pauschal abgegolten. Ebenso könnte eine zusätzliche Lizenz die Bereitstellung von eigenproduzierten Sendungen in einem Onlinearchiv kompensieren. Im Falle der freien und nicht-kommerziellen Radios stellt sich dann jedoch die Frage, wer für die Kompensation aufkommen kann. Die Kosten einer zusätzlichen Lizenz für Sendungen, die bereits öffentlich subventioniert oder finanziert wurden, können von kleinen, finanzschwachen Strukturen wie den freien Radios nicht selbst getragen werden. Folglich wäre nicht nur eine Subvention für die Produktion notwendig, sondern darüber hinaus auch noch eine, um diese Berechtigung zu entgelten und diese Werke langfristig offen zugänglich zu machen.

Der zweite Lösungsansatz ist ein kasuistischer und geht davon aus, dass es unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Befreiung oder einem Erlass der Kompensation kommt. Dies wäre beispielsweise für das Archiv der freien Radios argumentierbar, nicht aber für kommerzielle Radiostationen und auch nur sehr bedingt für den ORF, der weder klar den kommerziellen noch den nicht-kommerziellen Anbietern zuzuordnen ist.

Im Falle anderer Archive ist es möglich, dass weder der eine noch der andere Lösungsansatz Anwendung finden kann, da es sich nicht um Archive von Eigenproduktionen handelt, die Werke dritter beinhalten, sondern generell um Archive von Filmwerken oder Literatur. Das Bereitstellen aller Filme eines Filmarchivs hätte natürlich Auswirkungen auf den Videoverleih oder den Verkauf von Videos. Auch für diese Archive sollte dringend eine Lösung angedacht werden, doch die Lösung des Problems ist um einiges komplizierter als für kleine Non-profit-Archive, die mit der Archivierung ihrer eigenen Sendungen beschäftigt sind, wie dies für das CBA der Fall ist.

Digitale Radioarchive aus der Perspektive der Grund- und Menschenrechte

*Christoph Tschohl**

Die grundrechtliche Dimension der Online-Archive Freier Radios

Die Meinungs- und Informationsfreiheit als Grundrecht der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹ hat die Gestaltung der österreichischen Medienlandschaft nachhaltig geprägt. Die Pionierarbeit der 1980er und 90er Jahre rund um die Entwicklung der freien Radio-Szene in Österreich hatte schließlich im Jahr 1993 dazu geführt, dass Österreich wegen Verletzung des Artikels 10 EMRK verurteilt wurde, weil das zu dieser Zeit gesetzlich eingerichtete Rundfunkmonopol des ORF schon angesichts der damaligen technischen Verhältnisse und der Erfahrungen vergleichbarer Staaten, die privaten Rundfunk in unterschiedlichen Formen zuließen, unverhältnismäßig und somit in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig war.² Allein aus dem Wortlaut der Garantie des Artikels 10 EMRK war dies keinesfalls selbstverständlich. So führte eine konservative Auslegung desselben Normtextes dazu, dass im Falle des staatlichen Rundfunkmonopols der österreichische Verfassungsgerichtshof, der ebenso die in Österreich im Verfassungsrang stehende EMRK anzuwenden hatte, hierzu keine Bedenken äußerte. Vielmehr ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) das Ergebnis der Entwicklung einer Rechtsprechung, welche die EMRK als lebendiges Instrument versteht, die daher stets im Lichte der aktuellen Verhältnisse auszulegen ist.³

* **Christof Tschohl** (Ing., Mag. jur., Dr. jur.) ist Scientific Director bei Research Institute AG & Co KG – Centre for Digital Human Rights und Legal Researcher / of-counsel (part time) Ludwig-Boltzmann-Institut für Menschenrechte (BIM); Text © 2014 Christof Tschohl. Online-Lizenz: cc by 4.0 Christof Tschohl.

¹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SEV-Nr. 005 (Europarat), unterzeichnet in Rom am 4.11.1950.

² EGMR, 24.11.1993, Informationsverein Lentia u.a. vs. Österreich, deutsche Übersetzung in EuGRZ 94, 549 ff.

³ Die sog. „living instrument“-Formel des EGMR in der Entscheidung EGMR 25.04.1978, Tyrer vs. UK.

Heute besteht ein breiter gesellschaftlicher Konsens über die Vorzüge einer pluralistischen Medienlandschaft in einer demokratischen Gesellschaft ohne staatliches Rundfunk-Monopol. Doch mit der rasanten Entwicklung und Verbreitung der Informationstechnologie stellen sich neue Fragen zur Auslegung und Reichweite der Grundrechte, deren Beantwortung wiederum nicht trivial aus dem bisherigen Rechtsbestand ableitbar ist. Für das Verständnis, inwiefern der Betrieb von Online-Archiven Freier Radios in die Sphäre der Grund- und Menschenrechte⁴ reicht und ob dadurch allenfalls staatliche Handlungspflichten aktiviert werden, ist die dynamische Entwicklung der Rechtsprechung zu Artikel 10 EMRK sowie zur Konvention insgesamt essentiell. Rechtsfragen, die in die Grundrechtssphäre reichen, entstehen nämlich typischerweise in Form einer Kollision von unterschiedlichen grundrechtlich geschützten Interessen verschiedener Grundrechtssubjekte oder eines Grundrechtssubjekts mit öffentlichen Interessen. Zumeist geht es um den Schutz der Reputation bzw. der Ehre, der Privatsphäre, des (geistigen) Eigentums oder um spezifische Fragen des Datenschutzes, die mit der individuellen Meinungsfreiheit des Äußernden, mit der institutionellen Rundfunkfreiheit oder mit der Informationsfreiheit auf subjektiver und kollektiver Ebene in einen Konflikt geraten. Systematik und Substanz der Entscheidungspraxis des EGMR zu den betroffenen Grundrechten bieten einen Orientierungsrahmen (und zu manchen spezifischen Fragen sogar konkrete Antworten) für eine rechtspolitische Debatte zu Online-Archiven Freier Radios.

Im Folgenden wird die EMRK als primäres grundrechtliches Bezugssystem aus österreichischer Perspektive verwendet, weil diese Konvention einerseits völkerrechtlich mit 47 Mitgliedsstaaten des Europarats den europäischen Mindeststandard formt, die Konvention andererseits in Österreich seit 1964 mit Verfassungsrang ausgestattet ist⁵ und seither den in der Praxis maßgeblichsten Teil des nationalen Grundrechtsbestands darstellt. Das Verhältnis der EMRK zur Grundrechte-Charta der EU⁶ regelt Artikel 52 der Charta unter dem Titel „Tragweite der garantierten Rechte“: Soweit die Charta Rechte enthält, die denen der Konvention „entsprechen“, so sollen sie nach Absatz 3 dieses Artikels die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der Konvention verliehen werden. Die den Konventionsrechten entsprechenden Rechte der

⁴ Die Terminologische Unterscheidung weist primär auf die Geltungsgrundlage der Rechtsgarantien hin, wobei auf Ebene des Völkerrechts zumeist die Bezeichnung Menschenrechte verwendet wird und im Rahmen staatlicher Verfassungen die Rede von Grundrechten ist.

⁵ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Stammfassung BGBl. Nr. 210/1958 zuletzt geändert durch BGBl. III Nr. 47/2010; im Verfassungsrank gemäß BVG BGBl. Nr. 59/1964.

⁶ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Amtsblatt der Europäischen Union C 83/389, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:DE:PDF>

Charta müssen daher auch unter strenger Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR interpretiert werden, worauf auch in der Präambel der Charta ausdrücklich hingewiesen wird. Artikel 52 Absatz 1 bestimmt darüber hinaus, dass jede Einschränkung der Ausübung aller in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und deren „Wesensgehalt“ achten muss. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur erfolgen, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer entsprechen.⁷

In diesem normativen Rahmen soll dieser Beitrag nachfolgend einen Überblick der grundrechtlichen Determinanten für die Lösung von Rechtsfragen in Bezug auf Online-Archive Freier Radios bieten.

Online-Dienste im Schutzbereich der Medienfreiheit des Artikels 10 EMRK

Artikel 10 EMRK⁸ garantiert jedem Menschen einen Anspruch auf freie Meinungsäußerung. „Dieses Recht schließt die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen ein. Dieser Artikel schließt nicht aus, dass die Staaten Rundfunk-, Lichtspiel- oder Fernsehunternehmen einem Genehmigungsverfahren unterwerfen.“ Damit wird neben der individuellen Meinungsäußerungsfreiheit auch auf der Empfängerseite die Informationsfreiheit garantiert⁹, welche das aktive Suchen von Informationen im Sinne einer Recherchefreiheit inkludiert¹⁰.

Der terrestrische Radiobetrieb ist nicht nur vom allgemeinen Schutzbereich des Artikels 10 EMRK sondern auch unmittelbar vom Begriff „Rundfunk“ umfasst und unterliegt daher auch der in Absatz 1 dritter Satz formulierten Einschränkung eines Genehmigungsvorbehalts im nationalen Gestaltungsspiel-

⁷ Buchinger et al., Grundrechte im gerichtlichen Berufsalltag, Skriptum zum RiAA-Grundrechtsmodul, BMJ u.a. 2010, 66 f, mwN und insbesondere mit detaillierten Ausführungen zur dogmatisch komplizierten Konstruktion des Günstigkeitsprinzips nach Art 52 iVm 53 der Charta; zum Abruf unter <http://www.richtervereinigung.at/images/Texte/grundrechtsskriptum.pdf> (27.11.2013).

⁸ Neben dem Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit gemäß Art 10 EMRK sind in Österreich auch Art 13 StGG, Z 1 und 2 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung 1918, das BVG über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks 1974 sowie Art 11 der Charta der Grundrechte der EU relevant.

⁹ Vgl. Windhager/Lattacher, Meinungsfreiheit – Pressefreiheit – Rundfunkfreiheit – Kunstfreiheit, in: Heissl (Hg.) Handbuch Menschenrechte, Wien 2009, 281 mwN.

¹⁰ Ibid, 283 mit Hinweis auf VfGH 16.03.1987, VfSlg. 11.297.

raum. Weil der Wortlaut dieser Garantie in Hörfunk und Fernsehen differenziert, sind multimediale Angebote im World Wide Web nach herrschender Auffassung¹¹ nicht unter diese Begriffe und damit nicht unter die „Rundfunkfreiheit“ zu subsummieren. Audiovisuelle Mediendienste auf Abruf im WWW sind daher nach den allgemeinen Grundsätzen des Artikels 10 Absatz geschützt, das heißt, die Schranken des Genehmigungsvorbehalts sind auf sie nicht anwendbar, für das Internet stünde dies im Widerspruch zu den Kommunikationsfreiheiten des Artikels 10 EMRK.¹² Beschränkungen sind aber im Rahmen des Artikels 10 Absatz 2 EMRK unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig.¹³

Die Pressefreiheit ist in Artikel 10 EMRK nicht ausdrücklich formuliert, vielmehr wurde die Sonderstellung der Presse als „public Watchdog“¹⁴ im öffentlichen Interesse erst durch die Judikatur herausgearbeitet.¹⁵ Der EGMR hat die besondere Bedeutung der Medien zunächst nur für die Printmedien formuliert, später jedoch auch auf audiovisuelle Medien übertragen.¹⁶ Geschützt sind nicht nur Journalisten, sondern auch Verleger, womit insbesondere institutionelle Garantien rund um die gesamte redaktionelle Tätigkeit verbunden sind, beispielsweise das Redaktionsgeheimnis.¹⁷ Ob dieser besondere Schutz bei Online-Diensten (Webseiten) gleichermaßen gilt, hatte der EGMR bislang nicht zu entscheiden. In Österreich hat hierzu erstmals vor kurzem das Oberlandesgericht (OLG) Wien entschieden, dass sich die Betreiberin einer Webseite als Medieninhaberin auf das in § 31 MedienG normierte Redaktionsgeheimnis stützen darf.¹⁸ Medieninhaber (und Medienmitarbeiter) seien berechtigt, die ihnen bekannten persönlichen Daten eines registrierten Online-Posters

¹¹ Siehe Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage, München – Basel – Wien 2012, 311.

¹² So ausdrücklich Holoubek/Kassai, Grundzüge des Rechts der Massenmedien, 4. Auflage, Wien – New York 2010, 59, mit Hinweis auf weitere Überlegungen bei Berka, das BVG-Rundfunk: Rundfunkrechtliches Leitprinzip für einen modernen Rundfunk oder obsoletes Verfassungsrecht?, in Hammer/Somek/Stelzer/Weichselbaum (Hg.), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS Theo Öhlinger, 584, 596.

¹³ Im Ergebnis sind die Unterschiede der Schrankenregelungen abgesehen vom ausdrücklichen Genehmigungsvorbehalt nicht sehr groß, weil in der Judikatur seit den 1990er Jahren auch Eingriffe in die Rundfunkfreiheit wie ein Genehmigungsvorbehalt Art 10 Abs 2 EMRK unterworfen sind; vgl. EGMR 28.3.1990, Groppe-Radio AG u.a. vs. Schweiz, Nr. 10.890/84.

¹⁴ Z.B. EGMR 2.11.2006, Kobenter & Standard Verlags GmbH vs. Österreich.

¹⁵ Vgl. Windhager/Lattacher, *ibid*, 284 mwN.

¹⁶ Grabenwarter/Pabel, aaO, 332 mit Hinweis auf die Entscheidungen EGMR 23.9.1994 (Große Kammer), Jersild vs. Dänemark, Nr. 15.890/89, Z31 und EGMR 30.3.2004, Radio France u.a. vs. Frankreich, Nr. 53.984/00, Z. 33.

¹⁷ Vgl. Holoubek/Kassai, aaO, 46.

¹⁸ OLG Wien 26. 2. 2013, MR 2013, 61.

nicht bekanntzugeben. In der Begründung wies das OLG Wien auf die Haftung der Medieninhaber für die in ihren Medien veröffentlichten Behauptungen Dritter hin¹⁹, die zugleich die Anwendbarkeit des Redaktionsgeheimnisses rechtfertige.²⁰

Informationsfreiheit und das öffentliche Interesse an Online-Archiven

Die eigentliche Rundfunkstätigkeit ist funktionell von digitalen Online-Archiven zu differenzieren. Die normalerweise permanent aktualisierten Inhalte von Radiosendungen, egal ob terrestrisch oder online verbreitet, haben zum Ziel, durch Berichte, Meinungen und Positionen über zumeist aktuelles Zeitgeschehen zu informieren oder auch einfach nur aktuell zu unterhalten. Demgegenüber besteht der Äußerungsgehalt eines aus einem Online-Archiv abgerufenen Beitrags in einer wahrheitsgetreuen, lückenlosen Information für die Allgemeinheit über in der Vergangenheit verbreitete Inhalte. Setzt der Betroffene Rechtsansprüche gegen das zitierte Medium durch, wirken sich diese wiederum genauso im Online-Archiv aus: Urteilsveröffentlichung, Widerruf etc. werden genauso im Online-Archiv auf Dauer bereit gehalten wie die zuvor inkriminierten Anlassartikel.²¹

Der Schutzzumfang für online-Archive im Rahmen des Artikels 10 EMRK und die Begründung eines öffentlichen Interesses an solchen Archiven sind vor allem dann relevant, wenn im Konfliktfall Rechtsansprüche von Betroffenen unmittelbar gegen den Betreiber des Online-Archivs erhoben werden. Der EGMR hat hierzu betont, dass Artikel 10 EMRK nicht nur das Recht garantiert, Informationen zu verbreiten, sondern auch das Recht der Öffentlichkeit, sie zu empfangen²². Das Internet spiele im Hinblick auf dessen Zugänglichkeit und dessen Kapazität, große Mengen an Informationen zu speichern und zu kommunizieren, eine wichtige Rolle zur Verbesserung des Zugangs der Öffentlichkeit zu den Nachrichten und erleichtere die Verbreitung von Informa-

¹⁹ Siehe aber zur Kritik der Medienrechtsnovelle 2005, nach der nunmehr jede Website dem Regime des Mediengesetzes unterstellt ist, Schmidbauer, Das Anti-Web-Gesetz – Wie das Mediengesetz Österreich zu einem Volk von (noch) Medieninhabern macht, 4.6.2005 (mit Nachtrag vom 6.6.2005), <http://www.internet4jurists.at/intern28.htm> (27.11.2013).

²⁰ Siehe dazu ausführlich die Zustimmungende Abhandlung bei Windhager/Gahleitner, 2.0 – Sind Userdaten von § 31 MedienG geschützt?, MR 2013, 107 ff.

²¹ Richter/Windhager, Online-Archive am Ende? Zur rechtlichen Beurteilung von Online-Archiven, MR 2003, 211.

²² Siehe EGMR 26.11.1991, Observer und Guardian vs. UK, Nr. 13.585/88, RZ 59 (b), Serie A, 216; EGMR 19.2.1998, Guerra und andere vs. Italien, RZ 53, Urteils- und Entscheidungssammlung 1998-I.

tionen im Allgemeinen. Der Betrieb von Online-Archiven sei ein kritischer Aspekt dieser Rolle, und der Gerichtshof vertrat daher die Auffassung, dass solche Archive in den Geltungsbereich des Artikels 10 EMRK fallen.²³ Weiter führt der EGMR aus, die Archive seien eine wichtige Quelle für die Bildung und die historische Forschung, insbesondere weil sie für die Öffentlichkeit leicht zugänglich und in der Regel kostenlos sind. Neben der primären Funktion der Presse in der Demokratie als „public watchdog“ sei es eine wertvolle sekundäre Rolle, bei der Erhaltung und Bereitstellung von bereits berichteten Nachrichten durch öffentliche Archive mitzuwirken.²⁴

Das Abwägungsproblem bei Grundrechts-Kollisionen im Medienrecht

„Da die Ausübung dieser Freiheiten Pflichten und Verantwortung mit sich bringt, kann sie bestimmten, vom Gesetz vorgesehenen Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden“, bestimmen die Schrankenregelungen des Artikels 10 Absatz 2 EMRK einleitend. Damit ist bereits antizipiert, dass die Ausübung der Meinungs- und Informationsfreiheit besonders geneigt ist, mit den grundrechtlich geschützten Interessen anderer Rechtssubjekte in Konflikt zu geraten. Denkmöglich ist eine solche „Grundrechtskollision“ mit nahezu allen materiellen Grundrechtsgarantien der EMRK, in der Praxis sind es aber hauptsächlich Fragen des Persönlichkeitsschutzes im Schutzbereich des Artikels 8 EMRK, welche die Gerichte beschäftigen. Praktisch von Bedeutung sind auch Konflikte mit der Eigentumsgarantie in Artikel 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK²⁵ in deren Anwendungsbereich auch der Schutz geistigen Eigentums (Urheberrecht) fällt.²⁶

Wenn durch einen Radiobeitrag ungerechtfertigt in die Interessensphäre Dritter eingegriffen wird, ist die Frage zu klären, wer für diesen Eingriff haftet. Ebenso kann bei einem Online-Archiv für Radiobeiträge die Haftung in die verschiedensten Richtungen gehen: Haftung für Urheberrechtsverletzungen, Ehrenbeleidigungen, unwahre diffamierende Tatsachenbehauptungen, Verletzungen der Privatsphäre bzw. Datenschutzverletzungen. Die Verteilung der Haf-

²³ EGMR 10.6.2009, *Times Newspapers Ltd* (Nr. 1 und 2) vs. UK, Nr. 3002/03 und 23.676/03, RZ 27.

²⁴ *Ibid.*, RZ 45.

²⁵ Z.B. bei Eingriffen in das Recht des Vermieters, wenn Mieter die Anbringung einer Satelliten-Empfangsanlage gegen dessen Willen durchsetzen EGMR 16.12.2008, *Khurshid Mustafa und Tarzibachi vs. Schweden*, Nr. 23.883/06.

²⁶ Vgl. Bußjäger, *Schutz des Eigentums*, in: Heissl (Hg.) *Handbuch Menschenrechte*, Wien 2009, 388.

tung wird gesetzlich konkretisiert und durch die Rechtspraxis geprägt – es ist also letztlich die konkrete Ausgestaltung, die darüber bestimmt, wie weit die jeweilige Freiheit reicht. Im Medienrecht im weiteren Sinn ist besonders zu berücksichtigen, dass die Gestaltung der Medien typischerweise vielschichtig auf mehrere Akteure mit jeweils individueller Verantwortung verteilt ist. Die individuelle Haftung des Herausgebers ist anders zu beurteilen als jene des Autors oder eines Subjekts, dessen (möglicherweise falsche) Behauptung durch das Medium verbreitet wird. Aus guten Gründen unterscheidet auch das E-Commerce-Recht u.a. zwischen der Haftung des Host-, des Inhalts- und des Zugangsproviders.²⁷ Die Ausgestaltung der grundrechtlichen Gewährleistungen muss aber – ob nun auf gesetzlicher Ebene oder durch einen konkreten Vollzugsakt – jedenfalls den Determinanten der grundrechtlichen Systematik folgen.

Die Herausforderung besteht darin, dass der Staat einerseits nur im Falle eines dringenden sozialen Bedürfnisses und nur in der geringsten Weise in die Informationsfreiheit eingreifen darf, andererseits aber zu gewährleisten ist, dass auch gegenüberstehende berechnigte Interessen hinreichend geschützt werden. Die Judikatur des EGMR sowie der nationalen Höchstgerichte hat im Laufe der letzten Jahrzehnte eine differenzierte Systematik entwickelt, wie diese Abwägung jeweils argumentiert wird und welche Anforderungen der allgegenwärtige Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stellt. Um eine solche Abwägung überhaupt durchführen zu können, ist es notwendig, konkret zu reflektieren, welches Ziel mit einem bestimmten Grundrechtseingriff verfolgt wird und inwiefern dieses von einem der in Artikel 10 Absatz 2 EMRK abstrakt aufgezählten Ziele gedeckt ist.

In der Literatur wird gemahnt, bei der Verbreitung von Publikationen über das World Wide Web die besonderen Möglichkeiten und Gefahren zu berücksichtigen, weil das Risiko der Verletzung durch Inhalt und Kommunikation via Internet für die Ausübung von Grundrechten erheblich höher sei als bei Printmedien.²⁸ Dem trägt der EGMR auch Rechnung, indem er etwa im Hinblick auf online-Archive den Staaten einen größeren Ermessensspielraum zur Einschränkung der Informationsfreiheit zubilligt, als wenn es um aktuelle Angelegenheiten geht. Im zuvor zum Schutzbereich zitierten Fall *Times Newspapers Ltd vs. UK* erachtete es der EGMR für zumutbar, dass ein Medieninhaber im Falle einer Verleumdungsklage in Bezug auf einen Zeitungsartikel die Streitanhängigkeit im Online-Archiv zum selben Beitrag anmerkt, andernfalls eine nochmalige, eigenständige Verurteilung wegen der online publizierten Version zulässig ist. Bewusst offen gelassen hat der Gerichtshof in diesem

²⁷ Siehe die differenzierten Haftungsausschlüsse der §§ 13 bis 17 E-Commerce Gesetz, BGBl. I Nr. 152/2001.

²⁸ Grabenwarter/Pabel, aaO, 342.

Fall eine Festlegung zur praktisch höchst relevanten Frage, wann die Frist für die Geltendmachung einer Verleumdung zu laufen beginnt. Die Entscheidung des Vereinigten Königreichs, mit der „Internet-Publikations-Regel“ die Frist mit jedem Tag der weiteren Online-Publikation neu beginnen zu lassen, sah der EGMR offenbar innerhalb des staatlichen Ermessensspielraums.²⁹ In Österreich geht der Oberste Gerichtshof in Mediensachen demgegenüber davon aus, dass die Frist auch bei Internetpublikationen mit erstmaliger Veröffentlichung beginnt.³⁰

Die Balance zwischen Persönlichkeitsschutz und Medienfreiheit als Modellfall

Die prägnanteste rechtliche Ausprägung erfährt die Verantwortung der Medien, soweit es um den Persönlichkeitsschutz geht, indem das Medienrecht klare Grenzen für beleidigende Angriffe auf die Ehre eines Menschen oder indiscrete Veröffentlichungen aus der Privatsphäre setzt.³¹ Grundsätzlich soll die Freiheit der Medien durchaus weit gehen. Es ist für eine demokratische Gesellschaft sehr wichtig, dass die Medien einen starken Schutz genießen. Wenn dieses Grundrecht mit dem Schutz der Privatsphäre kollidiert, lässt sich stets nur im Einzelfall beurteilen, ob konkret das öffentliche Informationsinteresse oder das private Interesse auf Geheimhaltung überwiegt. Zum Medienrecht wurden außerdem Besonderheiten entwickelt, vor allem die Unterscheidung, ob ein Medienbericht Tatsachenbehauptungen zu einer Person enthält oder ob es sich um ein Werturteil handelt. Während nämlich Tatsachen einem Wahrheitsbeweis zugänglich sind, ist ein Werturteil stets etwas Subjektives und reflektiert gleichermaßen die Freiheit des Individuums, von dem die Äußerung stammt. Zentral ist immer die Frage, wann ein öffentliches Informationsinteresse besteht, dass allenfalls dem Anspruch auf Privatsphäre einer Person vorgeht.³²

²⁹ EGMR 10.6.2009, *Times Newspapers Ltd (Nr. 1 und 2) vs. UK*, Nr. 3002/03 und 23.676/03, RZ 46 ff.

³⁰ OGH, Urteil vom 30.10.2003, 15 Os 142/03h.

³¹ Mit einer detaillierten Analyse zu dieser Frage Berka, *Medienrecht und Medienverantwortung in der Informationsgesellschaft*, in: Karl/Berka (Hg.), *Medienfreiheit, Medienmacht und Persönlichkeitsschutz*, Internationales Symposium am Österreichischen Institut für Menschenrechte in Salzburg am 14. und 15. Juni 2007, 34 ff.

³² Vgl. Tschohl, *Menschenrechte und OGD*, in: Landler/Parycek/Kettemann (Hg.), *Netzpolitik in Österreich. Internet. Macht. Menschenrechte*, 2013; online verfügbar unter http://publikationen.collaboratory.at/Co_Lab_MRI_NetzpolitikAT.pdf (27.11.2013).

Diese Frage ist stets im Lichte der Gesellschaft und des Zeitgeistes zu sehen und dementsprechend nicht in jeder Kultur zu jeder Zeit gleich zu beurteilen. Gewisse Grundsätze können aber allgemeine Gültigkeit beanspruchen. Etwa jener des „public figure standard“, wonach Personen des öffentlichen Lebens jedenfalls im Hinblick auf ihre öffentlichen Funktionen wesentlich mehr aushalten müssen. Aus der Bedeutung der Medienfreiheit für eine demokratische Gesellschaft lässt sich schließen, dass ein öffentliches Interesse umso eher besteht, je mehr die Berichterstattung sich direkt auf politische Prozesse bezieht. Ein reines Unterhaltungsinteresse ist zwar ebenfalls geschützt, wird aber demgegenüber wohl früher zurückstehen müssen.

Die Systematik der Abwägung lässt sich im Überblick durch folgendes Frage-schema darstellen:³³

- Würde die Entscheidung einen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit darstellen?
- Ist dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen und hinreichend klar?
- Dient der Eingriff einem legitimen Ziel?
- Ist der Eingriff verhältnismäßig? Dabei sind folgende Kriterien zu beachten:
 - Handelt es sich um eine Tatsachenbehauptung oder um ein Werturteil?
 - Falls Tatsachenbehauptung: ist diese wahr?
 - Falls Werturteil: ausreichende Tatsachengrundlage? Wertungsexzess?
 - Betrifft die Veröffentlichung eine Angelegenheit von allgemeinem Interesse?
 - Handelt es sich bei der betroffenen Person um eine public figure?
- Wären auch weniger schwerwiegende Maßnahmen geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen?

Datenschutz als besonderes Problem von Online Archiven

Neben dem Schutz der Privatsphäre im Regime der EMRK wird Datenschutz in Österreich durch § 1 Datenschutzgesetz 2000³⁴ und auf EU Ebene in Artikel 8 der Grundrechte-Charta als eigenständiges Grundrecht garantiert. Für Online-Archive Freier Radios ist als Maßstab davon auszugehen, dass die

³³ Buchinger et al., Grundrechte im gerichtlichen Berufsalltag, Skriptum zum RiAA-Grundrechtsmodul, BMJ u.a. 2010, 164 f. mit weiteren Nachweisen zu den Grundsätzen des Schemas.

³⁴ Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000 – DSG 2000), BGBl. I Nr. 165/1999 idF BGBl. I Nr. 57/2013.

dort gesammelten Beiträge im Regelfall auch personenbezogene Daten³⁵ enthalten. Es ist daher zu bedenken, dass der Anspruch auf Geheimhaltung nach dem Datenschutzgrundrecht unabhängig von den Vorschriften des Medienrechts besteht. Außerdem handelt es sich bei den Archiven um strukturierte Datenanwendungen, weil eine Suche nach mehr oder weniger ausdifferenzierten Schlagworten als typischer Bestandteil des Dienstes möglich ist. Diese Einordnung bedeutet, dass auf solche Archive grundsätzlich die sogenannten „Begleitgrundrechte“ auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung“ anwendbar sind.³⁶

Schwierigkeiten für die Rechtspraxis können hier vor allem deshalb auftauchen, weil das Verhältnis der Normen des Datenschutzrechts zu den Normen des Medienrechts gerade bei Online-Archiven nicht eindeutig geregelt ist. Wenn zum Beispiel eine unwahre Tatsachenbehauptung zugleich Angaben über eine bestimmte Person (= personenbezogene Daten) betrifft, kann zweifelhaft sein, ob neben dem Anspruch auf Gegendarstellung gemäß § 9 Mediengesetz derselbe Zweck auch mit einem Antrag auf Richtigstellung gemäß § 27 DSGVO verfolgt werden kann. Beim Anspruch auf Auskunft, der nach § 26 DSGVO auch Angaben über die Herkunft der Daten umfasst, könnte ein Konflikt mit dem Redaktionsgeheimnis bestehen. Beim datenschutzrechtlichen Lösungsanspruch könnte sich schließlich das Problem stellen, ob eine Löschung aus einem Archiv mit dem Dokumentationszweck der Anwendung vereinbar ist und daher vielleicht nur eine Sperrung des öffentlichen Zugangs der Interessenslage gerecht wird. Dieser kurze Abriss soll lediglich zeigen, dass den Fragen des Datenschutzes bei einer allfälligen (Neu-)Regulierung von Online-Archiven Freier Radios besondere Aufmerksamkeit gebührt.

Staatliche Gewährleistungspflichten zur Informations- und Medienfreiheit

Die Garantie des Artikel 10 EMRK beinhaltet in ihrem Kern, dass der Staat für eine pluralistische Medienlandschaft und einen indoktrinierungsfreien Raum zu sorgen hat. Die Zugänglichkeit zu bereits bestehenden Medien und öffentlichen Informationskanälen darf nur unter engen Voraussetzungen auf der Basis gesetzlicher Grundlagen zur Erreichung bestimmter, eindeutig genannter, höherwertiger Ziele beschränkt werden. Diese Ziele werden abstrakt

³⁵ Vgl. die Legaldefinition des § 4 Z 1 DSGVO 2000: „Daten“ („personenbezogene Daten“): Angaben über Betroffene (Z 3), deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist.

³⁶ Ausführlich dazu Lehner, *Recht auf Datenschutz*, in: Heissl (Hg.) *Handbuch Menschenrechte*, Wien 2009, 223 ff.

in Artikel 10 Absatz 2 EMRK aufgezählt. In diesem Sinne leitet der EGMR in ständiger Rechtsprechung aus dieser Garantie auch positive Verpflichtungen des Staates ab. Für die Rundfunkfreiheit sieht der EGMR beim Staat die Verantwortung als oberster Garant für die Sicherung des Pluralismus vor allem im Bereich audiovisueller Medien. Eine vergleichbare Pflicht besteht auch für den übrigen Medienbereich.³⁷

So wurde zum Beispiel der Ausschluss einer kritischen Soldatenzeitung („Der Igel“) aus dem Verteilersystem im österreichischen Bundesheer³⁸ als Verletzung des Artikels 10 EMRK angesehen. Das österreichische Bundesheer musste daher auch diese, aufgrund ihrer kritischen Inhalte in „Ungnade“ gefallene Zeitung wie alle anderen Zeitschriften über das bestehende Verteilersystem allen Soldaten zugänglich machen. Die Überlegungen hinter dieser Entscheidung, die einen willkürlichen Ausschluss von bestehenden Verbreitungskanälen vermeiden wollen, lassen sich auch für Regulierungsfragen zu Audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf fruchtbar machen. Wenn nämlich solche Dienste in vergleichbaren Bereichen wie dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu bestimmten Konditionen zulässig sind, dann dürfen die Bedingungen für den Betrieb solcher Dienste durch (beispielsweise) Freie Radios nicht schlechter gestellt sein, wenn es dafür keine konkrete sachliche Rechtfertigung im öffentlichen Interesse gibt.

Empfehlungen des Europarats zur Förderung neuer digitaler Medien

Bemerkenswert im Hinblick auf Regulierungsfragen zu Online-Archiven Freier Radios ist schließlich die Empfehlung 1855 (2009) der parlamentarischen Versammlung des Europarats zu audiovisuellen Mediendiensten.³⁹ Die Empfehlung stützt sich auf die Grundprinzipien aus Artikel 10 der EMRK zur Informations- und Meinungsfreiheit und möchte die Rundfunkregulierung angemessen auf audiovisuelle Abrufdienste, nicht jedoch auf das Internet angewandt sehen, dessen besonderer Status in den neuen Möglichkeiten für die Meinungsfreiheit liegt. Internet-Radio und Web-TV sollten wie Internet-basierte Zeitungen oder Websites mit Text, Bild und Ton behandelt werden.

³⁷ Grabenwarter/Pabel, aaO, 345.

³⁸ EGMR 1994, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi gg. Österreich, Nr. 15.153/89.

³⁹ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1855 (2009) regarding “the regulation of audio-visual media services; Der Text wurde von der Versammlung am 27 Januar 2009 angenommen und ist verfügbar unter <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta09/EREC1855.htm>.

Der technologische Fortschritt bringe eine erhöhte Anzahl der Kanäle, um Programme und Dienste über audio-visuelle Medien zu empfangen und biete dem Publikum daher eine große Auswahl an Programmen mit linearen und On-Demand-Services. Allerdings bedeute eine größere Anzahl audiovisueller Inhalte nicht unbedingt eine größere Vielfalt und Qualität der Inhalte, was aber die Priorität für die Politik im audiovisuellen Bereich bleiben müsse. Die parlamentarische Versammlung empfiehlt daher ausdrücklich und durchaus im Sinne der EMRK, die Übertragung von audiovisuellen On-Demand-Mediendiensten in vergleichbarer Weise wie Rundfunkdienste zu behandeln und diese nicht strengeren Vorschriften zu unterziehen, die aus der AVMD-Richtlinie⁴⁰ der Europäischen Union übernommen werden.⁴¹

Zusammenfassung

Eine präzise grundrechtswissenschaftliche Betrachtung hat zu reflektieren, ob die konkrete Lösung einer Frage tatsächlich durch deduzierende Rechtsanwendung eindeutig beantwortet werden kann, oder ob tatsächlich eine gesellschaftspolitische Entscheidung zu treffen ist, die im Gestaltungsspielraum eines demokratisch legitimierten Gesetzgebers liegt. Dies betrifft vor allem systemische Entscheidungen im Zusammenhang mit einer Güter- und Interessensabwägung auf gesamt-gesellschaftlicher Ebene, wie beispielsweise und insbesondere die Entscheidung für ein bestimmtes System des Urheberrechts im Verhältnis zur Informationsfreiheit oder auch zum Datenschutz. Was sich aber sehr wohl aus der Grundrechtsjudikatur ableiten lässt, ist die staatliche Pflicht, klare und vorhersehbare Regelungen zu schaffen, die nachvollziehbar machen, wie der Ausgleich der Interessen durch die konkrete systemische Entscheidung erreicht werden soll, damit die schwierige Aufgabe der Interessensabwägung im Einzelfall nicht letztlich allein dem Ermessens der Rechtsanwender liegt. Zu große Rechtsunsicherheit als ein systematisches Problem im Hinblick auf die Grenzen der Ausübung der Meinungs- und Informationsfreiheit kann zu „chilling-Effekten“ führen und dadurch letztlich der Gesellschaft insgesamt schaden.⁴²

⁴⁰ Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste – AVMD-RL), ABIL 95 vom 15. 4. 2010, 1.

⁴¹ Für mehr Details zur Debatte vom 27 Januar 2009 siehe Dokument Nr. 11775, Bericht des Ausschusses für Kultur, Wissenschaft und Erziehung (Berichterstatte: Mr McIntosh).

⁴² Vgl. Grabenwarter/Pabel, aaO, 320.

Audiovisuelles Erbe – der urheberrechtliche Ernstfall

*Paul Klimpel**

Problemlage

Das Recht hat großen Einfluss darauf, was von dem enormen Reichtum des audiovisuellen Erbes tatsächlich im kollektiven Gedächtnis bleibt. Insbesondere das Urheberrecht spielt eine große Rolle. Denn wenn Filme aus rechtlichen Gründen nicht gezeigt werden dürfen, wenn sie nicht zugänglich sind, verschwinden sie aus dem öffentlichen Bewusstsein.

Doch die juristische Bewertung ist nicht einfach. Aus urheberrechtlicher Perspektive gehören Filme zu den komplexesten Werken überhaupt. Ein Film ist eine Verbindung mehrerer Werkarten und ein Gemeinschaftswerk vieler Urheber und Künstler. Schon die Frage, wer alles bei einem Film zu den Urhebern gehört, bei welchen Beiträgen man von einer entsprechenden Schöpfungshöhe ausgehen kann und wo allenfalls Leistungsschutzrechte greifen, ist umstritten.

Grundsätzlich erwerben die unterschiedlichen Urheber (zum Beispiel der Regisseur, der Kameramann oder der Cutter) durch ihre kreativen Leistungen zunächst jeweils eigene Urheberrechte. Diese unterschiedlichen Rechte müssen zu einem Ganzen vereinigt werden, damit kein einzelner Miturheber die Nutzung des Films blockieren kann.

Der Produzent

Es war und ist der Produzent, dem die wichtige Rolle zukommt, die Rechte für diese unterschiedlichen Beiträge zu bündeln und durch diese Bündelung die Grundlage für die wirtschaftliche Auswertung des Filmes zu legen. Aber nicht nur die wirtschaftliche Auswertung, überhaupt jede Nutzung eines Films bedarf einer solchen Bündelung, denn urheberrechtliche Nutzungsrechte müs-

* **Paul Kimpel** (Dr. jur.) ist Rechtsanwalt in Berlin, Koordinator Kulturelles Erbe bei Internet & Gesellschaft Collaboratory, Leiter des iRights Lab Kultur; 2006-2011 Verwaltungsdirektor Stiftung Deutsche Kinemathek, Geschäftsführer Netzwerk Mediatheken; Text cc by 4.0 Paul Kimpel.

sen auch dann geklärt sein, wenn es nicht um die kommerzielle Auswertung, sondern um den Zugang zum audiovisuellen Kulturerbe geht.

Der Produzent hat also aus juristischer Perspektive eine sehr wichtige Funktion. Allerdings gehen die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen sehr unterschiedliche Wege, dies im Gesetz zu verankern. Im Weiteren soll nur auf die Situation in Deutschland und Österreich eingegangen werden.

Gesetzgebung Deutschland – erste Anläufe

In Deutschland gab es Versuche, Produzenten ein eigenes, originäres Urheberrecht am Filmwerk zuzuschreiben. Der Urheberrechts-Reformentwurf des Reichsjustizministeriums aus dem Jahre 1933/1934 (§ 5 Abs 2) und der sogenannte Referentenentwurf des Jahres 1954 (§ 93 Abs 1) sahen dies vor. Letztlich jedoch konnte man sich zu diesem Schritt nicht entschließen, wäre damit doch das dem Urheberrecht zugrunde liegende Schöpferprinzip ausgehöhlt worden. Die Leistungen des Produzenten sind organisatorisch und finanziell, nicht schöpferisch. Deshalb soll ihm kein Urheberrecht zustehen, das nur für eine eigene geistige Schöpfung gewährt werden soll.

1966 – Produzentenrecht

Gleichwohl wurde in Deutschland 1966 das „Recht des Filmherstellers“, das sogenannte Produzentenrecht, eingeführt. Damit wurden die Nutzungsrechte aller beteiligten Urheber beim Filmproduzenten gebündelt, um die kommerzielle Auswertung zu erleichtern. Gesetzestechnisch wurden in den §§88 ff. Urheberrechtsgesetz (UrhG) nur Auslegungsregeln zugunsten des Produzenten aufgestellt, nicht aber sein Rechtserwerb verbindlich festgelegt. Daran hielt man in Deutschland auch 2007 fest, als anlässlich einer Reform des Urheberrechts ein gesetzlicher Übergang der Rechte auf den Produzenten erwogen wurde.¹

Unbekannte Nutzungsarten, digitale Auswertungsformen

Die Stellung des Produzenten in Deutschland war zwar gestärkt, doch mit der Digitalisierung trat ein anderes Problem in den Vordergrund: Die Reichweite der übertragenen Nutzungsrechte. Hier gilt grundsätzlich die sogenannte Zweckübertragungslehre, wonach Rechte nur in dem Umfang übertragen werden, wie dies dem Vertragszweck entspricht. Ausdrücklich verboten war in

¹ GRUR Stellungnahme GRUR 2005,743, 746.

Deutschland ab 1966 die Übertragung zukünftiger, noch unbekannter Nutzungsrechte. Damit war die digitale Auswertung von Filmen äußerst schwierig, da alle Beteiligten dafür noch einmal Rechte hätten übertragen müssen. Ein solcher nachträglicher Rechteerwerb erwies sich in der Praxis als kompliziert; oft war er nicht möglich.

Deshalb wurde das Verbot der Übertragung unbekannter Nutzungsarten 2008 aufgehoben. Zusätzlich wurde rückwirkend durch die im Detail schwierige und umstrittene Vorschrift des § 1371 UrhG eine Bündelung der zur Digitalisierung notwendigen Rechte erreicht. Allerdings gilt dies nur für Filme, die nach 1966 entstanden sind: Davor – so die Logik der Gesetzgebung – hätten unbekannte Nutzungsarten ja ohnehin übertragen werden können.

Gesetzgebung Österreich

Österreich ging in seiner Gesetzgebung regelungstechnisch einen anderen Weg und führte mit § 38 Urheberrechtsgesetz die Übertragung der Nutzungsrechte am Film auf den Produzenten, eine sogenannte „*cessio legis*“, ein. Die Stellung des Filmproduzenten war damit hier noch stärker als in Deutschland.

EuGH – keine originären Rechte beim Filmhersteller

2012 jedoch entschied der EuGH, dass der Hauptregisseur des Filmwerks als dessen Urheber (oder einer seiner Urheber) gilt.² Damit stehen ihm die Nutzungsrechte und die Verwertungs- und Vergütungsansprüche originär zu – eine Regelung, nach der Filmhersteller als Inhaber der Rechte anzusehen seien, ist danach mit dem Unionsrecht unvereinbar. Zulässig seien hingegen Regelungen, die eine möglichst ungehinderte Verwertung von Filmen sicherstellen, indem sie den Rechteerwerb durch den Filmproduzenten erleichtern.

Damit ist klar, dass das österreichische Urheberrecht in dieser Hinsicht geändert werden muss.

Unbekannte Nutzungsarten, digitale Nutzung in Österreich

Doch unabhängig von der Wirksamkeit der *cessio legis* zugunsten des Filmherstellers ist seit langem umstritten, ob und inwieweit vormalig unbekannt Nutzungsarten in Österreich von der Übertragung auf den Filmhersteller umfasst sind. Zwar ist es nach dem österreichischen Urheberrecht zulässig, Rech-

² EuGH GRUR 2012, 489.

te pauschal mit einer Generalklausel einzuräumen. Welche Rechte von einer solchen Generalklausel umfasst sind, insbesondere ob sie auch für solche Auswertungsformen gelten, die zum Zeitpunkt der Übertragung unbekannt waren, ist jedoch nicht geklärt. Ebenfalls strittig ist, ob man dieser Unsicherheit dadurch wirksam begegnen kann, dass man vertraglich die Rechtsübertragung auf unbekannte Nutzungsarten ausdehnt. Das Nachverhandeln von Rechteübertragungen ist in jedem Fall notwendig, wenn es an einer solchen Bestimmung fehlt.³ Auch die *cessio legis* – die ohnehin, wie gesagt, nach dem EuGH-Urteil in ihrer Wirksamkeit angezweifelt wird – umfasst die Übertragung unbekannter Nutzungsarten nicht.

Ältere Filme, Digitalisierung

Jede Nutzung von Filmen setzt eine lückenlose Kette der Übertragung von Nutzungsrechten voraus, angefangen bei jedem einzelnen Miturheber und endend bei dem, der den Film jeweils nutzt. Wie schwierig die Klärung von Nutzungsrechten älterer Filme ist, wenn es keine klare gesetzliche Zuordnung oder zumindest Auslegungsregel gibt, die bei Filmen eine Rechtebündelung bewirkt, machen zwei Urteile des Bundesgerichtshofes in Deutschland deutlich. Sie betreffen Filme, die vor 1966 entstanden sind, zu einer Zeit also, als in Deutschland die Übertragung „unbekannter Nutzungsarten“ erlaubt war, nämlich „Der Frosch mit der Maske“⁴ und „Polizeirevier Davidswache“⁵. In beiden Fällen ging es darum, ob die seinerzeit noch unbekanntes Nutzungsarten wie Video- und DVD-Auswertung übertragen wurden. Der Bundesgerichtshof stellte sehr hohe Anforderung daran, wann solche Übertragungen wirksam sind. Das sei nur dann der Fall, wenn ausdrücklich über diesen Punkt verhandelt wurde und die Abgeltung zukünftiger Nutzungsarten als Ergebnis dieser Verhandlung auch in das vereinbarte Honorar eingegangen ist. Die bloße Erwähnung in vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen reiche dafür nicht aus.

Nun wird bei Filmproduktionen nahezu immer mit vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen gearbeitet; die hohen formalen Anforderungen des BGH an eine wirksame Rechteübertragung sind folglich kaum jemals erfüllt. Die Folge ist, dass für die digitale Auswertung von Filmen, die in Deutschland vor 1966 produziert wurden, in der Regel die Nutzungsrechte al-

³ Höhne, Jung, Koukal, Streit: Urheberrecht für die Praxis, 2011, 156.

⁴ BGH, Urteil vom 28. 10. 2010 – I ZR 18/09, <http://www.telemedicus.info/urteile/Urheberrecht/1291-BGH-Az-I-ZR-1809-Der-Frosch-mit-der-Maske.html>.

⁵ BGH, Urteil vom 28.10.2010, I ZR 85/09.

ler beteiligten Urheber nachträglich erworben werden müssen – was praktisch nicht zu leisten ist.

Unklare Rechtslage in Österreich

Vergleichbare Urteile über die Wirksamkeit der Übertragung unbekannter Nutzungsarten bei Filmproduktionen stehen in Österreich noch aus. Deshalb bleibt die Rechtslage unklar. Es erscheint zumindest möglich, dass die vom BGH aufgestellten Anforderungen auch von österreichischen Gerichten ganz oder zumindest in ihrer Tendenz übernommen werden.

Praxis

Glücklicherweise hat die Rechtsprechung des BGH bislang kaum Folgen auf die Praxis. Auch Filme, die in Deutschland vor 1966 produziert wurden, werden in digitalen Formaten vertrieben. Es ist kaum anzunehmen, dass dafür tatsächlich alle Nutzungsrechte nachträglich geklärt wurden. Vielmehr ignoriert die (wirtschaftliche) Praxis die Rechtsprechung des BGH, soweit es geht. Die Produktionsfirmen reagieren erst, wenn Urheber oder ihre Nachfahren tatsächlich Ansprüche geltend machen, und das geschieht nur in Einzelfällen. Das ist auch gut so, da sonst noch mehr historisches Filmmaterial dem Vergessen anheimfallen würde.

Allerdings bekommt der von der Filmindustrie propagierte Slogan „Raubkopierer sind Verbrecher“ vor diesem Hintergrund einen eigentümlichen Beigeschmack. Schließlich war die suggestive Überspitzung in dieser Formulierung damit begründet worden, man wolle einer Erosion des Respekts vor dem Urheberrecht vorbeugen, welches in der digitalen Welt zunehmend ignoriert werde. Doch die komplizierte Rechtslage ist für die Filmindustrie zunehmend selbst zum Problem geworden.

Risikomanagement ersetzt Rechtklärung

Will man historisches Filmmaterial digitalisieren, ist die Rechtklärung jedes einzelnen Werks schlicht nicht praktikabel. Das gilt insbesondere für komplexe Werke mit vielen Beteiligten. Diese Einsicht wird kaum noch bestritten. Solange das Gesetz eine solche Klärung aller Rechte jedoch verlangt, werden weite Teile des audiovisuellen Kulturerbes nicht mehr sichtbar sein und drohen damit in Vergessenheit zu geraten. Nur wo Firmen sich über rechtliche Risiken hinwegsetzen und historisches Filmmaterial digital vertreiben, lebt die

Filmkultur der Vergangenheit weiter. Dort ist die Rechtklärung aber längst einem pragmatischen Risikomanagement gewichen.

Rechtemanmaßung

Der unklare Rechtstatus bei älteren Filmen hat auch zur Folge, dass sich Rechtemanmaßung zu einem äußerst lukrativen Geschäftsmodell entwickelt hat. Wenn beispielsweise ein Unternehmen behauptet, den Stock an Filmrechten von einer anderen, inzwischen längst nicht mehr am Markt befindlichen Firma übernommen zu haben, dann wird das oft nicht hinterfragt – genauso wenig wie die zweifelhafte Behauptung, dass zu diesen Rechten auch solche der digitalen Auswertung auf DVD oder Video on Demand gehörten. Denn ohne Rechteinhaber konnte man diese Filme bislang gar nicht nutzen. Da war es pragmatisch, eine behauptete Rechteinhaberschaft anzuerkennen, auch wenn man daran Zweifel hegte.

Auch Archive und Mediatheken akzeptierten solche Rechtemanmaßungen häufig. Für sie war es bislang der einzige Weg, ihre Bestände nutzen zu können: Sie hatten nicht die Mittel, behauptete Rechte auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Und so finden sich die Spuren von betrügerischen Rechtemanmaßungen nicht nur in den Abrechnungsunterlagen für ungerechtfertigt gezahlte Lizenzgebühren, sondern auch in den Datenbanken von Museen, Archiven und Mediatheken, die die fehlerhafte Rechtezuordnung dort verzeichnet haben.

Rechtemanmaßung bleibt in Deutschland wie in Österreich meist folgenlos. Die Verfolgung als Betrug ist mit kaum zu überwindenden Beweisschwierigkeiten verbunden. Man müsste beweisen, dass der vorgebliche Rechteinhaber die behaupteten Rechte nicht hat. Und man müsste beweisen, dass er das wusste und vorsätzlich betrogen hat. Das wird – besonders bei historischen Materialien – kaum jemals gelingen.

Rechtemanmaßung ist kein Randphänomen, sondern die Regel bei älteren Werken, bei denen sich die aufwendige Suche nach dem „wahren“ Rechteinhaber nicht lohnt.

Richtlinie zu verwaisten Werken

Daran wird auch die Richtlinie 2012/28/EU zu verwaisten Werken kaum etwas ändern, so begrüßenswert es auch ist, dass man sich auf europäischer Ebene dieses Problems angenommen hat.

Die Richtlinie wurde im Vergleich zu den zuvor behandelten Entwürfen – insbesondere durch die erfolgreiche Lobbyarbeit der französischen Filmin-

dustrie – in einem wesentlichen Punkt eingeschränkt: Die Nutzung von verwaisten Werken soll nur bestimmten öffentlichen Institutionen (Archiven, Museen usw.) erlaubt sein. Außerdem dürfen damit keine kommerziellen Zwecke verfolgt werden. Die kommerzielle Nutzung ist jedoch häufig ein wesentlicher Motor für die Digitalisierung, mithin sind die Folgen gravierend. Die Digitalisierung wird ausschließlich chronisch unterfinanzierten Gedächtnisinstitutionen überlassen, die oft schon nicht die Mittel haben, ihre analogen Bestände zu erhalten.

Nicht nur der Kreis der durch die neue Regelung privilegierten Institutionen ist begrenzt: Es wird nur die „öffentliche Zugänglichmachung“ erlaubt, also das Online-Stellen von verwaisten Werken. Bei Kinofilmen kommt es zu der absurden Konsequenz, dass ein für das Kino gemachter Film zwar auf einem Computerbildschirm oder einem Smartphone online betrachtet werden kann, nicht aber in einem Kino.

Für Museen und Archive, die durch die Richtlinie begünstigt werden sollen, sind deren Bestimmungen kaum praktikabel. Die dort aufgestellten Anforderungen an die Recherche nach möglichen Rechteinhabern sind für Gedächtnisinstitutionen in ihrer alltäglichen Arbeit nämlich nicht zu bewältigen. Selbst nach einer erfolglosen sorgfältigen Suche bleibt die Online-Nutzung von verwaisten Werken mit sehr hohen Risiken verbunden. Sollte nämlich später ein Rechteinhaber auftauchen, kann dieser nicht nur verlangen, die Nutzung unverzüglich zu unterlassen, sondern er hat darüber hinaus den Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung. Chronisch unterfinanzierte Institutionen, die ihre letzten Groschen für die Digitalisierung ihrer Bestände zusammenkratzen, gehen also das Risiko ein, nicht nur umsonst zu investieren, sondern zusätzlich mit Nachforderungen konfrontiert zu werden – und das, obwohl es ihnen häufig aufgrund ihrer kameralistischen Haushaltsstruktur auch heute noch verboten ist, Rückstellungen zu bilden.

Digitalisierung als Chance für Medienarchive – und rechtliche Fußangeln

Die Digitalisierung könnte bewirken, dass Medienarchive zugänglich gemacht werden – für jeden, überall, online. Das Recht steht dem jedoch im Weg. Das gilt nicht nur für das Urheberrecht. Auch durch den Rundfunkstaatsvertrag in Deutschland und das ODF-Gesetz in Österreich sind der Online-Zugänglichkeit öffentlich-rechtlicher Fernsehproduktionen sehr enge Grenzen gezogen. Obwohl die Produktionen der öffentlich-rechtlichen Sender über Gebühren und damit praktisch durch die Allgemeinheit finanziert werden, gibt es keinen allgemeinen Online-Zugang.

Die Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mussten in Deutschland sogar aus den öffentlich zugänglichen Internetseiten wieder entfernt werden (sogenanntes Depublizieren). Damit begannen die Sender im Sommer 2009 für ihre Archivbestände. Seit September 2010 wird auch die laufende Berichterstattung nach meist siebentägiger Frist depubliziert. Das Depublizieren ist ein gesetzgeberisches Zugeständnis, um dem Vorwurf zu begegnen, die öffentlich-rechtliche Rundfunkfinanzierung sei (europarechtlich) unzulässige Beihilfe.

Das Depublizieren

Der Verband Privater Rundfunk und Telemedien (VPRT) hatte schon 2003 in einer Beschwerde bei der EU-Kommission die öffentlich-rechtliche Rundfunkgebühr in Deutschland als unzulässige Beihilfe kritisiert, doch insbesondere die Versuche der öffentlich-rechtlichen Sender, ihre Online-Aktivitäten und digitalen Angebote auszubauen, stießen auf heftige Proteste der privaten Konkurrenz.⁶ Der schließlich gefundene Kompromiss zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der EU-Kommission verlangte, dass der Funktionsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten hinreichend konkretisiert wird und insbesondere seine Ausdehnung auf das Online-Angebot definiert wird. Dieser Kompromiss verhinderte ein Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, das möglicherweise „die Rundfunkfinanzierung in der gesamte[n] EU in Frage“ gestellt hätte.⁷ Die Sender kritisieren diese Verpflichtung zum Depublizieren. „Ich werde von Rundfunkgebühren dafür bezahlt, mit Rundfunkgebühren erstellte Inhalte zu löschen“, sagt ein verantwortlicher Redakteur, der namentlich nicht genannt werden will.⁸

In Deutschland führten die rechtlichen Einschränkungen der Online-Angebote der öffentlich-rechtlichen Sender zu einem bemerkenswerten Vorgang: Nachdem das Online-Archiv der Tagesschau depubliziert worden war, stellte die Website depub.org am 20. August 2010 eine Aufbereitung dieser Archivinhalte zum kostenlosen Abruf online, so dass Nutzer in ähnlicher Weise auf die Artikel zugreifen konnten wie bei tagesschau.de vor dem Depublizieren.

Obwohl dieses Vorgehen illegal war – nicht zuletzt, weil dadurch gegen die urheberrechtlichen Nutzungsrechte der Sender verstoßen wurde – erhielt

⁶ Anschlag, ARD. In: Institut für Medien- und Kommunikationspolitik (Hg.): Mediadatenbank mediadb.eu. 17. Mai 2010.

⁷ Peters: Was ist eigentlich der Drei-Stufen-Test? In: Telemedicus.de, 16. Februar 2009.

⁸ Niggemeier: Depublizieren. Die Leere hinter dem Link. In: FAZ.net, 19. Juli 2010, <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/depublizieren-die-leere-hinter-dem-link-11009309.html>.

sie große Zustimmung, auch aus den Sendern selbst, deren Rechte ja eigentlich verletzt waren. Die Vorsitzende des NDR-Rundfunkrates, Dagmar Kerssenbrock argumentierte, es werde immer Menschen geben, die einen Weg fänden, diese Inhalte auch verfügbar zu machen. Fragwürdig sei nicht die Verfügbarmachung, sondern die Pflicht der öffentlich-rechtlichen Sender, die Inhalte aus dem Netz zu nehmen. Depub.org sei ein Beispiel für die kreative Anarchie im Internet.⁹ Das Online-Angebot depub.org ist inzwischen nicht mehr verfügbar.

Die Debatte veranschaulicht, wie sehr sich durch Digitalisierung und neue Medien alte Positionen verändert haben: Die Inhaber urheberrechtlicher Nutzungsrechte begrüßen die Verletzung derselben, Rechteinhaber wollen handeln, dürfen es aber nicht, die Öffentlichkeit hat ein Interesse an der öffentlichen Zugänglichkeit von audiovisuellen Inhalten, deren Herstellung sie über Gebühren finanziert hat, aber dieses Interesse kann im komplizierten Geflecht von Urheberrecht und Rundfunkstaatsvertrag in Deutschland nicht durchgesetzt werden.

Dem Rundfunkstaatsvertrag, dem ORF-Gesetz und dem Urheberrecht ist gemeinsam, dass sie die Online-Zugänglichkeit von audiovisuellen Inhalten als Ausnahme und die Nicht-Zugänglichkeit als Regel betrachten. Diese gesetzgeberische Grundentscheidung bildet das Fundament für die Arbeit von Filmarchiven und Mediatheken. Sie werden in dem Maße an Relevanz verlieren, in dem die öffentliche Wahrnehmung dominiert wird von dem, was Online verfügbar ist: „Was nicht im Netz ist, ist nicht in der Welt“.¹⁰ Das gilt auch für audiovisuelle Inhalte. Obwohl Video-Portale wie Youtube gar nicht den Anspruch haben, Archive zu sein, bestimmen sie heute weitgehend, welche Teile des audiovisuellen Erbes im kollektiven Gedächtnis verbleiben – einfach weil die Inhalte jederzeit verfügbar sind. Diese Entwicklung wird sich unter den herrschenden Regelungen verstärken.

Spannungsfeld zwischen urheberrechtlichem Idealbild und kollaborativer Produktion

Der Film veranschaulicht wie keine andere Werkgattung das Spannungsfeld zwischen dem urheberrechtlichen Ideal des genialen Schöpfers und der Praxis einer hochgradig arbeitsteiligen, kollaborativen Produktion kultureller

⁹ Pressemitteilung: Vorsitzende des NDR Rundfunkrates zu depub.org. In: NDR.de, 17. September 2010.

¹⁰ Klimpel: Kulturerbe im Netz – zwischen Tradition, Kommerz und neuer Partizipation. In: Klimpel, Keiper (Hg.): *Ins Netz gegangen, Mitteilungen und Berichte aus dem Institut für Museumsforschung*, Nr. 50, 2011, 11 und 14.

Güter. An einer solchen Produktion wirken zwar viele Kreative mit, deren einzelner Beitrag gleicht jedoch einem kleinen Rädchen an einer Maschine. In jeder Hinsicht: Ohne dieses Rädchen würde die Maschine nicht funktionieren, aber die Maschine ist eben auch sehr viel mehr als die Summe dieser Rädchen. Mehr noch, sie ist etwas anderes als das Rädchen – sogar etwas anderes als die bloße Addition der Einzelteile.

Das Recht muss diesem Umstand Rechnung tragen. Je stärker die notwendige Bündelung von Rechten in den Vordergrund gestellt wird – wie es die *cessio legis* in Österreich tut beziehungsweise getan hat – desto weniger deutlich treten die einzelnen Beiträge in ihrer urheberrechtlichen Bedeutung hervor. Das ist gut für die Verwertung von Filmen, das ist auch gut für die Nutzung von Filmen überhaupt und das ist gut, wenn wir die Erinnerung an unser Filmerbe lebendig halten wollen.

In der Praxis kommt es letztlich nicht auf die rechtstheoretische Frage an, ob eine *cessio legis*, eine Übertragungsfiktion oder eine Vermutungsregelung der Grund für die Bündelung der Rechte ist. Wichtig ist, dass die Nutzung von Filmen nicht durch umständliche Rechtklärungen und eine unklare Rechtelage erschwert wird.

Wenn das Recht wie im Fall der öffentlich-rechtlichen Sender in Deutschland und Österreich vorschreibt, dass derjenige, der eine Bündelung der Rechte erreicht hat, diese trotzdem online nicht nutzen darf, dann läuft auch diese Rechtebündelung ins Leere. Und wenn das Recht schon keine Bündelung bewirkt, so sind Filme in dieser sich durch die Digitalisierung dramatisch veränderten Welt praktisch nicht mehr nutzbar. Im besten Fall tritt Rechtsanmaßung an die Stelle des Rechtes – zumindest so lange, wie es eine Nachfrage nach entsprechenden Filmen gibt.

Das ist schädlich für alle. Für das Recht, welches ignoriert wird und dessen auf Anerkennung beruhende Legitimität damit letztlich auch in Frage gestellt wird. Für die Filmkultur, weil deren Bewahrung zu einem illegalen Akt wird. Für nicht zuletzt die Urheber und Künstler, deren Schaffen in Vergessenheit gerät.

Grundfragen der Online-Auswertung von Werken der Musik – Ein Überblick

*Leonhard Reis**

Einleitung¹

Die Online-Auswertung von (digitalen) Musikwerken erfordert die Berücksichtigung mehrerer urheberrechtlich relevanter Beteiligten: Als originäre Urheber sind der Komponist eines Musikstückes und der Textdichter involviert, als Bearbeiter der Arrangeur und allenfalls auch der Übersetzer. Bei der Verwendung vorbestehender Tonträger sind auch noch Interpreten, der künstlerische Produzent (Producer), der die klangliche Gestaltung und Endmischung bestimmt und damit das klangliche Endbild prägt, und der Tonträgerhersteller jeweils als Inhaber von Leistungsschutzrechten beteiligt².

Zu der Zahl der Beteiligten kommt – aufgrund der Tatsache, dass je nach konkreter Ausgestaltung der Online-Auswertung unterschiedliche urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte betroffen sein können – noch eine Mehrzahl in Frage kommender urheberrechtlicher Nutzungsrechte. Nach der einschlägigen Empfehlung der Europäischen Kommission³ bedeutet „Online-Recht“ entweder

- das ausschließliche Recht der Vervielfältigung in der Form von unkörperlichen Kopien (Richtlinie 2001/29/EG), die im Zuge der Online-Verbreitung von Musikwerken vorgenommen werden; oder
- das Recht der öffentlichen Wiedergabe eines Musikwerks, entweder in der Form eines Rechts zu erlauben oder zu verbieten (Richtlinie 2001/29/

* **Leonhard Reis** (Dr. jur.), Univ.-Lektor, ist Rechtsanwalt in Wien mit Schwerpunkten Arbeits- und Vertriebsrecht, Urheberrecht sowie Forschungs- und Technologierecht; Universitätslektor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien für Wissenschafts- und Technologierecht und Lektor an der FH St. Pölten für Urheber- und IT-Recht; Text © 2014 Leonhard Reis.

¹ Zur Einführung in die Problematik immer noch aktuell: Ventroni/Poll, Musiklizenzwerb durch Online-Dienste, MMR 2002, 648.

² Vgl. z.B. allgemein Dokalik, Musik-Urheberrecht für Komponisten, Musiker, Produzenten und Musikknutzer, 2. Auflage 2010, 200f. Im Detail: Heyde, Die grenzüberschreitende Lizenzierung von Online-Musikrechten in Europa, 2011, 31ff.

³ COM 2005/737/EC final.

EG), oder eines Rechts auf angemessene Vergütung (Richtlinie 92/100/EWG). Diese Rechte erstrecken sich auf Webcasting, Internet-Radio und Simulcasting oder „Near-on-Demand“-Dienste, die entweder auf einem PC oder auf einem Mobiltelefon empfangen werden; oder

- das ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung eines Musikwerks (Richtlinie 2001/29/EG), das „On-Demand“ oder andere „interaktive“ Dienste umfasst.

Basierend auf diesen urheberrechtlichen Vorgaben erweist sich die Online-Auswertung von Musikwerken sowohl für die Rechteinhaber als auch für einen Anbieter von Musikdiensten, der einen entsprechenden Online-Dienst anbieten will, als besondere Herausforderung.

Mechanische Vervielfältigungsrechte als Voraussetzung für die Online-Auswertung⁴

Jede Form der Verwertung von Musik im Online-Bereich bedarf zunächst der Einräumung der (mechanischen) Vervielfältigungsrechte (§ 15 UrhG). So liegt bei jedem Upload-Vorgang auf einen Server eine Vervielfältigung vor, für die die Einräumung des Vervielfältigungsrechts notwendig ist⁵. Auch bei linearen Sendeformen benötigt der Anbieter eine Datenbank mit kodierten und komprimierten Musikaufnahmen, die in der Regel aus digitalen Werkkopien besteht⁶.

Für die Online-Auswertung bedarf es, je nach Form des Online-Musikdienstes, darüber hinaus des passenden „Aufführungsrechts“: entweder des Senderechts oder des Rechts der Online-Zurverfügungstellung. Da die Online-Nutzungsrechte nach wie vor nicht dem urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz⁷ unterliegen, erschwert das Erfordernis, stets die Vervielfältigungs-

⁴ Vgl. Müller, Die Rechteinhaberschaft an Musikwerken bei Online-Nutzungen, ZUM 2011, 13.

⁵ Vgl. nur die weite Definition des Vervielfältigungsrechts in Art 2 RL 2001/29/EG. Hingegen ist die flüchtige und begleitende Vervielfältigung bei dem Nutzer des Musikdienstes durch die freie Werknutzung des § 41a UrhG (basierend auf Art 5 Abs 1 RL 2001/29/EG) gedeckt.

⁶ So bereits OGH 4 Ob 345/98h – Radio Melody III = MR 1999, 94.

⁷ Auch wenn nach der EuGH Entscheidung in der Rechtssache Oracle vs UsedSoft (EuGH 3.7.2012, C 128/11) der Erschöpfungsgrundsatz im Hinblick auf Software stark aufgeweicht wurde, so unterliegen auch weiterhin andere digitale Güter nicht dem Erschöpfungsgrundsatz (vgl dazu Hilty, Die Rechtsnatur des Softwarevertrages. Erkenntnisse aus der Entscheidung des EuGH UsedSoft vs. Oracle, CR 2012, 625).

als auch Aufführungsrechte erwerben zu müssen, die Musiknutzung. Das führte in der Vergangenheit zur Frage, ob wirklich beide Teilakte von Online-Nutzungshandlungen unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten voneinander trennbar sind.

Diesbezüglich hatte das OLG München sich mit der Rechtsfrage auseinandersetzen, ob es sich bei der vorhergehenden Vervielfältigung zum Streamen (§ 16 dUrhG) und dann erfolgten öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a dUrhG) um jeweils selbständige Nutzungsarten iSd § 31 dUrhG handle⁸. Nach Ansicht dieses Gerichts ist „die Vervielfältigung bei der Herstellung von vertonten Kopien zum Zwecke der Online-Nutzung [...] keine selbständige, als solche lizenzierbare Nutzungsart innerhalb der Nutzungsart Online-Nutzung“. Nach der Verkehrsauffassung habe nämlich die Vervielfältigung gegenüber der öffentlichen Zugänglichmachung keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung. Vervielfältigungshandlungen zum Upload seien vielmehr unselbständige Vorbereitungshandlungen.

Da es in Österreich nicht auf die wirtschaftliche Bedeutung einer urheberrechtlichen Werknutzungshandlung ankommt⁹, ist weiterhin – zumindest für Österreich – von zwei unterschiedlichen Verwertungsarten i.S.d. § 14ff UrhG auszugehen, so dass der Anbieter von Online-Musikdiensten jedenfalls auch die mechanischen Vervielfältigungsrechte gesondert erwerben muss. Allenfalls könnte dies für das Land des Serverstandorts, wo die digitalen Vervielfältigungsstücke gespeichert werden, ausreichend sein. Ein Erwerb der mechanischen Vervielfältigungsrechte für sämtliche Staaten, in denen das Angebot des Anbieters empfangen werden kann, erscheint hingegen nicht notwendig¹⁰.

Nutzung von Musikwerken im Internet¹¹

Die Nutzung von Musikwerken im Internet im Rahmen der Online-Auswertung kann in On-Demand-Nutzungsformen (interaktive Nutzungsformen) und lineare Nutzungsformen unterteilt werden. Zu den On-Demand-Nutzungsformen zählen insbesondere die interaktiven Anwendungen, bei denen Musik-

⁸ OLG München Az. 29 U 3698/09 = ZUM 2010, 709.

⁹ Reis, Zur Rechtfertigung 'geringfügiger' Eingriffe in das Urheberrecht, MR 2011, 22. In diesem Sinne auch OGH 4Ob101/11y = MR 2011,311 (Walter) – Mozart Symphonie Nr. 41 II.

¹⁰ In diesem Sinne auch Heyde, 85. Die Vervielfältigungshandlung von Abruf- und Download-Vorgängen findet selbstverständlich im Land des jeweiligen Nutzers statt, sodass auch die Rechte dieses Staates betroffen sind (so bereits zutreffend Heine, Die Wahrnehmung von Online-Musikrechten, 2008, 47f.)

¹¹ Zu den einzelnen Nutzungsformen vgl. insbesondere Heyde, 68ff.

inhalte zum individuellen Abruf bereitgehalten werden, die Download- und Streaming-Dienste, so genannte à la carte-Angebote, Abonnement-Services, Mietmodelle mit tethered downloads, interaktive Webradioangebote (wie zB Podcasts, Gratis-Angebote mit Werbefinanzierung), legale P2P-Netze sowie die Vertriebskanäle im Mobilfunkbereich. Radiosendungen über das Internet (in Form des Simulcasting oder Webcasting) gehören zu den linearen Nutzungsformen. Daneben bestehen Mischformen wie Near-on-Demand-Services oder Push-Dienste, die nach der jeweils konkreten Ausgestaltung zu beurteilen sind. Das wesentliche Abgrenzungskriterium zwischen dem Online-Zurverfügungstellungsrecht und dem Senderecht ist die Möglichkeit, den Zeitpunkt der Übermittlung frei wählen und somit die Übertragung nach Belieben steuern zu können. Ist eine solche Wahlmöglichkeit nicht gegeben, liegt eine lineare Nutzung vor, die unter das Senderecht des § 17 UrhG fällt. Kann ein Musikwerk im Internet von Nutzern zeitlich und örtlich unbeschränkt selektiv abgerufen werden, liegt hingegen eine interaktive Nutzung vor. Hier ist das Recht der öffentlichen Zurverfügungstellung nach § 19a UrhG, basierend auf Art 3 RL 2001/29/EG betroffen¹².

Eine Besonderheit sind Unicasts, auf Veranlassung des Musikanbieters verbreitete, aber individualisierte persönliche Audio-Streams. Wenn die mögliche Segmentierung der Musiktitel soweit individualisiert werden kann, dass letztlich nur die vom Endnutzer gewünschten Werke gespielt werden, liegt ein Fall der jederzeit gezielten Abrufbarkeit vor. Führt der größtmögliche Grad der inhaltlichen Einflussnahme nicht dazu, dass der Musiknutzer einen von ihm bestimmbaren Titel hören kann, liegt kein gezielter Einzelabruf vor. Damit liegt ein Fall des Senderechts vor.

Musikwerke, die von Online-Plattformen abrufbar sind, werden zudem oftmals stark gekürzt oder in schlechter Qualität wiedergegeben. Derjenige, der ein Musikwerk entsprechend bearbeitet, nimmt (auch im urheberrechtlichen Sinne) eine Bearbeitung vor, deren Veröffentlichung grundsätzlich der Einwilligung des Urhebers bedarf (§ 5 UrhG). Zudem ist der Urheber gem. § 21 UrhG vor Entstellungen oder anderen Beeinträchtigungen seines Werkes geschützt. Nur in den Fällen, wenn die Tonqualität durch Komprimierungsverfahren im Rahmen der Digitalisierung sich nicht wesentlich verschlechtert, liegt eine zulässige Änderung im Rahmen der geltenden Gewohnheiten und Gebräuche (§ 21 Abs 1 UrhG) vor.

Auch dann, wenn Nutzungsrechte eingeräumt wurden und die Umgestaltung des Musikwerkes zur Ausübung dieser Nutzungsrechte im Rahmen des Üblichen und Voraussehbaren bleibt, kann der Urheber die Änderung seines Werkes auch ohne ausdrückliche Zustimmung nicht verhindern. So entschied

¹² Walter/Lewinski, European Copyright Law, 2010, 980ff.

der BGH im Rahmen des „Klingelton“-Entscheidung¹³, dass Urheber von Musikwerken, die das Recht zur Klingelton-Nutzung übertragen haben, eine zu diesen Zwecken notwendige Umgestaltung des Werkes nicht untersagen können.

Der Erwerb der notwendigen Rechte¹⁴

Zur Auswertung bedarf daher der Verwertungsinteressent neben den Rechten an der Aufnahme, die Einholung der Zustimmung der Urheber bzw. ihrer Musikverlage. Diese letztgenannte Rechteeinräumung erfolgt im konventionellen Modell (der Offline-Welt) durch die musikalischen Verwertungsgesellschaften¹⁵. Diese räumen den Interessenten die entsprechenden Rechte beschränkt auf ein konkretes Territorium nach den jeweilig anwendbaren Lizenzmodellen ein. Die europäischen Verwertungsgesellschaften und auch die urheberrechtliche Rechtevergabe sind nach wie vor nach dem Territorialitätsprinzip strukturiert¹⁶. Im traditionellen Offline-Bereich vertreten die Verwertungsgesellschaft nicht nur die Rechte ihrer nationalen Mitglieder, sondern verfügen durch den Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen mit ausländischen Schwesterwertungsgesellschaften auch über deren Musikrepertoire. Bestehen entsprechende Gegenseitigkeitsverträge, kann der Nutzungsinteressierte bei seiner nationalen Verwertungsgesellschaft Nutzungsrechte für ein Weltrepertoire erwerben. Zu beachten ist aber in diesem Zusammenhang, dass die Rechte der ausübenden Künstler zwar auch von Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden, der Wahrnehmungsumfang sich aber oftmals nicht auf die Online-Auswertungen erstreckt¹⁷.

Bis zu jenem Zeitpunkt, da die „Major Labels“ als Rechteinhaber ihre angloamerikanischen Rechte für eine europaweite Lizenzierung über alle Territo-

¹³ BGH I ZR 23/06.

¹⁴ Siehe dazu Baierle, Lizenzierung von Musikwerken im Online-Bereich – Weg frei zu einer globalen Musikrechedatenbank? MMR 2012, 50; Müller, Die Rechteinhaberschaft an Musikwerken bei Online-Nutzungen ZUM 2011, 13; Spohn/Hullen, Lizenzierung von Musik zur Online-Verwertung – Statt One-Stop-Shop ein Rechte-Puzzle GRUR 2010, 1053.

¹⁵ Die Sonderfälle, dass die Rechteinhaber ihre Rechte nicht durch Verwertungsgesellschaften wahrnehmen lassen, bleibt hier außer Acht.

¹⁶ Die urheberrechtliche Rechtevergabe nach Territorien ist der vertragsrechtliche Ausfluss des Territorialitätsprinzips und des Schutzlandprinzips (Art 8 Abs 1 Rom-II-VO).

¹⁷ Vgl. nur die eingeschränkten Wahrnehmungsbereiche der deutschen Verwertungsgesellschaft GVL (Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten) und der österreichischen LSG (LSG Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH).

rien hinweg herauslösten, hätte dieses auf Gegenseitigkeitsverträgen beruhende Modell weiterhin gut funktionieren können. Hier ist vorauszuschicken, dass es im angloamerikanischen Bereich keine Verwertungsgesellschaften gibt, die Vervielfältigungsrechte für Autoren wahrnehmen. Daher übertrugen die angloamerikanischen Musikurheber die Vervielfältigungsrechte an ihren Werken (einschließlich der Vervielfältigungsrechte für Online-Nutzungen) an Musikverlage. Die angloamerikanischen Musikverlage hatten diese Vervielfältigungsrechte lange Zeit über (europäische) Subverlage in die europäischen Verwertungsgesellschaften zur Wahrnehmung durch diese in allen Nutzungsarten eingebracht. Auf dieser Grundlage verfügte jede europäische Verwertungsgesellschaft über das Repertoire dieser Verlage, jedoch nur räumlich beschränkt für Nutzungen in ihrem jeweiligen Verwaltungsgebiet.

Als Musikdiensteanbieter Nutzungsrechte zur (weltweiten) Nutzung über das Internet erwerben wollten und nicht mehr mit der jeweils territorialen Rechtevergabe zufrieden waren, strebten die Verwertungsgesellschaften an, die bestehenden Gegenseitigkeitsverträge zu erweitern, was im Jahr 2000 auf dem CISAC-Kongress in Santiago de Chile dazu führte, dass die Verwertungsgesellschaften eine Zusatzvereinbarung zu den bestehenden Gegenseitigkeitsverträgen unterzeichneten¹⁸. In Anlehnung an die Rechtevergabe für die analoge Welt legte das so genannte Santiago-Agreement für die Online-Nutzung fest, dass die Musiknutzer nur mit der Verwertungsgesellschaft Nutzungsverträge abschließen können, die im Sitzstaat des Nutzers tätig ist. Mittels einer solchen „Customer-Allocation-Clause“ wurden daher die Nutzungsinteressen zwischen den Verwertungsgesellschaften aufgeteilt. Für den Bereich der mechanischen Rechte wurde 2001 ein dem Santiago-Agreement entsprechender Vertrag abgeschlossen¹⁹.

Rechtliches und Rechtspolitisches auf europäischer Ebene

Da solche Kundenzuweisungen, vereinfacht gesagt, kartellrechtlich problematisch sind²⁰, stellte sich die Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission gegen diese Aufteilung, weil die territoriale Ausschließlichkeit der Kundenzuweisung mit den Grundsätzen des Binnenmarkts nicht vereinbar ist. Konsequenterweise verlängerten die Verwertungsgesellschaften ihre Abkommen nicht mehr über den 31.12.2004 hinaus. Die Konsequenz war, dass für

¹⁸ Vgl. mit weiteren Nachweisen Heyde, Anm. 2, 96ff.

¹⁹ Siehe dazu die Anmeldung von kooperativen Vereinbarungen COMP/C/2/38.126-BUMA, GEMA, PRS, SACEM, ABI Nr C 145/2 vom 17.5.2011.

²⁰ Vgl. die Nachweise bei Heyde, 97.

die grenzüberschreitende nichtterritoriale Einräumung von Nutzungsrechten an Musikwerken im Online-Bereich keine einheitliche Ansprechstelle bestand. Vielmehr musste der Nutzungsinteressent für ein europaweites Musikangebot im Internet in jedem Mitgliedstaat eine gesonderte Lizenz erwerben. Die Generaldirektion Binnenmarkt der EU-Kommission bewertete diese Situation und kam zu dem Schluss, dass neue, innovative Geschäftsmodelle der Musikverwertung erschwert, wenn nicht sogar verhindert würden, wenn ein europaweit anbietender Music-Service-Provider die jeweils notwendigen Nutzungsrechte für jedes der europäischen Länder bei jeder einzelnen nationalen Verwertungsgesellschaft einholen müsste.

Im Juli 2005 veröffentlichte die Generaldirektion Binnenmarkt in weiterer Folge die „Studie über eine Initiative zur grenzüberschreitenden kollektiven Verwertung von Urheberrechten“ für den Musikbereich, in der mehrere Möglichkeiten aufgezeigt wurden, um europaweite Online-Lizenzen für die Nutzung des Musikrepertoires vergeben zu können.²¹

Die Alternative, wonach den Rechteinhabern die Möglichkeit zu geben wäre, sich eine Verwertungsgesellschaft auszusuchen, sollte nach der Ansicht der Generaldirektion Binnenmarkt den Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften um das Repertoire der Rechteinhaber am meisten fördern. Diese Studie und eine anschließende Befragung der Stakeholder führte im Oktober 2005 zur Veröffentlichung der Empfehlung der Kommission für die länderübergreifende Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten²². Kernaussage dieser Empfehlung war, dass die Rechteinhaber an einem Musikwerk die Möglichkeit haben sollten, im Zuge der Auswertung ihres Musikwerks für jedes der drei betroffenen Ausschließungsrechte (Vervielfältigungsrecht, öffentliche Wiedergabe und öffentliche Zugänglichmachung) in einem territorialen Umfang nach Wahl eine Verwertungsgesellschaft bzw. einen „Copyright Manager“ mit der Rechtswahrnehmung zu betrauen oder auch diese Rechte selbst wahrzunehmen. Die EU-Kommission ging davon aus, dass die Einführung von Wettbewerb um Nutzer und Rechteinhaber zu einer „Win-Win-Situation“ führen werde, indem Nutzungsinteressenten einfachere und effiziente Nutzungsrechte eingeräumt erhalten und die Rechteinhaber aufgrund steigender Nachfrage höhere Erträge erwirtschaften können.

In weiterer Folge wollte die EU-Kommission wissen, wie sich der Online-Musiksektor seit der Veröffentlichung der Empfehlung entwickelt habe und veröffentlichte den Bericht *Monitoring of the 2005 Music Online Recommen-*

²¹ European Commission, Study on a Community Initiative on the Cross-Border Collective Management of Copyright, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/study-collectivemgmt_en.pdf.

²² Europäische Kommission, Empfehlung vom 18.10.2005, ABI L 276/54 vom 21.10.2005.

ation 2005/737/EC of 18 October 2005 on Collective Cross Border Management and Related Rights for Legitimate Online Music Services²³. Der Bericht kam zu den Schlüssen, dass es einen wachsenden Markt für die europaweite Lizenzierung von Online-Musik gebe und dass zur Umsetzung europaweite Lizenzierungsinitiativen geschaffen werden müssen.

Die europäischen Verwertungsinitiativen hinsichtlich des anglo-amerikanischen Repertoires²⁴

Als Reaktion auf die Empfehlung der Generaldirektion Binnenmarkt aus dem Oktober 2005 entzogen die Major-Verlage EMI, Sony, Warner und Universal (sowie einige weitere Verlage) den Verwertungsgesellschaften die Vervielfältigungsrechte für Online-Nutzungen ihres angloamerikanischen Repertoires. In weiterer Folge räumten die Major-Verlage diese Vervielfältigungsrechte für Online-Nutzungen bestimmten Verwertungsgesellschaften unmittelbar oder über neu gegründete Gesellschaften zur paneuropäischen Vergabe ein. Seit diesem Zeitpunkt wird das angloamerikanische Repertoire des Verlages EMI über die von der deutschen Verwertungsgesellschaft GEMA zusammen mit der englischen Verwertungsgesellschaft PRS verwalteten CELAS GmbH (Centralized European Licensing and Administrative Service) vergeben, das angloamerikanische Repertoire von Sony über die von der GEMA verwaltete PAECOL (Pan European Collective Licensing) GmbH. Das entsprechende Repertoire von Universal wird von der Tochter DEAL (Direct European Administration and Licensing) der französischen Verwertungsgesellschaft SACEM wahrgenommen. Anders verhält es sich mit dem Repertoire von Warner, an dem Rechte grundsätzlich durch alle Verwertungsgesellschaften vergeben werden, die sich an dessen Pan-European Digital Licensing Model (PEDL) beteiligen.

Dieser Abzug großer Teile des Musikrepertoires von den nationalen Verwertungsgesellschaften führt dazu, dass Rechteerwerb durch die europäischen Initiativen nicht erleichtert sondern erschwert wird, denn jede dieser Initiativen nimmt nur das Teilrepertoire eines Verlags für die europäische Online-Lizenzierung wahr. Wenn man so will, hat die EU-Kommission genau das Gegenteil von dem erreicht, was sie wollte. Der Markt für Musikrechte ist so zersplittert, das es zu einem Wettbewerbsvorsprung für das angloamerikanische Reper-

²³ http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/monitoring-report_en.pdf.

²⁴ Heyde, 135ff. Dazu auch umfassend Alich, Neue Entwicklungen auf dem Gebiet der Lizenzierung von Musikrechten durch Verwertungsgesellschaften in Europa, GRURInt 2008, 996.

toire kam, weil nur dieses vollständig in europaweite Musikdienste eingebracht werden kann.

Vorschlag einer Richtlinie über kollektive Rechtewahrnehmung und multi-territoriale Lizenzierung von Rechten an musikalischen Werken für Online-Nutzungen²⁵

Basierend auf den Entwicklungen der letzten Jahre veröffentlichte die Europäische Kommission am 11.7.2012 zur Vervollständigung des Binnenmarktes für geistiges Eigentum und als Teil der Kommissionsstrategie 2011 zum geistigen Eigentum den Vorschlag für eine Richtlinie über kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für die Online-Nutzung von Rechten an Musikwerken im Binnenmarkt²⁶.

Der Vorschlag zielt darauf ab, ein Mitspracherecht der Rechteinhaber bei der Wahrnehmung ihrer Rechte insbesondere durch mehr Transparenz und verstärkte Berichterstattungspflichten, verbunden mit Kontrollrechten der Rechteinhaber, sicherzustellen und aufgrund europaweit einheitlicher Vorschriften besser funktionierende Verwertungsgesellschaften zu schaffen²⁷. Darüber hinaus wird die vorgeschlagene Richtlinie die Lizenzierung der Rechte von Urhebern für die Nutzung musikalischer Werke im Internet erleichtern. Dies sollte zu einem verbesserten Zugang zu Online-Musik und einem breiteren Angebot führen. Diese Zielsetzungen hat die Europäische Kommission auch in der Digital Agenda und der Strategie 2020 sowie in der Mitteilung der Kommission „Ein Binnenmarkt für Rechte des geistigen Eigentums, Förderung von Kreativität und Innovation zur Gewährleistung von Wirtschaftswachstum, hochwertigen Arbeitsplätzen sowie erstklassigen Produkten und Dienstleistungen in Europa“²⁸ angesprochen.

²⁵ Siehe dazu: Holzmüller, Der Entwurf der Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, ZUM 2013, 168; Scholz, Der Richtlinienentwurf zur kollektiven Rechteverwertung im europäischen Binnenmarkt, MR 2013, 123.

²⁶ COM(2012) 372 final.

²⁷ Csillag, Der Richtlinienentwurf zur Harmonisierung des Verwertungsgesellschaftenrechts: Anspruch vs. Wirklichkeit, MR 2013, 234; Podszun, Verwertungsgesellschaften vor der Neuordnung: Der Vorschlag der Kommission zu einer Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, GPR 2013, 97.

²⁸ COM(2011) 287 final.

Der Richtlinien-Vorschlag will hinsichtlich der Vergabe von multiterritorialen Lizenzen das Modell der ‚Europäischen Lizenzbescheinigung‘ verfolgen. Durch die Verbindung von Musikrepertoires für die EU-weite Online-Nutzung bei Lizenzvergabestellen soll für alle Verwertungsgesellschaften die Möglichkeit, über solche Stellen Mehrgebietslizenzen für ihr Repertoire zu vergeben, geschaffen werden. Bei der Vergabe von Mehrgebietslizenzen soll auch durch die Einrichtung entsprechender effizienter, bedarfsgerechter Strukturen bei den Verwertungsgesellschaften die ausreichende Datenverarbeitungs- und Fakturierungskapazitäten die Einhaltung bestimmter Transparenzanforderungen sichergestellt werden. Nach dem Grundkonzept dieses Modells soll allen Rechteinhabern eine Verwertung ihrer Werke im Wege von Mehrgebietslizenzen ermöglicht werden.

Dafür sind jedoch bestimmte Anforderungen an Verwertungsgesellschaften bei der Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Online-Rechte an Musikrechten notwendig, zu denen der Richtlinien-Entwurf bestimmte Vorgaben macht. Verwertungsgesellschaften müssen in der Lage sein, die für die Verwertung solcher Lizenzen erforderlichen Informationen (z.B. Ermittlung des Musikrepertoires, das Gegenstand der Lizenzen ist, Überwachung von dessen Verwendung) auf effiziente und transparente Weise in zeitsensiblen, verbindlichen Datenbanken zu verarbeiten (Artikel 22). Auch müssen Verwertungsgesellschaften deutlich machen, welches Online-Musikrepertoire sie vertreten (Artikel 23), und Rechteinhabern und anderen Gesellschaften Gelegenheit geben, die Korrektheit der sie betreffenden Daten zu überprüfen und falsche Angaben zu berichtigen (Artikel 24). Gleichzeitig werden die Verwertungsgesellschaften verpflichtet, die tatsächliche Nutzung der von den Lizenzen erfassten Werke zu verfolgen, d. h. sie müssen in der Lage sein, die Meldungen über deren Nutzung zu verarbeiten und entsprechende Rechnungen auszustellen. Sie müssen dafür sorgen, dass es Verfahren gibt, mittels derer die Nutzer die Rechnungen beanstanden können (Artikel 25). Eine Anforderung im Sinne der Rechteinhaber ist in Artikel 26 vorgesehen, wonach Rechteinhaber und andere Verwertungsgesellschaften zügig vergütet werden müssen und Informationen über die verwerteten Werke und Finanzdaten im Zusammenhang mit ihren Rechten (z. B. eingezogene Beträge, etwaige Abzüge) erhalten (Artikel 26).

Eine Verwertungsgesellschaft kann sich jedoch auch dafür entscheiden, keine Mehrgebietslizenzen für Online-Rechte an Musikwerken erteilen zu wollen. In diesem Fall soll – so der Richtlinienentwurf – die Vergabe von Nutzungsrechten an eigenem Repertoire in ihrem Land sowie die Vergabe von Nutzungsrechten am Repertoire anderer Gesellschaften auf der Grundlage von Gegenseitigkeitsvereinbarungen weiterhin möglich sein.

Um sicherzustellen, dass für Musikanbieter, die im Interesse der kulturellen Vielfalt und der Verbraucher ein möglichst großes Musikangebot für ganz

Europa bereitstellen möchten, Musikrepertoires leicht zusammengeführt werden können, trifft der Entwurf besondere Vorkehrungen, die garantieren sollen, dass am Repertoire aller Verwertungsgesellschaften gebietsübergreifende Nutzungsrechte erworben werden können: Eine Verwertungsgesellschaft kann bei einer anderen Gesellschaft, die Mehrgebietslizenzen für verschiedene Repertoires einräumt, anfragen, ob diese ihr Repertoire diskriminierungsfrei und ohne Exklusivrecht im Hinblick auf die Vergabe gebietsübergreifender Nutzungsrechte vertritt (Artikel 28). Eine Gesellschaft, die eine solche Anfrage erhält, darf diese nicht abschlägig bescheiden, wenn sie bereits das Repertoire von einer oder mehreren anderen Verwertungsgesellschaften zu eben diesem Zweck vertritt (Artikel 29). Nach einer Sperrfrist von einem Jahr dürfen Rechteinhaber (entweder selbst oder über einen anderen ermächtigten Dritten) Lizenzen zur Verwertung ihrer Online-Rechte vergeben, wenn ihre Verwertungsgesellschaft keine Mehrgebietslizenzen vergibt und keine solche Vereinbarung eingeht (Artikel 30). Im Rahmen der Rechtevergabe darf die Vergabe von Online-Rechten für innovative Dienste (weniger als drei Jahre am Markt) zweckmäßigerweise anderen Bedingungen unterliegen.

Kritik am Richtlinienentwurf²⁹

Dass der Richtlinien-Entwurf ein Schritt in die richtige Richtung aber nicht der ‚Stein der Weisen‘ ist, zeigt sich an unterschiedlichen Kritikpunkten, die von unterschiedlichen Seiten erhoben wurden: Insbesondere die geforderte Objektivität der Lizenzvergabe erfährt keine Detailregelung, weshalb den nationalen Umsetzungsgesetzen ein erheblicher Spielraum bleiben könnte. Es werden auch keine hinreichenden „Vorkehrungen getroffen, die garantieren, dass am Repertoire aller Verwertungsgesellschaften gebietsübergreifende Nutzungsrechte erworben werden können“. Die freie Entscheidung der Rechteinhaber kann daher auch dazu führen, dass einzelne Rechteinhaber „lukratives Repertoire“ Verwertungsgesellschaften entziehen und separat Mehrgebietslizenzen erteilen. Die Sicherstellung der Nichtdiskriminierung von rein national tätigen Rechtenutzern und Wahrung etablierter Vertragsmodelle im Verhältnis zu den neuen Online-Mehrgebietslizenzen ist weiterhin nicht geregelt. Wirksamer Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften, der von der Europäischen Kommission angestrebt wird, setzt voraus, dass einzelne Verwer-

²⁹ Vergleiche statt vieler nur die Stellungnahmen der BITKOM (http://www.bitkom.org/de/themen/55269_73400.aspx); des Deutschen Kulturrats (<http://www.kulturrat.de/detail.php?detail=2577&rubrik=4>); der VG Bild-Kunst (http://www.bildkunst.de/fileadmin/User_upload/downloads/pdf/Stellungnahme_VG_Bild-Kunst_zum_Entwurf_Richtlinie_ueber_Verwertungsgesellschaften.pdf oder der WKO (http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=694710&dstid=335).

tungsgesellschaften den Rechtenutzern Rechteerläuterungen nicht willkürlich verweigern können. Jedoch ist die Frage des Kontrahierungszwangs europaweit nicht einheitlich geregelt. Und letzten Endes berücksichtigt der Entwurf auch nicht die Praxis der europäischen Verwertungsinitiativen, sodass einige wesentliche Fragen nach wie vor ungeklärt sind. Das In-Kraft-Treten und die Umsetzung der Richtlinie in der vorgeschlagenen Form werden die Vergabe von multiterritorialen Musiklizenzen für die Online-Auswertung erleichtern, jedoch nicht alle bestehenden rechtlichen und faktischen Hindernisse beseitigen können.

Eine globale Musikdatenbank als weiterer Lösungsansatz³⁰

Für ein zusätzliches, vor allem faktisches, Problemfeld bietet der Richtlinienentwurf keinerlei Antwort. Die Frage, wer in concreto Rechteinhaber an den Verwertungsrechten eines Musikwerks ist, bleibt immer nur mit erheblichem Klärungsaufwand, wenn überhaupt, lösbar. Es fehlt einfach bei den Musikwerken eine umfassende Datenbank der Rechteinhaberschaft(en). Eine globale Repertoire-Datenbank wurde bereits in der Vergangenheit von der Europäischen Kommission angesprochen. Daraufhin wurde eine Musikindustrie und Lizenznehmer übergreifende Arbeitsgruppe initiiert, welche Ende 2010 eine erste Empfehlung hinsichtlich der Struktur einer solchen weltweiten Datenbank abgab.³¹ Gerade im Hinblick auf die von dem Richtlinienentwurf geforderte Transparenz wäre eine solche Datenbank äußerst hilfreich, erleichtert sie doch den Informationsaustausch zwischen Verwertungsgesellschaften, Rechteinhabern und Nutzungsinteressenten erheblich und reduziert den Aufwand zur Klärung der Rechteinhaberschaft deutlich.

³⁰ Baierle, Lizenzierung von Musikwerken im Online-Bereich – Weg frei zu einer globalen Musikrechtedatenbank? MMR 2012, 50.

³¹ Global Repertoire Database Working Group, The Way Forward for the Development of a Global Repertoire Database, <http://globalrepertoiredatabase.com/images/press/grd-077.pdf>.

Die besonderen medienordnungsrechtlichen Voraussetzungen einer online zugänglichen Archivierung von audio-visuellen Werken mit Inhalten im öffentlichen Interesse

*Clemens Thiele**

„Anbieter von Mediendiensten auf Abruf“ haben gem. § 9 Abs 1 AMD-G ihre Tätigkeit spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der zuständigen Regulierungsbehörde, d.h. der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria), anzuzeigen. Diese Meldepflicht im Umfang der gesetzlichen Vorgaben nach § 9 Abs 2 AMD-G iVm §§ 10, 11 AMD-G ist durch Verwaltungsstrafen sanktioniert. Im Folgenden sollen die Voraussetzungen eines „audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf“ ebenso erörtert werden, wie daraus resultierende Konsequenzen für Online-Rundfunkarchive Freier Radios in Österreich, die über Audioportale zugänglich sind.

Online-Archive Freier Radios

Freie Radios verbreiten ein von der öffentlichen Hand gefördertes, nicht-kommerzielles Programm. Dabei handelt es sich überwiegend um Programme, die im offenen Zugang, d.h. unter inhaltlicher Verantwortung der Programmacher entstanden sind, nicht aber der Freien Radios selbst.

Die medienordnungsrechtlichen Anforderungen des AMD-G betreffen nicht nur die Zurverfügungstellung öffentlich-rechtlich geförderter Rundfunkproduktionen durch Medienarchive (Nationalbibliothek, Mediathek), sondern auch die spezifische Erstellung der Inhalte bei Freien Radios durch verschiedene (zivilgesellschaftliche) Programmacher; sowie letztlich auch die dezentrale Archivierung von Inhalten.

Die folgenden Erörterungen verstehen sich als flankierender Beitrag zur medienrechtlichen Situation offen zugänglicher Online-Archive von Sendungen Freier Radios.

* **Clemens Thiele** (Prof., Dr. jur., LL.M. Tax GGU San Francisco) ist als Rechtsanwalt mit Schwerpunkten im gewerblichen Rechtsschutz (Domain-, Marken- und Wettbewerbsrecht), Urheberrecht, IT-, Presse- und Medienrecht tätig sowie Honorarprofessor an der Universität Salzburg; Text © 2014 Clemens Thiele.

Betrieb offener Audio-/Videoportale¹

Die „Tiroler Tageszeitung“ betrieb durch ihre Tochtergesellschaft, die NewMedia Online GmbH, unter der URL <http://www.tt.com> ein Nachrichtenportal, das u.a. die Online-Ausgabe der Tageszeitung enthielt. Unter der Subdomain „video.tt.com“ stellte die Betreibergesellschaft Videos zur Verfügung, die in Kategorien (unter anderem „Chronik“, „Kultur“, „Politik“, „Wirtschaft“) angeordnet und durchsuchbar waren. Der Videobereich entsprach im Design dem sonstigen Internetauftritt der Tiroler Tageszeitung und wies die gleichen allgemeinen Navigationselemente auf.

Die spätere Berufungswerberin argumentierte, die Videos stellten lediglich eine Ergänzung des sonstigen gesamten Internetauftritts dar. Es läge schon deshalb kein Abrufdienst vor, weil die Videos nicht den Hauptzweck des Gesamtangebots ausmachten. Zudem handle es sich bei den Inhalten nur um Kurzvideos, die keine Fernsehähnlichkeit i.S. des ErwGr 24 der RL 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste² (im Folgenden: AVMD-RL) besäßen. Die KommAustria beschied demgegenüber der Betreiberin, dass die selbstständigen Videoangebote von Zeitungen in ihren Online-Ausgaben anzeigepflichtige Mediendienste nach dem AMD-G darstellten.

Gegen den Bescheid erhob die Betreiberin fristgerecht Berufung. Letztlich hatte der Bundeskommunikationssenat (BKS) daher die Frage zu klären, ob die Betreiberin einen audiovisuellen Mediendienst im Sinne § 2 Z 3 AMD-G, und zwar einen audiovisuellen Mediendienst auf Abruf i.S. des § 2 Z 4 AMD-G anbiete, der bejahendenfalls einer Anzeigepflicht gem. § 9 Abs 1 AMD-G unterliege.

Die Praxis der Medienbehörden³

Der BKS bestätigte die Entscheidung der KommAustria⁴ vollinhaltlich und wies die Berufung ab. Es war für die Bundeskommunikationsrichter zunächst nicht ersichtlich, warum den einzelnen Videos zu den verschiedenen

¹ BKS 13. 12. 2012, 611.191/0005-BKS/2012 (rk), New Media Online II, abrufbar über RIS/Judikatur-Bundeskommunikationssenat oder unter www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=49930 (26. 5. 2014).

² Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste – AVMD-RL), ABl L 95 vom 15. 4. 2010, 1.

³ BKS 13. 12. 2012, 611.191/0005-BKS/2012 (rk), New Media Online II, *jusIT* 2013/44, 91.

⁴ Bescheid vom 9. 10. 2012, KOA 1.950/12-048, New Media Online I, *MR* 2013, 51 (Wittmann).

Kategorien die fernsehähnliche Gestaltung abzusprechen wäre. Es sei bei den Videos in Inhalt und Gestaltung kein Unterschied zu herkömmlichen, in linearen Fernsehprogrammen ausgestrahlten Sendungen zu erkennen. Ferner legen die gesetzlichen Regelungen keine zeitliche Mindestgrenze für die Dauer einer Sendung fest.

Nach Ansicht des BKS war der Videobereich auch nicht als eine rein audiovisuelle Nebenerscheinung des Internetauftritts der Tageszeitung einzustufen. Die Videos waren Bestandteil einer (bis auf Kurzbeschreibungen) ausschließlich audiovisuellen Inhalten vorbehaltenen eigenständigen Subdomain, die ein auch ohne jeglichen Textbeitrag „konsumierbares“ Angebot darstelle. Aufmachung und Inhalt der auf dieser Subdomain abrufbaren Beiträge bestätigten, dass die gesammelten Videos keine lediglich dienende oder untergeordnete Funktion im Sinne einer Veranschaulichung eines bestimmten Textes erfüllten. Der im Bereich „Video“ bereitgestellte Katalog von Sendungen war daher ein vom übrigen Angebot des Internetauftritts unter <http://www.tt.com> getrenntes und deshalb auch getrennt zu beurteilendes eigenständiges Angebot. Zurückgehend auf die AVMD-RL unterlägen derartige Angebote im Einklang mit dem AMD-G als audiovisuelle Mediendienste auf Abruf einer Anzeigepflicht samt entsprechender Regulierung.

Audiovisueller Mediendienst auf Abruf

Die dargestellte Entscheidungspraxis ist höchst bemerkenswert und kann nicht ohne Auswirkung auf die Einrichtung und den Betrieb offen zugänglicher Online-Archive von Sendungen Freier Radios bleiben. Im Vordergrund steht der rechtssichere Betrieb derartiger Plattformen im Internet.

1. Begriffsbestimmung:

Aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage⁵ ergibt sich zunächst, dass ein „*audiovisueller Mediendienst*“ gem. § 2 Z 3 AMD-G – entsprechend der Vorgaben in Art 1 lit a bis d AVMD-RL sowie ErwG 16 bis 23⁶ zur AVMD-RL – kumulativ sechs Voraussetzungen erfüllen muss:

- Dienstleistung im Sinne der Art 56 und 57 AEUV
- eines Mediendienstanbieters unter dessen redaktioneller Verantwortung

⁵ RV 611 BlgNR 24. GP, abgedruckt bei Kogler/Trainer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetz³ (2011) 443 f.

⁶ Dazu Kogler, Fernsehähnliches TV-On Demand. Was ist (k)ein „Audiovisueller Mediendienst auf Abruf“? MR 2011, 228, 232 ff.

- mit dem Hauptzweck der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung
- der allgemeinen Öffentlichkeit
- über elektronische Kommunikationsnetze.

Ein „*audiovisueller Mediendienst auf Abruf*“ nach § 2 Z 4 AMD-G liegt erst dann vor, wenn die Nutzer an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl auf den audiovisuellen Mediendienst zugreifen können, m.a.W. ein *interaktiver Abruf* möglich ist.⁷

2. Die Tatbestandselemente im Einzelnen:

Art 57 ergänzt Art 56 AEUV, indem er den Begriff der „*Dienstleistung*“ auf unionsrechtlicher Ebene umschreibt. Art 57 Satz 2 AEUV zählt einige Dienstleistungsbereiche demonstrativ auf; Art 57 Satz 3 AEUV hebt einen wesentlichen Aspekt der Abgrenzung zu den anderen Freizügigkeitsrechten hervor, vor allem das Merkmal der vorübergehenden Leistungserbringung. Der Dienstleistungsbegriff ist demnach „genuin unionsrechtlich“ auszulegen⁸ und weit zu fassen.⁹ Entscheidend ist das Vorliegen eines nicht-körperlichen, immateriellen Produkts, das selbstständig, vorübergehend und i.d.R. entgeltlich dargebracht wird.¹⁰ Art 57 Satz 1 AEUV verlangt lediglich einen Erwerbszweck; die Dienstleistung selbst kann kostenlos erbracht oder der wirtschaftliche Vorteil über Dritte lukriert werden.¹¹ Der Betrieb einer Website, die Werbebanner oder Sponsorenhinweise aufweist, erfüllt daher ohne weiteres den der AVMD-RL und damit dem AMD-G zugrunde gelegten Dienstleistungsbegriff.

Der Begriff des „*Mediendiensteanbieters unter dessen redaktioneller Verantwortung*“ zielt auf den Contentprovider ab, d.h. auf denjenigen, der für den Inhalt eines Webauftritts verantwortlich zeichnet. Letztlich handelt es sich dabei um den altbekannten „Medieninhaber“.¹² Dies ist sachgerecht, da die zivilrechtliche Haftung¹³ oder strafrechtliche Verantwortlichkeit¹⁴ für rechtswid-

⁷ Vgl. Kogler/Trainer/Truppe, Rundfunkgesetz 3, 417.

⁸ Vgl. EuGH 20.11.2001, C-268/99, Jany, EuGRZ 2001, 621 = ecolex 2002, 312 = ecolex 2002, 476 = ZER 2002/270, 59.

⁹ Holoubek in: Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar 3, 2012, Rz 14 mwN.

¹⁰ Khan/Eisenhut in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg), EU Handkommentar, 2012, Art 57 Rz 12 ff mwN.

¹¹ Vgl. EuGH 18.12. 2007, C-281/06, Jundt, taxlex-EC 2008/19, 64 = EuGRZ 2008, 152 = ÖStZB 2008/514, 641 = zfhr 2008/11, 177.

¹² Vgl. § 1 Abs 1 Z 8 MedienG und das abgestufte Haftungssystem nach §§ 13 ff ECG.

¹³ OGH 24.1.2006, 4 Ob 226/05x, Nacht der 1000 Rosen, EvBl 2006/75, 415 = RdW2006/266, 282 = MR 2006, 148 = RZ 2006, 155 = ecolex 2006/369, 849 = SZ2006/2; dazu Thiele, Von 1000 Rosen nach tirolcom.at, MR 2007, 103, 104.

rige Inhalte einer Website denjenigen trifft, der die Website inhaltlich gestaltet und deren Abrufbarkeit besorgt oder veranlasst.

Dass eine Website mit einem Videoportal oder Podcasts „über elektronische Kommunikationsnetze“ der „allgemeinen Öffentlichkeit“ zur Verfügung gestellt wird, ergibt sich schon aus der technischen Natur eines Webauftritts. Dass selbst eine gesonderte Anmeldung über ein Login oder eine andere Zugangsbeschränkung (zB Pay per View)¹⁵ den Öffentlichkeitscharakter nicht zu eliminieren vermag, verdeutlicht die Vorläufer-Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“,¹⁶ die auch Pay-TV Dienste einschloss.¹⁷ Die elektronischen Kommunikationsnetze erfassen aufgrund des gesetzlichen Verweises auf § 3 Z 11 TKG 2003 alle denkbaren funk- und mobilterrestrischen Netze.

Entscheidende Bedeutung kommt daher dem Tatbestandsmerkmal der sog. „Fernsehähnlichkeit“ zu, d.h. „dem Hauptzweck der Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung“. Dabei liegt die Betonung nicht auf dem „Fernsehen“, sondern auf der Ähnlichkeit, da auch reine Audioinhalte unter den Begriff der Sendung fallen. Eine Kombination mit optischen Inhalten ist möglich, aber nicht zwingend vorausgesetzt.

Dazu betont der BKS zunächst, dass unter einer „Sendung“ i.S.v. § 2 Z 30 AMD-G die Verbreitung audio-visueller Inhalte auf individuellen Abruf nach einer von einem Mediendienst erstellten Sendeplan oder Katalog zu verstehen ist. Im Bereich der Abrufdienste muss daher insoweit eine Vergleichbarkeit mit Form und Inhalten von Fernsehsendungen, besser Fernseh- und Rundfunksendungen, vorliegen. Diese Anforderungen entnehmen die Bundeskommunikationsrichter¹⁸ der Definition des Art 1 Abs 1 lit b AVMD-RL. Demzufolge genügt eine Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, die Einzelbestandteil eines von einem Mediendiensteanbieter erstellten Sendeplans oder Katalogs ist und deren Form und Inhalt mit der Form und dem Inhalt von Fernsehprogrammen vergleichbar sind. Beispiele für Sendungen sind u.a. Spielfilme, Sportberichte, Fernsehkomödien, Dokumentarfilme, Kindersendungen und Originalfernsehspiele.¹⁹ Diese Rechtsansicht bestätigt EwGr 24 AVMD-RL, der wörtlich „fernsehähnlich“ als „typisches Merkmal der Abrufdienste“

¹⁴ OGH 26.5.2010, 15 Os 8/10f, APA-OTS-Aussendung, MR 2010, 192.

¹⁵ Vgl. EuGH 22.1.2013, C-283/11, Sky Österreich GmbH / Österreichischer Rundfunk, wbl 2013/49, 150 = SWI 2013, 137 = EuGRZ 2013, 164.

¹⁶ Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABI L 298 vom 17. 10. 1989, 23.

¹⁷ EuGH 2.6.2005, C-89/04, Mediakabel, MR-Int 2005, 104 = ZER 2006/208, 94.

¹⁸ BKS 13. 12. 2012, 611.191/0005-BKS/2012 (rk), New Media Online II, Pkt. 4.4.1, jusIT 2013/44, 91.

¹⁹ Ebenso Kogler, MR 2011, 228, 232 ISp.

hervorhebt. Der Normzweck offenbart sich darin, dass Diskrepanzen bei der Dienstleistungsfreiheit und beim Wettbewerb vermieden werden sollen, indem der Begriff der „Sendung“ unter Berücksichtigung der Entwicklungen auf dem Gebiet der Fernsehsendungen dynamisch ausgelegt wird.

Nach diesem Begriffsverständnis erfüllen die im Rahmen der strukturiert gestalteten Website angebotenen Audio-Inhalte wie z.B. Berichte über lokale Ereignisse und Veranstaltungen, Sportberichte, Filmtrailer, Bastelanleitungen für Kinder, Befragung von Passanten zu aktuellen Themen oder redaktionell ausgewählte Videos von Nutzern die Fernsehähnlichkeit spielend. Dies schon deshalb, weil sie auch im „klassischen“ Fernsehen präsentiert werden könnten; sie sind daher auf das gleiche Publikum wie Rundfunksendungen ausgerichtet;²⁰ Sportberichte sind zudem in Art 1 Abs 1 lit b AVMD-RL ausdrücklich genannt.

Darüber hinaus erfordert die Fernsehähnlichkeit iSd § 2 Z 3 und 4 AMD noch die Prüfung, ob die Bereitstellung von Sendungen den Hauptzweck darstellt. Dabei kommt es nach herrschender Lehre²¹ nicht auf das gesamte Leistungsspektrum eines Diensteanbieters an. Entscheidend ist vielmehr nach den Gesetzesmaterialien²² und ErwGr 28 AVMD-RL, dass das Audio-Angebot (los gelöst von anderen Angeboten desselben Anbieters) eine eigenständige Funktion erfüllt und nicht nur eine Begleitung oder Ergänzung zu einem Textangebot darstellt.²³ Demgegenüber zweitrangig ist, ob das eigenständige audiovisuelle Angebot auf einer Haupt- oder einer Subdomain bzw. bereits auf der Startseite (Homepage) oder einer Subseite des Webauftritts präsentiert wird.²⁴ Die verwendete (Sub-Level-)Domain kann allenfalls als Indiz für die Beurteilung der Eigenständigkeit des Angebots dienen.²⁵

Wird daher ein nach thematischen Gesichtspunkten oder auch nur chronologisch geordneter Bereich eines Radioarchivs mit audio-visuellem Content zum interaktiven Abruf angeboten, so gilt er dann als fernsehähnlich, wenn er unabhängig vom Rest des Webauftritts nutzbar ist und auch ohne die Einbettung in den Gesamtwebauftritt in dieser Form angeboten werden könnte.

²⁰ Vgl. ErwG 24 AVMD-RL.

²¹ Kogler, TV (ON DEMAND). Europäische Content-Regelungen für Audiovisuelle Mediendienste, 2010, 36, unter Hinweis auf Lehofer, Regulierung linearer und nicht-linearer Dienste, in: Berka/Grabenwarter/Holoubek (Hrsg), Gemeinschaftsrecht und Rundfunk – Revolution oder Anpassung, 2007, 51.

²² RV 611 BlgNR 24. GP, abgedruckt bei Kogler/Trainer/Truppe, Rundfunkgesetz 3, 414.

²³ BKS 13. 12. 2012, 611.191/0005-BKS/2012 (rk), New Media Online II, Pkt. 4.4.2, jusIT 2013/44, 91.

²⁴ Vgl. Kogler, MR 2011, 228, 231 f.

²⁵ BKS 13. 12. 2012, 611.191/0005-BKS/2012 (rk), New Media Online II, Pkt. 4.4.2, jusIT 2013/44, 91.

Meldepflicht

1. Form und Inhalt

Online Rundfunkarchive, die Audio/Videoportale unterhalten oder Freie Radios mit fernsehähnlichen (Archiv-)Inhalten – gleich welcher Abspiellänge – „aufwerten“ oder auch nur interessanter gestalten möchten, tun gut daran, für ihren audiovisuellen Mediendienst die ordnungsrechtliche Vorschrift des § 9 Abs 1 AMD-G zu beachten.

Diese Vorschrift verpflichtet den Inhaber des audiovisuellen Medienabrufdienstes dazu, seine Tätigkeit, m.a.W. seinen Webauftritt, spätestens zwei Wochen vor Aufnahme der zuständigen Regulierungsbehörde anzuzeigen. Es handelt sich also um eine reine Meldepflicht an die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria),²⁶ nicht hingegen um eine Zulassungspflicht.

Gem. § 9 Abs 2 AMD-G hat die Meldung neben Namen, Adresse und allfälligen Vertretern und Zustellungsbevollmächtigten des Mediendiensteanbieters auch Nachweise über die Erfüllung der (besonderen) Anforderungen der §§ 10 und 11 AMD-G zu enthalten. §§ 10, 11 AMD-G sehen letztlich (besondere) Ausschlussgründe vor: So verlangt § 10 Abs 1 AMD-G einen Unternehmenssitz im Inland bzw. lässt bei Einzelpersonen die österreichische Staatsbürgerschaft genügen. Zu beachten ist, dass nach § 10 Abs 3 Z 1 AMD-G juristische Personen des öffentlichen Rechts, Parteien i.S. des Parteiengesetz²⁷ sowie juristische Personen und Personengesellschaften, an denen diese unmittelbar beteiligt sind, audiovisuelle Mediendienste auf Abruf betreiben dürfen.

Darüber hinaus müssen nach § 9 Abs 2 Z 2 AMD-G Inhaber eines audiovisuellen Medienabrufdienstes der Behörde „Angaben über den Programmkatalog, insbesondere den Umfang und die angebotenen Sparten und Sendungen“ machen. Dies erfordert eine grundlegendeinhaltliche Zweckbeschreibung, wie sie bspw. gem. § 25 Abs 4 MedienG für das erweiterte Impressum periodischer Medien (sog. „Blattlinie“) gefordert ist, aber weniger als eine „elektronische Programmübersicht“ i.S. einer Fernsehprogrammzeitschrift. In der Regel ist mit einer kurzen Beschreibung der Website und einer einfachen Strukturdarstellung das Auslangen zu finden.

Für die Praxis empfiehlt sich folgende Checkliste:

- ✓ Abrufdienstliche Impressumangaben:
 - Name und Anschrift des Mediendiensteinhabers

²⁶ Vgl. dazu das „Merkblatt Abrufdienste“ unter http://www.rtr.at/de/m/InfoMDA/Merkblatt_Abrufdienste_03-2013.pdf (26.5.2014).

²⁷ Bundesgesetz über die Finanzierung politischer Parteien (ParteienG 2012), BGBl I 2012/56.

- Vertretungsbefugte Organe (z.B. Geschäftsführer)
- allfälliger Postbevollmächtigter
- Kontaktmöglichkeiten (Telefon/Telefax/E-Mail)
- ✓ Angaben zum audiovisuellen Mediendienst auf Abruf
 - Webadresse (URL)
 - Programm katalog (Umfang und Zweck der angebotenen fernsehhähnlichen Inhalte)
- ✓ Sonstige Angaben
 - über den Mediendiensteinhaber
 - Staatsbürgerschaft bzw. Inlandssitz
- ✓ Eigentumsverhältnisse (z.B. durch Firmenbuchauszug); bei Vereinen Vereinsregisterauszug; bei politischen Parteien Hinterlegungsanzeige; sowie sonst geeignete Nachweise)
- ✓ über die Beteiligung von Medieninhabern
- ✓ Beteiligungsverhältnisse (z.B. Firmenbuchauszüge aller maßgeblich Beteiligten)
- ✓ Meldungsempfänger
- ✓ KommAustria, 1060 Wien, Mariahilfer Straße 77-79
- ✓ Meldungsform: schriftlich, fernschriftlich (Fax: 01/58058-9191) oder E-Mail (rtr@rtr.at)

Die Anbieter von Mediendiensten auf Abruf haben diese Daten jährlich zu aktualisieren und bis 31. Dezember eines jeden Jahres der KommAustria zu übermitteln.

Gemäß § 35 KOG²⁸ sind in Österreich niedergelassene Rundfunkveranstalter und die nach dem AMD-G zur Anzeige verpflichtete Mediendienstanbieter verpflichtet, einen jährlichen Beitrag zur Finanzierung des Aufwandes der KommAustria und der RTR-GmbH im Fachbereich Medien zu leisten. Der Finanzierungsbeitrag wird dabei im Verhältnis des Jahresumsatzes des Beitragspflichtigen zum Jahresumsatz der Gesamtbranche berechnet.²⁹

2. Feststellungsverfahren

Eine gewisse, nicht unriskante Alternative³⁰ stellt die Einleitung eines behördlichen Feststellungsverfahrens nach § 9 Abs 7 Z 1 AMD-G durch den

²⁸ Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria („KommAustria“) und eines Bundeskommunikationssenates – KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl I 2001/32 idgF (mv); siehe dazu Kogler/Trainer/Truppe, Rundfunkgesetz³ 745, 816 ff mwN.

²⁹ Näheres dazu unter <http://www.rtr.at> (26. 5. 2014).

³⁰ Näher dazu im Folgenden.

Websitebetreiber selbst dar, um sich Klarheit über die konkrete Meldepflichtigkeit zu verschaffen. Bemerkenswert an der eingangs dargestellten Entscheidung ist nämlich die Zulassung einer sog. „Negativfeststellung“. Die für den Online-Betrieb zuständigen Tochtergesellschaft der Tiroler Nachrichten bezweckte nämlich, festzustellen, dass durch den Internetauftritt unter der URL <http://www.tt.com> und die darüber angebotenen Inhalte *kein* audiovisueller Mediendienst gem. § 2 Z 3 und 4 AMD-G ausgeübt werde und daher keine Verpflichtung zur Anzeige nach § 9 Abs 1 AMD-G bestanden hätte. Bereits die erste Instanz bejahte unter Rückgriff auf die herrschende Meinung³¹ die Zulässigkeit dieses Begehrens. Damit können Zweifelsfälle nunmehr durchaus im Bescheidweg abgeklärt werden.

Sanktionen fehlender Compliance

Ein Verstoß gegen die medienrechtlichen Ordnungsvorschriften des § 9 Abs 1 und 2 iVm §§ 10, 11 AMD-G löst i.d.R. den Verwaltungsstraftatbestand des § 64 Abs 1 Z 4 AMD-G mit einer Geldstrafe bis zu € 4.000 aus. Verantwortlich ist der Websitebetreiber bzw. der nach § 9 VStG verantwortliche Beauftragte. Im Wiederholungsfall drohen nach § 64 Abs 3 Z 3 AMD-G Geldstrafen bis zu € 40.000.

Dies gilt grundsätzlich auch für eine (bloße) Fristüberschreitung. Die Meldung nach § 9 Abs 1 AMD-G verfolgt nämlich offenkundig auch den Zweck, der Behörde die Überprüfung der Einhaltung der besonderen Ausschlussgründe nach den §§ 10 und 11 AMD-G zu ermöglichen bzw. bedeutend zu erleichtern. Damit liegt es m.E. auf der Hand, dass die Verpflichtung zur Anzeige fortbesteht, auch wenn die Frist für die zeitgerechte Erstattung der Anzeige des audiovisuellen Medienabrufdienstes bereits verstrichen sein sollte. Der wohl herrschenden Lehre³² ist daher darin zuzustimmen, dass es sich beim Delikt des § 64 Abs 1 Z 4 AMD-G um ein Unterlassungsdelikt handelt, das als Dauerdelikt ausgestaltet ist. Demzufolge ist nicht nur die Herbeiführung eines rechtswidrigen Zustandes, sondern auch die Aufrechterhaltung desselben pönalisiert. Die Verjährungsfrist nach § 31 Abs 2 VStG ist von dem Zeitpunkt an zu berechnen, an dem dieses strafbare Verhalten aufgehört hat.³³

³¹ VfGH 21. 6. 2001, B 2037/99, JUS Vf/2336 = ZVB 2002/8, 20 = wbl 2002/65, 93 = VfSlg 16.221 = ZfVB 2003/290 (Denk); 26. 11. 1965, B 142/65, VfSlg 5.130; 14. 10. 1963, B 522/62, VfSlg 4.563; VwGH 27. 9. 2011, 2010/12/0131, ZfVB 2012/374; 30. 6. 1995, 93/12/0333, nv; Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze², E 204 zu § 56 AVG; ähnlich bereits Kogler/Traimer/Truppe, Rundfunkgesetze 3, 446.

³² Kogler/Traimer/Truppe, Rundfunkgesetze 3, 446 E 1.

³³ Vgl. VwGH 18. 12. 1991, 91/01/0106, ZfVB 1993/212/260 = ÖJZ VwGH A 1992/208 = VwSlgA 13.556, und 8. 4. 1987, 87/01/0007, ÖJZ VwGH A 1988/189

Strafbehörde 1. Instanz ist nach § 66 AMD-G die KommAustria. Bis 31.12. 2013 erfolgt der Rechtszug gegen Verwaltungsstrafbescheide der KommAustria noch an den Unabhängigen Verwaltungssenat (UVS) Wien. Im Fall von wissentlich falschen Angaben i.S. des § 9 Abs 1 AMD-G durch den Mediendienstanbieter ist nach § 63 Abs 5 AMD-G das Anbieten des Mediendienstes bis zu einer Dauer von fünf Jahren zu untersagen.

Eine Missachtung der Meldepflichten nach § 9 AMD-G kann v.a. unter dem Gesichtspunkt der damit vereitelten behördlichen Überprüfung nach §§ 10, 11 AMD-G zu einem Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb führen, wenn die Versäumnis entsprechende Relevanz und Spürbarkeit aufweist. In Betracht kommen die Bestimmungen der § 2 Abs 4 UWG (Irreführung), § 1 UWG (Rechtsbruch) und § 1 Abs 1 Z 1 UWG (sonstiges unlauteres Verhalten). Allerdings verneint die Rechtsprechung³⁴ bei *unentgeltlich* erbrachten Dienstleistungen die Relevanz eines Verstoßes auf Basis von §§ 1, 2 UWG wegen fehlender lauterkeitsrechtlicher Verletzung von Verbraucherinteressen. Die zuletzt genannte Entscheidung ist zu einer frei aufrufbaren Website mit einem „Online-Fernsehen“ als Mischform aus Internet, Printmedium und Fernsehen ergangen, bei dem Benutzer – ähnlich einer Lokalzeitung – Berichte und Informationen über Stadtentwicklung, Kultur, Wirtschaft, Tourismus und Sport individuell und unentgeltlich abrufen konnten. Der letztlich nicht als unlauter qualifizierte Gesetzesverstoß hat aber lediglich in der unvollständigen Erfüllung der Informationspflichten nach § 5 ECG, § 14 UGB bzw. der Offenlegungspflicht nach § 25 MedienG bestanden.³⁵

Wesentlich strenger beurteilt die Rechtsprechung³⁶ hingegen Verstöße gegen Anmelde- oder Genehmigungspflichten; insbesondere im gewerberechtlichen Bereich. Die unterlassene Anzeige eines audiovisuellen Mediendienstes auf Abruf wird daher i.d.R. schon nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG unlauter sein; Klarheit dürfte hier wohl nur eine Mitbewerberklage bringen.

Zusammenfassung

Nach Ansicht des für audiovisuelle Medienunternehmen zuständigen Bundeskommunikationssenats (BKS) erfüllt der Videobereich im Internetauftritt des Online-Portals (einer Zeitung) alle Kriterien eines Abrufdienstes i.S.v. § 2

= ZfVB 1988/169 = VwSlgA 12.445, jeweils zur Unterlassung einer Anmeldung nach dem Meldegesetz.

³⁴ OGH 18. 11. 2008, 4 Ob 186/08v, Online-Fernsehen, jusIT 2009/25, 56 (Auer) = wbl 2009/114, 254 = MR 2009, 89 (Korn) = eolex 2009/89, 246 (Noha) = ÖBLS 2009/88/89/90/131/132 = ÖBl 2009/23, 124 (Anderl und Noha).

³⁵ Instruktiv Schmid in: Wiebe/Kodek, UWG², 2012, § 1 Rz 790 ff, 795 m.w.N.

³⁶ Vgl. Schmid in: Wiebe/Kodek, UWG², § 1 Rz 808 ff m.w.N.

Z 4 iVm Z 3 AMD-G. Damit unterliegt der Betreiber nach § 9 Abs 1 AMD-G der Anzeigepflicht gegenüber der Regulierungsbehörde. Nach der hier vertretenen Auffassung erstreckt sich die unionsrechtliche Vorgabe der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL) auch auf Online Rundfunkarchive Freier Radios, die über Audioportale zugänglich sind. Ein dem Medienordnungsrecht angepasster Betrieb erfordert daher eine Bekanntgabe des Betreibers und seiner zugehörigen Unternehmensdaten an die Medienaufsicht. Die Meldepflicht an die RTR GmbH ist im Umfang des § 9 Abs 2 AMD-G an die KommAustria nach § 66 AMD-G längstens zwei Wochen *vor* der Aufnahme des Abrufdienstes, d.h. seiner Online-Schaltung, zu erfüllen, andernfalls drohen Verwaltungsstrafen in Höhe von maximal € 4.000 und im Wiederholungsfall bis zu € 40.000 nach § 64 AMD-G.

Nutzungsrechtserwerb durch gemeinnützige Rundfunkarchive – Lösungsvorschläge für das Problem massenhafter Rechtklärung

Till Kreuzer*

Schrankenbestimmung für gemeinnützige Rundfunkarchive

Urheber und Leistungsschutzberechtigte haben an ihrem jeweiligen Schutzgegenstand ausschließliche Schutzrechte. Sie können grundsätzlich in jedem Fall entscheiden, ob, zu welchen Konditionen und auf welche Art und Weise Werke und Leistungen genutzt werden. Wären die Schutzrechte uneingeschränkt, hätte dies erhebliche Auswirkungen auf die Interessen der Allgemeinheit, kreative Schöpfungen und hiermit korrespondierende Leistungen, wie z.B. Tonaufnahmen, möglichst ungehindert nutzen zu können.

Da den Interessen der Rechteinhaber häufig Belange mit verfassungsrechtlichem Rang entgegenstehen, wie z.B. die Kunst-, Wissenschafts- oder Meinungsfreiheit, muss in den Urheber- und Leistungsschutzrechten ein Interessenausgleich hergestellt werden. Nach kontinentaleuropäischer Rechtstradition erfolgt dies durch sog. Schrankenbestimmungen. Hierbei handelt es sich um rechtlich gewährte Nutzungsfreiheiten, also Regeln, nach denen bestimmte Arten von Nutzungen rechtlich gestattet werden. Wer solche Nutzungen vornimmt, benötigt hierfür keine Zustimmung vom Rechteinhaber, muss also keine Lizenzen einholen, „Rechte klären“ und Verträge schließen.

Begrifflichkeiten: Was ist eine Schrankenbestimmung/gesetzliche Lizenz?

Schrankenbestimmungen, jedenfalls solche, die vergütungspflichtig sind,¹ werden auch als *gesetzliche Lizenzen* bezeichnet. Der jeweilige Nutzer benö-

* **Till Kreuzer** (Dr. jur.) ist Rechtsanwalt in Berlin, Berater mit Schwerpunkt öffentliche Institutionen in urheber-, persönlichkeits- und datenschutzrechtlichen sowie IT-Rechtsfragen, seit 2010 zum „ad personam“ Mitglied der Deutschen UNESCO-Kommission; Text © 2014 Verband Freier Radios Österreichs.

tigt für die jeweils von der Regelung abgedeckten Nutzungen keine individuelle Lizenz, weil sie ihm bereits vom Gesetz gestattet werden. Eine gesetzliche Lizenz ist damit eine Art genereller Gestattung der jeweiligen Nutzungshandlung für jeden, der von ihr nach der Regelung Gebrauch machen kann. Manche Schrankenbestimmungen wenden sich an jeden, wie z.B. das Zitatrecht, andere nur an bestimmte Nutzerkreise, etwa Regelungen für den Schulgebrauch oder durch Sendeunternehmen.

Nutzungen nach Schrankenbestimmungen sind häufig vergütungspflichtig. Ob und in welchem Ausmaße wirtschaftliche Kompensationen durch Pauschalvergütungen gezahlt werden müssen, ist in verschiedenen Ländern Europas unterschiedlich. Nach deutschem Recht beispielsweise ist die Pflicht, die nach einer Schrankenbestimmung erlaubte Nutzung zumindest in Form einer „angemessenen Vergütung“ finanziell zu kompensieren, die Regel. Schon in den 1970er Jahren hat das deutsche Bundesverfassungsgericht entschieden, dass vergütungsfreie Schrankenbestimmungen nur dann zulässig sind, wenn dies durch ein „gesteigertes öffentliches Interesse“ gerechtfertigt ist².

Auch im europäischen Urheberrecht (sog. *acquis communautaire*) ist das Prinzip der Vergütungspflicht für Nutzungshandlungen nach Schrankenbestimmungen verankert. Die diesbezüglich bedeutendste legislative Quelle ist die Richtlinie 2001/29/EG – sog. InfoSoc-Richtlinie – in der geregelt ist, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten Urheber- und manche Leistungsschutzrechte einschränken dürfen. Zudem ist dort geregelt, ob und in welchen Fällen Einschränkungen durch Vergütungen kompensiert werden müssen. In Erwägungsgrund 35 dieser Richtlinie heißt es:

„In bestimmten Fällen von Ausnahmen oder Beschränkungen sollten Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten, damit ihnen die Nutzung ihrer geschützten Werke oder sonstigen Schutzgegenstände angemessen vergütet wird.“

Die Vorgaben zur Gewähr eines solchen gerechten Ausgleichs im *acquis communautaire* sind jedoch weit weniger weit gehend als nach dem deutschen Verfassungs- und Urheberrecht. Nur in drei der über zwanzig Ausnahmetatbestände, die in der InfoSoc-Richtlinie geregelt sind, ist vorgeschrieben, dass ein gerechter Ausgleich vorzusehen ist. Das bedeutet nicht, dass in anderen Fällen eine Vergütungspflicht unzulässig wäre. In Erwägungsgrund 36 der Richtlinie heißt es ausdrücklich:

„Die Mitgliedstaaten können einen gerechten Ausgleich für die Rechtsinhaber auch in den Fällen vorsehen, in denen sie die fakultativen Bestimmungen über die Ausnahmen oder Beschränkungen, die einen derartigen Ausgleich nicht vorschreiben, anwenden.“

¹ Es herrscht keine Einigkeit darüber, ob vergütungsfreie Schrankenbestimmungen ebenfalls als „gesetzliche Lizenzen“ bezeichnet werden sollten. Dies kann jedoch hier dahinstehen.

² BVerfGE 79, S. 29 (41) – Vollzugsanstalten.

Ob und in welchen Fällen eine Vergütungspflicht für Einschränkungen des Urheberrechts vorgesehen wird, bleibt damit im Wesentlichen den Mitgliedstaaten selbst überlassen. Entsprechend divers stellt sich die diesbezügliche Rechtslage im länderübergreifenden Vergleich dar.³

Vorteile von Schrankenbestimmungen und gesetzlichen Lizenzen für den Nutzer

Generelle Vorteile einer urheberrechtlichen Schrankenbestimmung für Rundfunkarchive

Im Verhältnis zu einer uneingeschränkten Geltung des Urheberrechts haben gesetzliche Lizenzen für den Nutzer ausschließlich Vorteile. Insbesondere entfällt durch sie die Notwendigkeit, einzeln Rechte von u.U. einer Vielzahl Rechteinhaber einzuholen und zu diesem Zweck Verträge zu schließen. Es ist offensichtlich, dass der hiermit verbundene administrative Aufwand gerade bei massenhaften Nutzungen – z.B. durch Rundfunkarchive – die größte Hürde für die Nutzung von geschütztem Material darstellt. Entsprechend werden für die Nutzung von beispielsweise Musik in Rundfunksendungen (aber häufig nicht: deren Online-Archivierung), in der Regel Pauschalvereinbarungen zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern geschlossen, um die ansonsten untragbaren Transaktionskosten und den administrativen Aufwand zu verringern. Solche Pauschalvereinbarungen setzen jedoch voraus, dass die Rechteinhaber ihre jeweiligen Rechte auch von einer Verwertungsgesellschaft wahrnehmen lassen. In der Regel – wenn gesetzlich nicht etwas anderes geregelt ist – ist diese Entscheidung den Rechteinhabern selbst überlassen. Existiert eine Schrankenbestimmung, kommt es hierauf nicht mehr an, weil sich die Nutzungsbefugnis direkt aus dem Gesetz ergibt.

Vorteile einer Schrankenbestimmung gegenüber Verwertungsgesellschaftspflichten und Zwangslizenzen

Eine gesetzliche Lizenz hat, zumal wenn sie vergütungspflichtig ausgestaltet ist, ähnliche Effekte wie Gesamt- oder Pauschalvertragslösungen zwischen Nutzern und Verwertungsgesellschaften. Ihre Vorteile für den Nutzer gehen aber über reine Verwertungsgesellschaftslösungen oder Zwangslizen-

³ Siehe die Studie von Kretschmer, *Private Copying and Fair Compensation: An empirical study of copyright levies in Europe, 2011*, in der die urheberrechtlichen Vergütungssysteme im europäischen Vergleich untersucht wurden, <http://www.ipo.gov.uk/ipresearch-faircomp-full-201110.pdf>.

zen hinaus. Ein wesentlicher Unterschied liegt darin, dass eine gesetzliche Lizenz gerade nicht bedingt, dass ein Vertrag über die Rechte geschlossen wird. Die gesetzliche Lizenz hat – wie ihr Name schon sagt – zur Folge, dass keine Rechte von einer Verwertungsgesellschaft oder einem Rechteinhaber eingeholt werden müssen.

Dieses Erfordernis entfällt weder bei der Verwertungsgesellschaftspflicht noch bei einer Zwangslizenz. Bei einer Zwangslizenz muss *vor* der Nutzung ein gültiger Vertrag mit dem jeweiligen Rechteinhaber vorliegen. Nutzungshandlungen, die vorgenommen werden, bevor ein solcher ausgehandelt und unterzeichnet wurde – oder zumindest eine gerichtliche Entscheidung vorliegt, nach der ein solcher Vertrag abgeschlossen werden muss –, sind rechtswidrig und damit Urheberrechtsverletzungen.⁴

Gleiches gilt auch für Verwertungsrechte, die nur durch eine Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden können (Verwertungsgesellschaftspflicht). Bevor nicht eine Vereinbarung mit der jeweils zuständigen Verwertungsgesellschaft geschlossen wurde, darf der Nutzer das Werk oder sonstigen Schutzgegenstand nicht verwenden.

Zwangslizenz und Verwertungsgesellschaftspflicht sind damit keine Einschränkungen des ausschließlichen Nutzungsrechts mit der Folge, dass sie das Einwilligungserfordernis aufheben. Sie sind lediglich Ausübungsbestimmungen,⁵ die den Rechtserwerb vereinfachen (bei der Verwertungsgesellschaftspflicht) bzw. einen Anspruch auf Rechtserwerb begründen (Zwangslizenz).

Eine Nutzungshandlung, die durch eine gesetzliche Lizenz gestattet ist, ist dagegen stets zulässig. Vorherige Maßnahmen, wie Verhandlungen mit Verwertungsgesellschaften oder Rechteinhabern, sind nicht erforderlich. Das bedeutet, dass der Nutzer in dem Moment, in dem eine gesetzliche Schrankenbestimmung in Kraft tritt, die Nutzung aufnehmen kann. Sind Vergütungsansprüche zu entrichten, kann dies auch nachträglich geschehen, z.B. nachdem sich Nutzer und Verwertungsgesellschaften auf Tarife geeinigt haben, ohne dass die zuvor erfolgte Nutzung dadurch rechtswidrig würde.

Administrativer Aufwand entsteht bei gesetzlichen Lizenzen also v.a. durch etwaige Verhandlungen über bzw. die Erfüllung von etwaigen Vergütungspflichten. Selbst wenn solche gar nicht befolgt werden – auch hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu Zwangslizenzen und Verwertungsgesellschafts-

⁴ Dies folgt aus der Natur der Zwangslizenz. Diese lässt das Zustimmungsbedürfnis nicht entfallen, sondern gewährt lediglich jedem – durch die Regelung privilegierter – Nutzer das Recht, eine Lizenz zu angemessenen Bedingungen zu erhalten (siehe OLG Dresden, ZUM 2003, 231/234; BGH, ZUM-RD 1998, 153 – Coverversion).

⁵ Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, Kommentar, 2010, vor §§ 44a ff., Rn. 38.

pfligt – begeht der Nutzer jedoch keine Urheberrechtsverletzung. Er kann dementsprechend nicht auf deliktischen Schadensersatz oder Unterlassung in Anspruch genommen werden, sondern lediglich auf Zahlung der geschuldeten Vergütung und gegebenenfalls aus allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüchen wegen Verzugs o.ä.⁶

Vorteile von gesetzlichen Lizenzen gegenüber Verwertungsgesellschaftspflichten und Zwangslizenzen im Hinblick auf multiple Rechteinhaberschaft

Bei gesetzlichen Lizenzen kommt es, anders als bei Ansätzen der kollektiven Rechtewahrnehmung oder Zwangslizenzen, nicht darauf an, wem die Rechte zustehen. Der Unterschied zeigt sich an einem Beispiel: Würde in Österreich eine gesetzliche Lizenz eingeführt, die es gemeinnützigen Rundfunkanstalten erlaubt, digitale Archive anzulegen und für die Nutzer über das Internet zur Verfügung zu stellen, müsste sich diese Befugnis auf Urheber- und Leistungsschutzrechte beziehen. Da solche Regelungen ansonsten sinnlos wären, werden Urheber- und Leistungsschutzrechte in Bezug auf die Schrankenbestimmungen in der Regel gleichgestellt.

Eine solche Gleichstellung müsste auch erfolgen, wenn man das Problem über eine Verwertungsgesellschaftspflicht adressiert. Diese müsste sich auf die Rechte aller von der Verwertungsgesellschaftspflicht betroffenen Rechteinhaber beziehen. Wäre nur ein Teil der erforderlichen Rechte verwertungsgesellschaftspflichtig, wäre wenig gewonnen. Dann müssten die nicht erfassten Rechte wiederum individuell erworben werden.

Sollen beispielsweise die Transaktionskosten für die Nutzung von Musik in solchen Archiven gesenkt werden, müsste sich eine Verwertungsgesellschaftspflicht auf die Rechte der Musikurheber sowie diejenigen der involvierten Leistungsschutzberechtigten (Tonträgerhersteller, ausübende Künstler) beziehen. Sollen auch literarische Werke einbezogen werden, zudem auf die Urheberrechte an der Literatur usw.

Eine Verwertungsgesellschaftspflicht auf Urheber- und Leistungsschutzrechte zu erstrecken, ist generell natürlich möglich. Da jedoch verschiedene Verwertungsgesellschaften für die unterschiedlichen Rechte zuständig sein werden, ist der Transaktionsaufwand gegenüber einer gesetzlichen Lizenz deutlich höher. Während bei letzterer keine Verträge erforderlich sind, muss bei

⁶ Wenn der Nutzer die Vergütung nicht bezahlt, gestehen die deutschen Gerichte Verwertungsgesellschaften dennoch aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen einen Schadensersatz in Höhe der doppelten Lizenzgebühr zu (Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, Kommentar, 2010, vor §§ 44a ff., Rn. 35).

der Verwertungsgesellschaftspflicht wiederum mit einer Mehrzahl von Lizenzgebern verhandelt und abgerechnet werden.⁷

Vorteile von gesetzlichen Lizenzen gegenüber Verwertungsgesellschaftspflichten und Zwangslizenzen im Hinblick auf urhebervertragsrechtliche Fragestellungen

Ein weiterer Vorteil einer Schrankenbestimmung liegt darin, dass es für die Nutzungsbefugnisse unerheblich ist, wer Inhaber der Nutzungsrechte ist. Was dies bedeutet, zeigt sich erneut an einem Beispiel. Nach dem 1966 in Deutschland in Kraft getretenen UrhG (§ 31 Abs 4) war es bis zu einer Gesetzesnovelle im Jahr 2008 nicht möglich, Rechte an unbekanntem Nutzungsarten zu übertragen. Dieses Verbot galt für jegliche Rechtsübertragung, also auch für Wahrnehmungsverträge mit Verwertungsgesellschaften⁸. Online-Rechte konnten hier nach vor dem Jahr 1995⁹ nicht wirksam vertraglich eingeräumt werden, auch nicht an Verwertungsgesellschaften. Der Effekt dieser Regelung lag darin, dass die Online-Rechte an Werken, über die zwischen dem Jahr 1966 und 1995 ein Verwertungsvertrag geschlossen wurde, unweigerlich bei den Urhebern verblieben.

Für die Rechteverwertung hatte dies erhebliche Konsequenzen. Wollten z.B. Plattenlabels oder Musikverlage Aufnahmen, über die in jenem Zeitraum Exklusiv-Verträge geschlossen wurden, auch über die Anfang der 2000er Jahre entstehenden Musik-Downloadshops anbieten, mussten die Online-Rechte mit großem Aufwand von den Musikurhebern und ausübenden Künstlern nach erworben werden. Zwar wurde das deutsche Gesetz mittlerweile geändert und § 31 Abs 4 UrhG-D durch Regelungen ergänzt, die u. a. dazu führen sollen, dass die fehlenden Rechte auch bei Altverträgen generell dem Verwerter zustehen. Ob dieser Effekt jedoch erzielt werden konnte, ist ebenso unklar, wie die Antwort auf die Frage, ob auch Verwertungsgesellschaften hiervon profitieren. Weitere offene Fragen bestehen in Bezug auf Rechte an Werken, über die noch vor 1966 Verträge geschlossen wurden. Hier gilt der sog. Zweck-

⁷ Dies kann vereinfacht werden, wenn die verschiedenen Verwertungsgesellschaften eine gemeinsame Lizenzvergabe- und Inkassostelle gründen oder einer der involvierten Verwertungsgesellschaften die Befugnis übertragen, Tarife aufzustellen und Lizenzzahlungen zu erheben. Ein solches Modell existiert in Deutschland in Form der ZPÜ, die jedoch nicht für Lizenzvergaben, sondern nur für die Einhebung und Verteilung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen (Geräte- und Leermedienabgaben) zuständig ist.

⁸ So jedenfalls die h. M. in der deutschen Rechtsliteratur und Rechtsprechung, vgl. Heckmann, Die retrospektive Digitalisierung von Printpublikationen, 2011, 206, mit weiteren Nachweisen.

⁹ Dieses Jahr wird in der Rechtsliteratur für das Bekanntwerden des Internet als Nutzungsart meist genannt.

übertragsgrundsatz (§ 31 Abs. 5 UrhG-D), nach dem Rechte, über die keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wurde (was auf Rechte an unbekanntem Nutzungsarten naturgemäß in der Regel zutrifft) im Zweifel beim Urheber verbleiben. Fakt ist, dass bis heute in ganz vielen Fällen unklar ist, wem die Online-Rechte an Altwerken zustehen. Dies wird letztlich eine Einzelfallfrage mit vielen komplexen Facetten sein, die gemeinnützige Online-Archive im Einzelnen klären müssten.

Auch wenn es im österreichischen UrhG (wie auch in anderen europäischen Ländern) weder ein Verbot der Übertragung unbekannter Nutzungsarten gibt oder gab, noch eine gesetzliche Kodifizierung des Zweckübertragsgrundsatzes¹⁰, kann wohl auch hier nicht davon ausgegangen werden, dass Online-Rechte durch Altverträge generell auf Verwerter oder Verwertungsgesellschaften übertragen wurden. So besteht auch nach österreichischem Recht die Unsicherheit, wer überhaupt Inhaber solcher Rechte ist, wenn es um alte Werke wie Musik von den Beatles o. ä. geht.

Diese im Zweifel unübersichtliche Rechtslage und Zersplitterung von Verfügungsbefugnissen an Online-Rechten kann bei Verwertungsgesellschaftslösungen für das vorliegende Problem zu erheblichen Schwierigkeiten, Rechtsunsicherheiten und komplexen rechtsdogmatischen Fragen führen¹¹. Für einen Ansatz über eine gesetzliche Lizenz spielen diese Faktoren hingegen keine Rolle. Wer Inhaber der jeweiligen Rechte ist, ist hier nicht relevant. Das Gesetz erlaubt die Nutzung, ganz gleich, wem die Nutzungsrechte, in die eingegriffen wird, zustehen.

Vorteile gegenüber Verwertungsgesellschaftspflichten und Zwangslizenzen im Hinblick auf transnationale Nutzungen

Im Hinblick auf die Tätigkeit, den Sinn und Zweck von Online-Archiven sind grundsätzlich Lösungsansätze zu verfolgen, die eine transnationale Nutzung/Zugänglichmachung des Materials ermöglichen. Zwar ist es generell möglich, den Zugriff auf Internet-Archive durch technische Maßnahmen (z.B. Geo-Blocking) auf Zugriffe aus dem Inland zu beschränken. Aus Sicht des Gemeinwohlinteresses am Erhalt von und dem Zugang zum kulturellen Erbe ist diese Re-Territorialisierung des Internets jedoch nicht sinnvoll¹².

¹⁰ Siehe hierzu Kreuzer, Urhebervertragsrecht in Österreich, 2013, 2ff., http://netzpolitik.spoe.at/sites/default/files/kreuzergutachten_urhebervertragsrecht.pdf.

¹¹ Offene Fragen wären beispielsweise, ob Verwertungsgesellschaftslösungen rückwirkend eingeführt werden könnten, wie in einem solchen Fall mit bereits erfolgten Rechtsübertragungen von Online-Rechten an Verwerter umzugehen wäre u.v.m.

¹² Es sind keine Gründe ersichtlich, warum der Online-Zugang zu Kulturarchiven auf den Zugriff aus dem Inland begrenzt werden sollte. Kulturelle Interessen be-

Mit dieser Zielvorgabe kollidiert der Umstand, dass das Urheberrecht ein Territorialrecht ist. Jeder Staat hat das Recht, seine eigenen urheberrechtlichen Regelungen aufzustellen. Deren Wirkungskreis endet entsprechend generell an der Staatsgrenze (Territorialitätsprinzip). Dies würde auch für eine rein österreichische Lösung für das vorliegende Problem gelten. Gleich, ob es sich um eine Schrankenbestimmung, eine Verwertungsgesellschaftspflicht oder Zwangslizenzen handelt. Eine zumindest europäische Lösung, die eine Zugänglichmachung in der gesamten EU ermöglicht, wäre hier vorzugswürdig. Da eine Schrankenbestimmung ohnehin eine europaweite Lösung erfordern würde (s. u.), wäre dies hier generell gewährleistet¹³.

Bei einer Verwertungsgesellschaftspflicht als rein nationale (österreichische) Lösung wäre es wesentlich komplexer, transnationale Nutzungsmöglichkeiten zu eröffnen. Selbst wenn in Österreich eine Regelung eingeführt würde, nach der die von gemeinnützigen Online-Archiven benötigten Rechte nur von einer Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden können, würde hiermit zunächst nur eine Zurverfügungstellung innerhalb von Österreich ermöglicht. Nach dem herkömmlichen System kollektiver Rechtewahrnehmung können die Verwertungsgesellschaften in der Regel keine Rechte für ausländische Territorien vergeben. Die Verwertungsgesellschaftspflicht erleichtert den Rechts-erwerb und anschließende Nutzung also zunächst nur im eigenen Land.

Wollte man den Nutzeffekt auf die EU erweitern, bedürfte es wiederum einer EU-weiten Regelung, die eine solche Verwertungsgesellschaftspflicht in der ganzen Union für obligatorisch erklärt. Selbst dann müsste ein Archiv – sofern sich die Überlegungen der Kommission zu einem europäischen *one-stop-*

schränken sich nicht auf Territorien und halten sich nicht an Staatsgrenzen. Einer der wesentlichen Vorteile von Online-Archiven liegt schließlich gerade darin, die Kultur eines Landes auch in anderen Teilen der Welt bekannt- und zugänglich machen zu können.

¹³ Genau genommen bedürfte dies noch eines weiteren Aspekts. Auch eine europäische Schrankenbestimmung hätte Wirkung für die gesamte EU nur dann, wenn ihre Umsetzung durch die Mitgliedstaaten obligatorisch wäre. Optionale Schranken müssen dagegen von den EU-Ländern nicht umgesetzt werden. Da auch innerhalb von Europa das Territorialitätsprinzip gilt (in Österreich gilt österreichisches Recht, in Italien italienisches Recht usw.), beschränkt sich die Wirkung von optionalen Schrankenbestimmungen auf diejenigen Länder, die von der Option Gebrauch gemacht haben. Das könnte vorliegend heißen: Würde eine europäische optionale EU-Schrankenbestimmung für die Nutzung von geschütztem Material in archivierten Rundfunksendungen eingeführt und in Österreich umgesetzt, wäre dies zunächst nur in Österreich zulässig. Würde beispielsweise in Italien von der Option nicht Gebrauch gemacht und eine solche Schrankenbestimmung nicht eingeführt, wäre es nicht zulässig, das Archiv in Italien zugänglich zu machen. Denn dort käme italienisches Recht zur Anwendung, das eine entsprechende Erlaubnis nicht enthielte. Ein italienisches Gericht könnte daher untersagen, die Inhalte auch in Italien zur Verfügung zu stellen.

shop für Online-Musiklizenzen nicht alsbald durchsetzen – noch immer Lizenzen in jedem europäischen Land von der dort zuständigen Verwertungsgesellschaft einholen.

Die hiermit einhergehenden Transaktionskosten würden sich wiederum prohibitiv auf den legalen Betrieb solcher Archive auswirken. Insofern müsste man den Ansatz einer europäischen Verwertungsgesellschaftspflicht für solche Rechte um ein weiteres Element ergänzen: Das Sendelandprinzip, wie es in der Kabel- und Satellitenrichtlinie für Satellitensendungen vorgesehen ist. Hierbei handelt es sich um eine rechtliche Fiktion, nach der – vereinfacht ausgedrückt – angenommen wird, dass die Nutzungshandlung (nur) dort stattfindet, wo das Signal eingespeist wird. Auch wenn eine Satellitensendung auch in anderen EU-Ländern ausgestrahlt wird, genügt es, wenn das Sendeunternehmen Rechte in seinem eigenen Territorium einholt.

Übertragen auf die vorliegende Problematik würde dies bedeuten, dass auch eine europäische Verwertungsgesellschaftspflicht für die Nutzungsrechte für gemeinnützige Online-Rundfunkarchive, nur effizient wäre, wenn entweder das System der kollektiven Wahrnehmung in Europa radikal verändert würde oder man dies um das Sendelandprinzip ergänzt. Es müsste also durch eine europäische Regelung fingiert werden, dass die Online-Nutzung eines Archivs nur dort stattfindet, wo es seinen Sitz hat. Nur dann könnten bei der oder den inländischen Verwertungsgesellschaft(en) alle notwendigen Rechte für die Zugänglichmachung in der gesamten EU erworben werden. Das Territorialitätsprinzip würde für diese spezifische Nutzungsform durch eine solche Maßnahme faktisch ausgehebelt. Hierdurch würde zwar die Rechtklärung erheblich vereinfacht, ob ein solch einschneidender Eingriff in das Urheberrechtssystem jedoch politisch durchsetzbar wäre, ist aber zumindest fraglich.

Nachteile von Schrankenbestimmungen und gesetzlichen Lizenzen als Lösungsansatz

Den Vorteilen von gesetzlichen Lizenzen steht der Nachteil gegenüber, dass sie politisch schwer durchsetzbar sind. Da das wesentliche Paradigma von Urheber- und Leistungsschutzrechten darin liegt, dem Rechteinhaber die Entscheidungsmacht darüber zu verleihen, was mit seinem Werk oder sonstigen Schutzgegenstand geschehen soll, tut sich die Politik zumeist schwer damit, neue Schrankenbestimmungen einzuführen. Massive Gegenwehr von Seiten der Wirtschafts- und Urheberverbände gegen jegliche Art der Beschränkung oder Effektivierung des Urheberrechts tut ihr Übriges. Die Effekte zeigen sich deutlich an der restriktiven Lösung, auf die sich die EU in dem abschließenden Schrankenkatalog in Art 5 der InfoSoc-Richtlinie geeinigt hat.

Gerade diese Entscheidung hat den Gestaltungsspielraum der EU-Mitgliedstaaten erheblich eingeengt. Schrankenbestimmungen, die in dem genannten Regelkatalog nicht enthalten sind, also nicht unter einen der in der InfoSoc-Richtlinie vorgesehenen Ausnahmetatbestand fallen, können nur noch nach einer Änderung der Richtlinie selbst oder Verabschiedung einer weiteren Richtlinie eingeführt werden. Solche Maßnahmen vorzunehmen, ist nicht nur potenziell noch schwieriger als entsprechende Maßnahmen auf rein nationaler Ebene. Sie benötigen auch wesentlich mehr Zeit¹⁴.

Die politische und rechtliche Machbarkeit einer Schrankenbestimmung für gemeinnützige Rundfunkarchive wird damit maßgeblich davon beeinflusst, ob eine solche durch den geltenden *acquis communautaire* abgedeckt ist oder dieser zuvor geändert werden müsste.

Ähnliche Bedenken gegen die politische Durchsetzbarkeit von Schrankenbestimmungen bestehen jedoch auch gegenüber anderen Lösungsansätzen, was die obigen Ausführungen über entsprechende Probleme bei Verwertungsgesellschaftspflichten oder anderen Modellen gezeigt haben sollten. Tatsache ist, dass die aktuellen Probleme des Urheberrechts in der digitalen Welt mit rein nationalen Lösungen in der Regel nicht behoben werden können. Online-Nutzungen sind generell transnational. Das Internet zu re-territorialisieren ist nur unter erheblichen Eingriffen in dessen Architektur möglich, die selten sinnvoll sind. Insofern treffen mit der Internationalität des Netzes und dem Territorialitätsprinzip des Urheberrechts sich widersprechende Paradigmen aufeinander. Diesen Antagonismus aufzulösen, ist stets äußerst schwierig, gleich welchen Regelungsansatz man verfolgt.

Wie müsste eine Schrankenbestimmung/gesetzliche Lizenz ausgestaltet sein, um das vorliegende Problem zu lösen?

Urheberrechtliche Schrankenbestimmungen orientieren sich in der Regel an den Verwertungsrechten, die hierdurch eingeschränkt werden. Dies zeigt sich etwa an der Systematik der InfoSoc-Richtlinie. In Art 5 Abs 2 sind mögliche Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts geregelt, in Art 5 Abs 3 solche des Rechts der öffentlichen Wiedergabe, der öffentlichen Zugänglichmachung und des Verbreitungsrechts.

Um eine bestimmte Nutzungshandlung durch eine Schrankenbestimmung (vollständig) zu ermöglichen, ist daher zunächst zu untersuchen, welche Ver-

¹⁴ Schließlich muss zunächst die Richtlinie geändert oder eine neue Richtlinie verabschiedet werden und im Anschluss müssen die nationalen Regelungen angepasst werden, bevor die Neuregelung wirksam werden kann. Erfahrungsgemäß kann schon die Einigung auf eine Richtlinie oder Richtlinien-Änderung viele Jahre dauern.

wertungsrechte sie betrifft. Dies gilt einerseits in inhaltlicher Hinsicht (ist das Vervielfältigungsrecht betroffen? Das Verbreitungsrecht? etc.) als auch hinsichtlich des jeweiligen Schutzrechts (betrifft die Nutzung nur das urheberrechtlich geschützte Werk oder auch Leistungen von Werkmittlern, wie Tonträgerherstellerrechte oder Rechte der ausübenden Künstler?).

Vorliegend liegt das Problem darin, dass die Autoren von Beiträgen, die über freie Radios ausgestrahlt werden, häufig urheber- und leistungsschutzrechtlich geschütztes Material nutzen. Dies gilt z.B. für Einspielungen von Musik, für Lesungen von Literatur bzw. Aufnahmen von Lesungen von Literatur (Hörbücher) u.V.m. Jegliches Material, das akustisch wahrnehmbar gemacht werden kann, müsste also von dem jeweiligen Lösungsansatz erfasst werden. Die Nutzung von Bewegtbildern, wie z.B. Filmausschnitten, oder Diagrammen und anderen rein grafisch-visuellen Werken, ist dagegen nicht relevant.

Weiter liegt das zu lösende Problem nicht in der originären Ausstrahlung (Primärnutzung) der Beiträge, die das geschützte Material enthalten,¹⁵ sondern darin, dass diese Beiträge archiviert und über ein Online-Archiv Hörern zur Verfügung gestellt werden. Die Nutzung dient dabei rein gemeinnützigen, nicht kommerziellen Zwecken.

Eine solche Online-Bereitstellung von Rundfunksendungen betrifft zunächst das Vervielfältigungsrecht. In dieses wird im Rahmen der Aufzeichnung und Archivierung durch Upload auf einen Server eingegriffen. Zudem ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (*making available right*, Art 3 Abs 1 InfoSoc-Richtlinie) betroffen, das in Österreich Zurverfügungstellungsrecht genannt wird (§ 18a UrhG-Ö). Hierunter fällt die Bereitstellung der Sendungsbeiträge über das Internet, sei es als *stream-on-demand*¹⁶ sei es als Download. Die Nutzungen der Hörer/Endnutzer sind vorliegend dagegen nicht relevant, sondern nur die Art und Weise der Verfügbarmachung.

Hinzu kommt, dass durch die vorliegend relevanten Nutzungshandlungen – also die Nutzung vorbestehender, fremder Werke in eigenen Sendbeiträgen bzw. deren Zurverfügungstellung – häufig auch in das Werkschutzrecht (§ 21 UrhG-Ö) eingegriffen wird. Das Werkschutzrecht, das in Deutschland Bearbeitungsrecht genannt wird, siehe §§ 3, 23 UrhG-D – soll die Integrität des Werkes schützen. „Kürzungen, Zusätze oder andere Änderungen“ dürfen nach § 21 UrhG-Ö nur mit Zustimmung des Rechteinhabers vorgenommen werden.

¹⁵ Diese Primärnutzung der Beiträge ist in der Regel durch Pauschalverträge mit den Verwertungsgesellschaften abgedeckt.

¹⁶ So zum österreichischen Recht: Amini/Forgó, Rechtsgutachten über die Erforderlichkeit einer freien Werknutzung im österreichischen Urheberrecht zur Privilegierung elektronisch unterstützter Lehre, 28, siehe <https://fedora.phaidra.univie.ac.at/fedora/get/o:104811/bdef:Content/get>.

Werden also beispielsweise kurze Auszüge von Musik in einem Einspieler verwendet, wird damit in dieses Recht eingegriffen.

Zudem muss bedacht werden, dass an den meisten „kreativen Erzeugnissen“, die im Rahmen von Sendebiträgen verwendet werden, auch Leistungsschutzrechte bestehen werden. Das gilt v.a. für die Rechte der Tonträgerhersteller (§ 76 UrhG-Ö bzw. § 85 UrhG-D) und der ausübenden Künstler (§§ 73 ff. UrhG-D, §§ 66 ff. UrhG-Ö). Auch für sie müssen die entsprechenden Einschränkungen gelten, damit eine Schrankenbestimmung, die das vorliegende Problem lösen soll, praktikabel ist.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine neue Schrankenbestimmung benötigt wird, die die folgenden Beschränkungen ausschließlicher Rechte enthält:

- **Nutzungsrechte:** Einschränkungen des Vervielfältigungs-, Werkschutz-/Bearbeitungs- und Zurverfügungstellungsrechts sowie des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung;
- **Schutzrechte:** Einschränkungen der Urheberrechte, Tonträgerherstellerrechte, Rechte der ausübenden Künstler;
- **Schutzgegenstände:** Die Einschränkungen beziehen sich auf alle Werke und Leistungen, die akustisch wahrnehmbar gemacht werden können. Eine Anwendung auf audio-visuelle Werke (Filmwerke, Laufbilder, Bilder etc.) ist dagegen nicht erforderlich.
- **Nutzungsumfang:** Es ist zu erwägen, ob es für die vorliegenden Belange ausreicht, eine Befugnis für die auszugsweise Nutzung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen anzustreben;¹⁷
- **Nutzungsart:** Die Einschränkungen beziehen sich auf die Zurverfügungstellung von in Sendebiträgen enthaltenen geschützten Werken und sonstigen Schutzgegenständen über nicht-kommerzielle (Rundfunk-)Archive;
- **Vergütung:** Nutzungen nach der Schrankenbestimmung sind angemessen zu vergüten;¹⁸

¹⁷ Eine Regelung, die nur die Nutzung von Werkteilen und Auszügen erlaubt, wäre im Zweifel politisch leichter durchzusetzen. Werden beispielsweise ganze Musikstücke in einer Sendung verwendet und dann auf einem Server (womöglich zum Download) dauerhaft zugänglich gemacht, ruft dies die Gefahr, jedenfalls die Befürchtung, hervor, dass das Angebot in Konkurrenz mit kommerziellen Download- oder Streaming-Diensten treten könnte. Dürfen Werke (v.a. Musikstücke) dagegen nur in Teilen verwendet werden, z.B. als Untermalung oder Einspieler einer Sendung, ist dieses Risiko wesentlich geringer. Der Effekt läge darin, dass Musiksendungen, bei denen ganze Stücke gespielt werden, durch die Schranke nicht gedeckt wären. Auch dürften beispielsweise nicht ganze Bücher – z.B. in mehreren Folgen – vorgelesen werden. Es wäre zu erwägen, solche Nutzungen aus dem Anwendungsbereich der jeweiligen gesetzlichen Lösung herauszunehmen. M. E. dürfte die Möglichkeit einer teilweisen Nutzung die weitaus meisten Belange ausreichend befriedigen.

Begründung und Rechtfertigung: Die Rechtfertigung zur Einführung einer solchen Schrankenbestimmung liegt insbesondere im Erhalt des kulturellen Erbes. Rundfunksendungen sind flüchtig, werden sie nicht konserviert und zugänglich gemacht, verschwinden sie nach der Ausstrahlung. Eine individuelle Rechtklärung ist gerade gemeinnützigen Archiven wie dem des VFRÖ nicht möglich. Die bisherigen Versuche, entsprechende Rechte über die österreichischen Verwertungsgesellschaften zu erwerben, haben gezeigt, dass ein zentraler Rechtserwerb derzeit nicht möglich ist. Es bedarf also einer Lösung auf gesetzlicher Ebene, um den Erhalt des kulturellen Erbes in diesem – und anderen – Bereichen zu sichern.

Vereinbarkeit einer neuen Archivschränke mit dem europäischen *acquis communautaire*

Wie bereits ausgeführt, gibt das EU-Recht derzeit vor, welche Schrankenbestimmungen die Mitgliedsstaaten einführen dürfen. Der Entscheidungsspielraum nationaler Gesetzgebung wird durch Art 5 der InfoSoc-Richtlinie auf die dort genannten Regelungen beschränkt. Die Frage, ob eine nationale Lösung im österreichischen UrhG sinnvoll wäre, stellt sich damit erst, wenn eine solche mit EU-Recht in Einklang stünde. Ansonsten müsste ohnehin eine europaweite Rechtsänderung angestrebt werden.

Der Schrankenkatalog in Art 5 enthält zwei Bestimmungen, die auf Archive Anwendung finden, Art 5 Abs 2(c) und Art 5 Abs 3(n).

Nach Abs 2(c) können die Mitgliedstaaten Beschränkungen vom Vervielfältigungsrecht vorsehen:

„in Bezug auf bestimmte Vervielfältigungshandlungen von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen oder Museen oder von Archiven, die keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen“.

Nach Abs 3(n) sind Ausnahmen von den Rechten der öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung sowie dem Verbreitungsrecht zulässig

„für die Nutzung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen, für die keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen gelten und die sich in den Sammlungen der Einrich-

¹⁸ Der Aspekt der Nicht-Kommerzialität sowie die Vergütungspflicht sind für die Zulässigkeit und Machbarkeit einer solchen Schrankenbestimmung von wesentlicher Bedeutung. Eine Anwendbarkeit etwa auch auf kommerzielle Nutzungen wäre politisch kaum durchsetzbar und wäre im Zweifel auch mit dem Drei-Stufen-Test in Art 5 Abs 5 der InfoSoc-Richtlinie nicht vereinbar. Eine vergütungsfreie Nutzung wäre im Zweifel nicht gerechtfertigt und würde u.U. gegen verfassungsrechtliche Grundsätze verstoßen. Bei der Höhe der Vergütung wäre zu bedenken, dass die Primärverwertung (Ausstrahlung der Beiträge) bereits vergütet wurde.

tungen gemäß Absatz 2 Buchstabe c) befinden, durch ihre Wiedergabe oder Zugänglichkeit für einzelne Mitglieder der Öffentlichkeit zu Zwecken der Forschung und privater Studien auf eigens hierfür eingerichteten Terminals in den Räumlichkeiten der genannten Einrichtungen“.

Eine Zugänglichkeit von Archivbeständen über das Internet erlaubt keine der genannten Regelungen. Erstere gilt ohnehin nur für die Erstellung der für eine Archivierung erforderlichen Kopien. Letztere erlaubt zwar deren Zugänglichkeit. Allerdings gilt dies nur sehr eingeschränkt insoweit, als lediglich über Terminals auf die Inhalte zugegriffen werden darf, die sich in den Räumen der jeweiligen Einrichtung befinden.

Im derzeitigen *acquis communautaire* der Europäischen Union findet sich also derzeit keine für die vorliegenden Belange ausreichende Schrankenbestimmung¹⁹. Vereinzelt mögen Nutzungshandlungen wie sie hier in Rede stehen durch das Zitatrecht gedeckt sein²⁰, eine generelle Freistellung ergibt sich hieraus jedoch nicht. Es bedürfte daher einer Neuregelung auf EU-Ebene, entweder durch Anpassung der InfoSoc- oder Verabschiedung einer neuen Richtlinie.

Nutzung von geschütztem Material in gemeinnützigen Rundfunkarchiven als Gegenstand einer Verwertungsgesellschaftspflicht

Begrifflichkeiten: Was bedeutet Verwertungsgesellschaftspflicht?

Wie bereits angedeutet, unterscheidet sich eine Verwertungsgesellschaftspflicht in mancher Hinsicht grundlegend von einer gesetzlichen Lizenz. Sie ist

¹⁹ Zu diesem Ergebnis kommen auch zwei Studien des IVIR (Institut für Informationsrecht der Universität Amsterdam), siehe Axhamn/Guibault, Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?, 2011, 15-19, http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf und die von der EU-Kommission in Auftrag gegebene „Study on the implementation and effect in member states' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society“, 2012, 46ff. und 56, http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf).

²⁰ Wenn in einem Beitrag Musik gespielt oder Literatur gelesen wird, kann hierin ein zulässiges Zitat liegen. Dies würde aber – jedenfalls nach deutschem Recht – voraussetzen, dass zwischen dem Beitrag und dem zitierten Inhalt ein innerer Zusammenhang besteht, etwa weil sich die Sendung mit dem Inhalt auseinandersetzt. Zu Unterhaltungszwecken verwendete Musik beispielsweise oder solche, die als Einspieler oder Untermalung genutzt wird, fällt dagegen nicht unter das Zitatrecht.

keine Einschränkung des Urheberrechts oder von Leistungsschutzrechten, sondern eine Ausübungsbestimmung. Praktisch wirkt sich dieser Unterschied v.a. dahingehend aus, dass Nutzungen nach einer gesetzlichen Lizenz keine vertragliche Vereinbarung – auch nicht mit einer Verwertungsgesellschaft – erfordern. Verwertungsgesellschaftspflichtige Nutzungsrechte müssen dagegen durch Verträge von einer oder mehreren Verwertungsgesellschaften erworben werden. Der Unterschied zur individuell lizenzvertraglichen Rechtklärung liegt zunächst darin, dass die Rechte zentral an einer oder wenigen Stellen erworben werden können, so dass nicht eine Vielzahl von Einzeltransaktionen erforderlich ist, um sämtliche Nutzungsbefugnisse zu erhalten.

Dies beschreibt zunächst nur den Vorteil jeder kollektiven Rechtswahrnehmung. Eine Verwertungsgesellschaftspflicht führt darüber hinaus dazu, dass diese Vereinfachung gesetzlich erzwungen wird. Rechten und Ansprüchen, die nur von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden können, m.a.W. verwertungsgesellschaftspflichtig sind, ist die individuelle Geltendmachung durch den Urheber oder einen anderen Rechteinhaber verwehrt. Dadurch wird ein Effekt erzielt, der faktisch dem Außenseiterprinzip ähnelt, durch die sich das Extended Collective Licensing (ECL) auszeichnet.

Der Mehrwert von ECL gegenüber dem normalen *collective licensing* liegt v.a. darin, dass Verwertungsgesellschaften auch Rechte an Werken von Nichtmitgliedern vergeben können. Lizenzierungslücken – die wiederum weitere individuelle Transaktionen erfordern – werden so vermieden.

Diese sind bei der herkömmlichen kollektiven Rechtswahrnehmung möglich und sogar wahrscheinlich, weil eine Verwertungsgesellschaft stets nur Rechte wahrnehmen kann, die ihr zuvor von einem Rechteinhaber eingeräumt wurden. Überträgt ein Rechteinhaber seine Rechte nicht zur Wahrnehmung der zuständigen Verwertungsgesellschaft, müssen sie direkt bei ihm erworben werden.

Beim ECL wird die Befugnis zur Rechtswahrnehmung der Verwertungsgesellschaft erweitert (daher *extended collective licensing*). Hierbei wird – die Ausgestaltungen solcher Systeme sind unterschiedlich – in der Regel vermutet, dass alle Mitglieder einer bestimmten Gruppe von Rechteinhabern – z.B. alle Romanautoren – ihre Rechte der zuständigen Verwertungsgesellschaft zur Wahrnehmung übertragen haben. Selbst wenn das auf einzelne Mitglieder der Gruppe nicht zutrifft (Außenseiter) ist die Verwertungsgesellschaft befugt, Rechte an deren Werken zu vergeben.

ECL-Systeme sind im Grundsatz nicht neu, sie treten jedoch angesichts der Schwierigkeiten bei der Rechtklärung von Massennutzungen, v.a. über das Internet, immer mehr in Erscheinung. So hat der deutsche Gesetzgeber in einer zum 1.4.2014 in Kraft getretenen Neuregelung für die Nutzung vergrif-

fener Werke ein ECL-System implementiert. In einem neuen § 13d Urheberrechtswahrnehmungsgesetz (UrhWG-D) heißt es:

„Es wird vermutet, dass eine Verwertungsgesellschaft, die Rechte der Vervielfältigung (§ 16 des Urheberrechtsgesetzes) und der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a des Urheberrechtsgesetzes) an vergriffenen Werken wahrnimmt, berechtigt ist, für ihren Tätigkeitsbereich Dritten diese Rechte auch an Werken derjenigen Rechtsinhaber einzuräumen, die die Verwertungsgesellschaft nicht mit der Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragt haben, wenn ...“.

Der praktische Effekt ist, dass ein interessierter Nutzer – sofern er die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt – die Rechte für alle Werke, die er nutzen will, von der Verwertungsgesellschaft erwerben kann. Ob sie tatsächlich wahrnehmungsberechtigt ist – ob also der Rechteinhaber bei der Verwertungsgesellschaft Mitglied ist – spielt zunächst keine Rolle mehr²¹.

Das Konzept einer Verwertungsgesellschaftspflicht basiert zwar auf anderen Grundgedanken, der faktische Effekt ist jedoch sehr ähnlich. Erklärt sei dies am Beispiel: Hätte der deutsche Gesetzgeber sich entschieden, für die Nutzung vergriffener Werke eine Verwertungsgesellschaftspflicht einzuführen, hieße dies, dass die Rechte hieran nicht mehr vom Rechteinhaber selbst wahrgenommen werden könnten. Will er sie geltend machen, bleibt dem Rechteinhaber nichts anderes übrig, als seine Rechte in die zuständige Verwertungsgesellschaft einzubringen. Tut er dies nicht und entscheidet sich für den Außenseiter-Status, ist ihm eine individuelle Geltendmachung ebenso verwehrt, wie rechtliche Maßnahmen gegen einen Nutzer, der sein vergriffenes Werk ohne Zustimmung verwendet. Ebenso wie die Rechtevergabe nur durch eine Verwertungsgesellschaft erfolgen kann, sind ihr bei einer Verwertungsgesellschaftspflicht die Geltendmachung des Verbotsrechts und die Rechtsdurchsetzung, z.B. über Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche vorbehalten. Eine individuelle Geltendmachung durch den Rechteinhaber ist nicht mehr möglich²². Für den Nutzer heißt das, dass er seine Rechte von einer Verwertungsgesellschaft bekommt. Selbst wenn dies – wie v.a. bei den Rechten von Außenseitern – rechtlich betrachtet gar nicht möglich wäre, hat er keine Ansprüche von Seiten des Rechteinhabers zu befürchten.

²¹ Allerdings hat der Umstand, dass ECL in der Regel nur auf einer rechtlichen Vermutung basiert, notwendige Folgen. Häufig ist beispielsweise vorgesehen, dass Rechteinhaber, die tatsächlich nicht von der Verwertungsgesellschaft vertreten werden, der Nutzung widersprechen können, o. ä.

²² Eine Verwertungsgesellschaftspflicht geht daher weiter als ECL. Widerspruchsrechte z.B. sind hier konzeptionell nicht geboten.

Verwertungsgesellschaftspflicht und Ergänzung durch ECL-Mechanismen

Wird eine Verwertungsgesellschaftspflicht nicht durch weitere Mechanismen ergänzt, kann die Situation entstehen, dass Nutzungen gänzlich ohne Erwerb von Nutzungsrechten und ohne Vergütung erfolgen, ohne dass dies gehandelt werden könnte. Hat der Rechteinhaber seine Rechte nicht in eine Verwertungsgesellschaft eingebracht, kann diese nicht für ihn tätig werden. Er selbst kann seine Rechte jedoch auch nicht wahrnehmen. Um solche Effekte zu vermeiden, werden Verwertungsgesellschaftspflichten häufig mit Außen-seiter-Regelungen – wie beim ECL – kombiniert.

Für diese Lösung hat sich der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der EU-Satelliten- und Kabelrichtlinie entschieden.²³ Das Kabelweitersende-recht kann nur von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden (§ 20b Abs 1 Satz 1 UrhG²⁴). Nach § 13c UrhWG ist die zuständige Verwertungsgesellschaft auch befugt, die Rechte von Außenseitern geltend zu machen. Die Verwertungsgesellschaft kann also Rechte geltend machen, die ihr nicht vom Rechteinhaber übertragen wurden.

Vorteile einer Verwertungsgesellschaftspflicht

Die inhaltlichen Vor- und Nachteile von Verwertungsgesellschaftspflichten gegenüber Schrankenbestimmungen aus Nutzersicht wurden oben bereits eingehend ausgeführt.

Im Verhältnis zu einer nicht verpflichtenden kollektiven Rechtswahrnehmung hat die Verwertungsgesellschaftspflicht den Vorteil, dass garantiert alle benötigten Rechte für eine bestimmte Nutzungsart von einer oder mehreren zuständigen Verwertungsgesellschaften erworben werden. Rechte, die dort nicht erworben werden können, können auch nicht ausgeübt werden.

Verwertungsgesellschaften sind – anders als die Rechteinhaber selbst – an bestimmte Regeln gebunden, die sich von Land zu Land unterscheiden. Generelle Prinzipien sind die Tarifbindung und der Abschluss- und Wahrnehmungszwang. Das bedeutet, dass eine Verwertungsgesellschaft jedem interessierten Lizenznehmer zu gleichen Bedingungen Rechte einräumen muss und keinen

²³ Siehe die RL 93/83/EWG aus dem Jahr 1993, http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=de&numdoc=31993L0083&model=guichett

²⁴ Neben Verwertungsgesellschaften kann dieses Recht auch von Sendeunternehmen wahrgenommen werden. Dieser Aspekt soll hier aber – der Vereinfachung halber – ausgeblendet werden.

Rechteinhaber abweisen darf, der sie mit der Wahrnehmung seiner Rechte betrauen will.

Vereinbarkeit einer Verwertungsgesellschaftspflicht mit dem europäischen *acquis communautaire*

Verwertungsgesellschaftspflichten sind – anders als Schrankenbestimmungen – nicht vom EU-Recht abhängig. Nationale Lösungen sind hier weiterhin möglich. Dies führt darauf zurück, dass Verwertungsgesellschaftspflichten keine Ausnahmen oder Einschränkungen des Urheberrechts darstellen. Sie betreffen nicht die Frage, *ob* ein Recht ausgeübt werden kann, sondern nur die Frage, *von wem* es ausgeübt werden kann. Sie unterfallen dem Wahrnehmungsrecht, das derzeit nicht Gegenstand des *acquis communautaire* ist.

Politische Umsetzbarkeit von Schrankenbestimmungen und Verwertungsgesellschaftspflichten

Wie oben dargestellt, sind rein nationale Lösungen nur eingeschränkt zielführend. Im Zweifel wäre für die Lösung des vorliegenden Problems eine EU-weite Regelung anzustreben, sei es in Form einer Schrankenbestimmung, sei es in Form einer Verwertungsgesellschaftspflicht. Ob die eine oder die andere Variante leichter auf europäischer Ebene durchgesetzt werden kann, ist mehr oder weniger Spekulation.

Fakt ist zumindest, dass Forderungen nach neuen Regelungen, die den Erhalt des kulturellen Erbes in der digitalen Welt erleichtern oder erst ermöglichen, schon seit Jahren im Raum stehen.²⁵ Auch die EU hat längst erkannt, dass der Erhalt und die Zugänglichmachung des kulturellen Erbes in digitaler Form eine der großen Herausforderungen unserer Zeit darstellt.²⁶ Es ist eine generell anerkannte Erkenntnis, dass zur Umsetzung derartiger Vorhaben u. a. urheberrechtliche Maßnahmen getroffen werden müssen. Diese müssen – analog zum vorliegend zu lösenden Problem – dazu führen, dass die Transaktionskosten, die durch die Lizenzierung entstehen, gesenkt werden.²⁷

²⁵ Siehe z.B. die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 5. Mai 2010 zu „Europeana – die nächsten Schritte“, Abl. ABL C E/2011/81/, S. 16; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:081E:0016:0025:DE:PDF>

²⁶ Symbolisiert wird dies u. a. an den großen Bemühungen, mit der Europeana eine europäische digitale Bibliothek aufzubauen. Siehe hierzu etwa die Aussagen in der Resolution des Europäischen Parlaments: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT%20TA%20P6-TA-2007-0416%200%20DOC%20XML%20V0//de>.

²⁷ So z.B. Axhamn/Guibault, 2011, Fn. 14, 5f.

Bislang wurden solche Maßnahmen auf europäischer Ebene noch nicht getroffen. Es scheint, dass die kulturpolitischen Ziele nicht hinreichend mit den rechtspolitischen Zielen abgestimmt werden bzw. bei Kollisionen widerstreitender Interessen dem Urheberrecht bislang der Vorzug gewährt wurde.

Das heißt jedoch nicht, dass Schrankenbestimmungen in der Regel schwieriger (oder einfacher) durchsetzbar wären, als andere Lösungsansätze. Die politischen Akteure befinden sich vielmehr anscheinend in einer Orientierungsphase, in der verschiedene Ansätze und Optionen geprüft, abgewogen und verglichen werden. Welcher Ansatz sich letztlich durchsetzt, ist derzeit nur schwer abzusehen.

Insofern kann man lediglich Plausibilitätsüberlegungen darüber anstellen, welcher Ansatz potenziell mehr Erfolgsaussichten hat. Diesbezüglich ist eine Reihe von Einflussfaktoren bedenkenswert.

Allgemein betrachtet, haben Schrankenbestimmungen den systematisch-konzeptionellen Vorzug, dass sie seit jeher das bevorzugte Regelungsinstrument darstellen, um den Interessenausgleich im Urheberrecht herzustellen. Wurde in der Vergangenheit festgestellt, dass eine neue Nutzungsfreiheit geschaffen werden muss, um einem bestimmter Akteur zu ermöglichen, Nutzungen vorzunehmen, die im öffentlichen Interesse liegen, wurde eine neue Schrankenbestimmung geschaffen oder eine alte erweitert.

Einen Interessenausgleich über Verwertungsgesellschaftspflichten, Zwangslizenzen und ECL-Systemen zu begegnen, bedeutet, relativ neue Pfade zu beschreiten. Das Konzept der Verwertungsgesellschaftspflicht für bestimmte Verwertungsrechte beispielsweise ist noch jung. Bis zur Umsetzung der Kabel- und Satellitenrichtlinie gab es Verwertungsgesellschaftspflichten jedenfalls in Deutschland nicht für Verwertungsrechte, sondern nur für die Wahrnehmung gesetzlicher Vergütungsansprüche.²⁸ Bis heute ist die Verwertungsgesellschaftspflicht für das Kabelweiterleitungsrecht ein Exot im deutschen Urheberrecht. Entsprechend gibt es relativ wenig Erfahrungen mit der praktischen Handhabung von verwertungsgesellschaftspflichtigen Nutzungsrechten.

Erschwerend hinzu kommt vorliegend, dass sich die Verwertungsgesellschaftspflicht nicht auf ein klar abgrenzbares eigenständiges Nutzungsrecht, sondern nur auf eine sehr spezifische Nutzungsart beziehen würde. Verwertungsgesellschaftspflichtig würde schließlich nicht das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung/Zurverfügungstellung von Musik an sich, sondern die öffentliche Zugänglichmachung von (Teilen von) akustisch wahrnehmbaren Werken und sonstigen Schutzgegenständen für die Nutzung in eigenstän-

²⁸ Dies gilt für die meisten Vergütungsansprüche nach Schrankenbestimmungen, z.B. für die Privatkopie-Vergütung oder Zahlungen für die Nutzung von Werken in Unterricht und Forschung.

digen Beiträgen, die über gemeinnützige Radiosender ausgestrahlt und in gemeinnützigen Radioarchiven zugänglich gemacht werden. Soll der Regelungsansatz auch europaweit funktionieren, müssten im Zweifel weitere, eher neue, Elemente hinzugefügt werden, wie ECL und ein Sendelandprinzip. Ob all dies leichter zu vermitteln ist, als eine neue Schrankenbestimmung zu schaffen, die für eine ganz spezifische Kollision öffentlicher und individueller Interessen eine Lösung schafft, ist zumindest fraglich.

Online-Archive nichtkommerzieller Radios und Klärung massenhafter Nutzungsrechte

Möglichkeiten einer österreichischen (Zwischen-)Lösung

*Alexander Baratsits**

Einleitung

Der nachfolgende Aufsatz beschäftigt sich mit urheberrechtlichen Fragestellungen und damit verbundenen Haftungsthemen im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Online-Rundfunkarchivs (kurz: ORA) Freier Radios, wie etwa dem Cultural Broadcasting Archive (kurz: CBA) des Verbandes Freier Radios Österreichs (kurz: VFRÖ) und damit verbundenen Haftungsfragen.¹

Das Modell geht davon aus, dass das ORA als Online-Datenbank betrieben wird, die eingestellten (multimedialen) Werke sind zum Teil bereits ausgestrahlte Rundfunksendungen, zum Teil damit in Zusammenhang stehende Materialien oder auch zu bestimmten Themen-Clustern eingestellte Werke. Die Audio-Dateien stehen als Download oder als Stream zeit- und ortsunabhängig zur Verfügung.

Zunächst wird behandelt, wen die Haftung für urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen von Werken im Rahmen eines Online-Rundfunkarchives trifft. Anschließend wird der Frage nachgegangen, welche Rechte bei welchem Rechteinhaber eingeholt werden können/müssen und damit verbundene Problemstellungen. Schließlich werden drei Lösungsvarianten für die Problematik der Rechteeinholung bei Massen-Digitalisierung und -Zurverfügungstellung dargestellt, nämlich:

* **Alexander Baratsits** (Dr. jur., M.A.S.) ist Rechtsanwalt in Wien, Legal Lead bei creative commons Austria; 1997-2002 Geschäftsführer des Freien Radios Oberösterreich (Linz); Text © 2014 Verband Freier Radios Österreichs.

¹ Das Augenmerk richtet sich hier auf Hörfunksendungen, die Ausführungen gelten jedoch im Hinblick auf die Nutzung von Musik- und/oder Literaturwerken auch für audio-visuelle Rundfunksendungen, wobei für die Nutzung audio-visueller Werke bzw. Werkteile in Rundfunksendungen weitere Aspekte hinzukommen, die einer gesonderten Erörterung bedürfen.

1. Freie Werknutzung/gesetzliche Lizenz,
2. Verwertungsgesellschaftenpflicht und
3. Extended Collective Licence (ECL).

Es wird deren Funktionsweise in der österreichischen Rechtsordnung erklärt und in Folge Vor- und Nachteile einer ECL-Lösung diskutiert, einschließlich der Frage, wie der ECL-Ansatz im Kontext der europäischen Richtlinien steht.

Urheberrechtliches Haftungsregime beim Betrieb eines Online-Archivs

Die Frage der urheberrechtlichen Haftung stellt sich bei Freien Radios in Österreich insbesondere aufgrund der Besonderheit, dass sie der Allgemeinheit einen offenen Zugang zur Gestaltung von Sendungen im Rahmen des Programms der Freien Radios bieten (kurz: Offener Zugang).² Aufgrund vertraglicher Vereinbarungen oder von Redaktionsstatuten bei den Freien Radios werden die im Offenen Zugang ausgestrahlten Sendungen inhaltlich von deren Gestaltern und Gestalterinnen verantwortet, die Betreiber der Freien Radios haben inhaltlich keinen Einfluss auf einzelne Sendungen. Gegen die Grundsätze der Freien Radios verstoßende Sendungen können nur im Nachhinein sanktioniert werden.³

Für die Nutzung von Musikwerken in einzelnen Rundfunksendungen bestehen für das Senderecht Pauschal-Lizenzverträge, die zwischen den Betreibern der Freien Radios und den zuständigen Verwertungsgesellschaften (AKM, AustroMechana und LSG) abgeschlossen wurden.

In der Regel ist zwischen dem Betreiber des Freien Radios und SendungsgestalterInnen im Offenen Zugang darüber hinaus vertraglich geregelt, dass die SendungsgestalterInnen für die Nutzung von Werken im Rahmen ihrer Rundfunksendungen dafür zu sorgen haben, die urheberrechtlichen Werknutzungsbewilligungen einzuholen; die Haftung nach außen trifft jedoch den Betreiber des Freien Radios (Rundfunkunternehmer).

² § 29 Abs 3 KommAustria Gesetz, kurz: KOG. In den Richtlinien des Fonds zur Förderung des Nichtkommerziellen Rundfunks wird Offener Zugang folgendermaßen definiert: *„Die Rundfunkveranstalter gewähren allen Personen und Gruppen innerhalb des gesetzlichen Rahmens die Möglichkeit zur freien Meinungsäußerung und Informationsvermittlung. Das Programm des Rundfunkveranstalters wird überwiegend im offenen Zugang produziert.“* https://www.rtr.at/de/foel/RichtlinienNKRF_Fonds/NKRF_Richtlinien_gueltig_ab_01_07_2013.pdf.

³ Charta des VFRÖ <http://www.freie-radios.at/article.php?id=194>, zuletzt abgerufen am 11.11.2013.

Arten der Diensteanbieter

Für die urheberrechtliche Haftung des Betreibers einer Website für die Zurverfügungstellung von Werken ist allgemein zu unterscheiden, um welche Art von Diensteanbieter i.S.d. § 3 Z 2 E-Commerce Gesetz (ECG) es sich handelt. Das ECG unterscheidet zwischen Access-, Host- und Content-Providern. Der Access-Provider leitet Informationen lediglich durch, gemäß § 13 ECG ist der Access-Provider von jeglicher straf- und zivilrechtlichen Haftung befreit, wenn er die Übermittlung nicht veranlasst, den Empfänger der übermittelten Information nicht auswählt und die übermittelten Informationen weder auswählt noch verändert.⁴ Der Access-Provider beschränkt sich auf die Durchleitung von Informationen und damit auf ein passives automatisches Verfahren – eine Haftung als „Störer“, der als Dritter an einer Urheberrechtsverletzung beteiligt ist, für seinem Kunden vorgeworfene rechtsverletzende Vervielfältigungen wird dadurch nicht begründet.⁵

Access-Provider sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Vermittler im Sinne von Art 8 Abs 3 Info-Richtlinie.⁶ Der verschuldensunabhängige urheberrechtliche Unterlassungsanspruch bei Verletzung eines durch das Urheberrechtsgesetz (UrhG) gegründeten Ausschließungsrechtes gemäß § 81 UrhG kann – Wiederholungs- bzw. Begehungsgefahr vorausgesetzt – auch gegen einen Vermittler durchgesetzt werden, der Vermittler kann jedoch gemäß § 81 Abs 1a UrhG erst nach Abmahnung geklagt werden.

Der Host-Provider ist ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen speichert. Die Verantwortlichkeit für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherte Information ist gemäß § 16 Abs 1 E-Commerce-Gesetz (ECG) ausgeschlossen, sofern der Diensteanbieter von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat (Tatbestand tatsächliche Kenntnis) und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird (Tatbestand Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit) (Ziffer 1). Sobald der Host-Provider Kenntnis oder dieses Bewusstsein erhalten hat, muss er unverzüglich tätig werden, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, um weiterhin in den Genuss des Verantwortlichkeitsausschlusses zu kommen (Z 2).

Eine Pflicht zur vorherigen Prüfung der von einem fremden Nutzer eingegebenen Informationen trifft den Anbieter nach der Erläuternden Regie-

⁴ Burgstaller/Minichmayr, E-Commerce-Recht, 2. Auflage 2011, 154f.

⁵ Burgstaller/Minichmayr, E-Commerce-Recht, 2. Auflage 2011, § 13 E 10 m.w.N.

⁶ C-275/06, *Pro musicae*, ausdrücklich C-557/07, LSG; zuletzt C-70/10, *Scarlet*; OGH zu 4 Ob 6/12d, *kino.to/UPC*.

rungsvorlage (ErlRV) und der bisherigen oberstgerichtlichen Rechtsprechung (grundsätzlich) nicht.⁷ Die Überwachungsverpflichtung etwa eines Foren-Betreibers (der ebenso ein Host-Provider im Sinne des § 16 ECG ist), ist aber dann aktiviert, wenn es bereits zu Rechtsverletzungen gekommen ist und so die Gefahr weiterer derartiger Verletzungen konkretisiert wird.⁸

In der BRD liegen mehrere Entscheidungen zu *Rapidshare* vor, einem Dienst, der auf kommerzieller Basis Speicherplatz für Downloads anbietet, wobei zum Zeitpunkt der Entscheidungen eine anonyme Nutzung möglich war. Laut OLG Düsseldorf⁹ genügt es für eine Haftung von *Rapidshare* für Urheberrechtsverletzungen nicht, dass der Anbieter mögliche Urheberrechtsverletzungen der Nutzer seiner Dienste mit der Eröffnung seines Angebots allgemein in Kauf nimmt. Aber der Diensteanbieter hat für seine Haftungsbe-freiung das ihm Zumutbare zur Vermeidung ähnlich gelagerter Rechtsverlet-zungen vorzunehmen, sobald er von solchen Rechtsverletzungen Kenntnis er-langt. Solange ein Geschäftsmodell selbst nicht auf der Nutzung von rechts-widrig eingestellten Inhalten beruht, ist einem Provider nicht zuzumuten, auf Grund der genannten Prüfpflichten sein gesamtes Geschäftsmodell in Frage zu stellen.¹⁰

Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH)¹¹ hat schließlich dazu festgehal-ten, dass Überwachungspflichten allgemeiner Art für Host-Provider nach der deutschen Umsetzung¹² der E-Commerce-Richtlinie ausgeschlossen sind. Nicht ausgeschlossen sind dagegen Überwachungspflichten in spezifischen Fällen. Diensteanbieter – so der BGH unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH –, die von Nutzern bereitgestellte Informationen speichern, müssen die nach vernünftigen Ermessen von ihnen zu erwartende und in innerstaatlichen Rechtsvorschriften niedergelegte Sorgfaltspflicht anwenden, um bestimmte

⁷ Vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErlRV) zu § 16 ECG (ErlRV 817 B1gNR XXI. GP), 2.1; OGH zu 6 Ob 178/04a; idS der OGH auch zu 4 Ob 166/00s – fpo.at I (RS0114373), eine Prüfpflicht der Domain-Vergabestelle verneinend. Dies ent-spricht § 18 Abs 1 ECG, wonach die in den §§ 13-17 ECG genannten Dienstean-bieter, d.h. auch Host-Provider (§ 16), nicht verpflichtet sind, die von ihnen ge-speicherten, übermittelten oder zugänglich gemachten Informationen allgemein zu überwachen oder von sich aus nach Umständen zu forschen, die auf rechtswidrige Tätigkeiten hinweisen. In 4 Ob 66/04s – *Megasex* – hält der OGH fest, dass die in *fpo.at I&II* entwickelten Grundsätze für Domain-Vergabestellen auch für Host-Provider gelten.

⁸ OGH zu 6 Ob 178/04a – *Online Gästebuch*.

⁹ OLG Düsseldorf, I-20 U 166/09 – *Verantwortlichkeit von Rapidshare*.

¹⁰ OLG Düsseldorf zu I-20 U 59/10 – *Alone in the Dark*.

¹¹ BGH zu I ZR 18/11.

¹² Art 15 Abs.1 der Richtlinie; § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG.

Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern.¹³ Im zu entscheidenden Fall hat der BGH die von *Rapidshare* unternommenen Maßnahmen zur Unterbindung zukünftiger Rechtsverletzungen als nicht ausreichend erachtet. *Rapidshare* war auf die Rechtsverletzung aufmerksam gemacht worden, woraufhin *Rapidshare* im gemeldeten Fall die Dateien (ein Computerspiel) gelöscht hatte. Das Spiel war aber auch in anderen Versionen auf *Rapidshare* weiterhin verfügbar, weil der von *Rapidshare* verwendete Wortfilter nur neu upgeladete Dateien durchsuchte, nicht aber bestehende. Der BGH hielt fest, dass zur Vermeidung einer Störerhaftung ein File-Hosting-Dienst auch verpflichtet sein kann, im üblichen Suchweg eine kleine Anzahl einschlägiger Linksammlungen manuell darauf zu überprüfen, ob sie Verweise auf bestimmte bei ihm gespeicherte urheberrechtsverletzende Dateien enthalten.

In der jüngst ergangenen Entscheidung hat der BGH¹⁴ die Prüfpflicht weiter verschärft und ging davon aus, dass angesichts des vom Geschäftsmodell von *Rapidshare* ausgehenden Gefährdungspotentials für urheberrechtlich geschützte Interessen *Rapidshare* diesem wirksam entgegenzutreten habe. Deshalb sei *Rapidshare* nicht nur verpflichtet, Angebote mit Urheberrechtsverletzungen nach Hinweis darauf zu löschen, sondern **fortlaufend einschlägige Linksammlungen auf weitere Verstöße zu überprüfen** (durch Anfragen via Google, Twitter, Facebook etc).¹⁵ Das Gefährdungspotential, das durch die aktive Förderung von Urheberrechtsverletzungen von *Rapidshare* eröffnet worden sei, resultiere dabei insbesondere daraus, dass *Rapidshare* letztlich ein vollständig anonymes Handeln ermögliche¹⁶.

In einer Vorabentscheidung hält der EuGH fest, dass die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums im Sinne der Richtlinie¹⁷ von den Mitgliedstaaten verlangt, sicherzustellen, dass die für den Schutz der Rechte des geistigen Eigentums zuständigen nationalen Gerichte dem Betreiber eines On-

¹³ BGH zu I ZR 18/11 unter Verweis auf Erwägungsgrund 48 der Richtlinie 2000/31/EG – E-Commerce Richtlinie; vgl. BGH, GRUR 2011, 617 Rn. 40 – *Sedo*. Der BGH führt dazu aus, dass diese vom BGH-Senat aufgestellten Grundsätze im Einklang mit den Maßstäben stünden, die der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil vom 12. Juli 2011 (C-324/09, GRUR 2011, 1025 Rn. 109 ff., 139, 144 = WRP 2011, 1129 – *L'Oréal/eBay*) festgesetzt habe (vgl. BGH zu I ZR 57/09, BGHZ 191, 19 Rn. 22 ff. – *Stiftparfüm*). Siehe auch EuGH, C-70/10 – *Scarlet/SABAM* sowie EuGH, 16.02.2012 – C-360/10 – *Netlog/SABAM*.

¹⁴ BGH vom 15.08.2013 zu I ZR 80/12.

¹⁵ BGH vom 15.08.2013 zu I ZR 80/12, Rz 60.

¹⁶ BGH vom 15.08.2013 zu I ZR 80/12, Rz 14, 40, 54.

¹⁷ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (insbesondere Art 11 Abs 3).

line-Marktplatzes aufgeben können, Maßnahmen zu ergreifen, die nicht nur zur Beendigung der von Benutzern dieses Marktplatzes hervorgerufenen Verletzungen beitragen, sondern auch zur Vorbeugung gegen erneute derartige Verletzungen. Diese Maßnahmen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und dürfen keine Schranken für den rechtmäßigen Handel errichten.¹⁸

Da es sich bei der Entscheidung des EuGH wie erwähnt um eine Auslegung des § 15 Abs 1 E-Commerce-Richtlinie handelt, die von den Mitgliedstaaten umzusetzen ist, ist die Rechtsprechung des EuGH, auf die sich der BGH in den *Rapidshare*-Entscheidungen stützte, auch in Österreich maßgebend.

Das erste Tatbestandselement der Ziffer 1, die tatsächliche Kenntnis (s.o.), ist dann gegeben, wenn der Provider Gewissheit über die rechtswidrigen Tätigkeiten oder Informationen hat.¹⁹ Das bloße „Wissenmüssen“ schadet in Bezug auf straf- und verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit nicht, kann aber eine zivilrechtliche Haftung begründen.²⁰ Eine Haftung für die Verletzung von urheberrechtlichen Ansprüchen ist in diesem Sinne daher nach einem engeren Maßstab zu beurteilen, weil dafür die bloße Kenntnis von Tatsachen/Umständen ausreicht.²¹

Zum zweiten Tatbestandselement der Ziffer 1 (s.o.), der Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit, wird in der ErlRV unter Verweis auf die Entscheidung *fpo.at I* des OGH ausgeführt: „*Verlangt ein Dritter ein Einschreiten des Providers und die Entfernung der Information bzw. die Sperre des Zugangs, so wird der Provider zur Tätigkeit verpflichtet sein*, wenn die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschung offenkundig ist und die Rechtswidrigkeit für den Anbieter wie für jedermann leicht erkennbar ist (vgl. § 9 Abs 2 StGB).“²²

Die ErlRV verweist auf § 9 Absatz 2 Strafgesetzbuch (StGB), wonach eine Tat (Rechtsirrtum) dann vorwerfbar ist, wenn das Unrecht „leicht erkennbar war“ oder „sich jemand mit den einschlägigen Vorschriften (vorwerfbar) nicht bekannt gemacht hat“. Der OGH setzt gegenüber der Domain-Vergabestelle keine erhöhten Ansprüche an die juristische Kenntnis der Vergabestelle, die Kenntnisse eines juristischen Laien sind ausreichend. Als Maßstab gilt der „maßgerechte Mensch“ bzw. „wenn der Bürger den Ansprüchen normaler Rechtstreue genügt“.²³

¹⁸ EuGH zu C-324/09, 7. Rechtssatz.

¹⁹ D.h. Wissenlichkeit i.S.d. § 5 Abs 3 StGB; vgl. ErlRV zu § 16 ECG, 3.

²⁰ ErlRV zu § 16 ECG, 3.

²¹ Burgstaller/Minichmayr, E-Commerce-Recht, 2. Auflage 2011, S 173.

²² ErlRV zu § 16 ECG, 3.

²³ Burgstaller/Minichmayr, E-Commerce-Recht, 2. Auflage 2011, 173.

Ein Content-Provider stellt über das Internet eigene Inhalte bereit, dessen Haftung bleibt vom Verantwortlichkeitsausschluss der §§ 13ff ECG unberührt und er haftet nach den allgemeinen Grundsätzen der jeweils anwendbaren Materiengesetze wie z.B. nach dem Urheberrechtsgesetz.²⁴

Anwendung des Haftungsregimes auf ORA anhand des Beispiels des CBA

Das Cultural Broadcasting Archive (CBA) ist eine Online-Datenbank, die unter der URL <http://cba.fro.at/> öffentlich zugänglich ist. Das CBA ist ein „Audio on demand“-Service, Sendungen aus dem Archiv können zeit- und ortsunabhängig heruntergeladen und rezipiert werden. Die Inhalte werden extern (d.h. nicht durch den oder im Auftrag des Datenbankbetreibers) erstellt und eigenverantwortlich (d.h. nicht im Auftrag oder durch den Datenbankbetreiber) auf den Datenbankservers überspielt (Upload). Auch die Beschlagwortung der einzelnen Beiträge erfolgt extern, das CBA ist eine Plattform, die ein öffentlich zugängliches Archivservice zur Verfügung stellt; der Betreiber selbst erstellt keine Inhalte.

Der Upload (Speicherung, d.h. Kopie der Inhalte und Freischaltung) ist nur nach Registrierung möglich, die Uploader (Nutzer im Sinne des ECG) sind Freie Radiostationen, einzelne Redaktionen oder Beitragsgestaltende. Der Download ist uneingeschränkt für alle Beiträge (Werke) möglich, eine Registrierung ist dafür nicht erforderlich. Betrieben wird die Datenbank vom Verband Freier Radios Österreich (VFRÖ). Das Service ist sowohl für den Upload als auch für den Download unentgeltlich. Das Webinterface der Datenbank ist ohne kommerzielle Werbung. Der Betrieb der Datenbank wird aus Eigenmitteln des VFRÖ bestritten.

Durch den Betrieb des CBA wird kein Zugang zum Internet gewährleistet, eine Einordnung des VFRÖ als Access-Provider scheidet aus. Der Betreiber des CBA hat, wie oben dargestellt, keinen Einfluss auf die upgeloadeten Inhalte, ebenso wenig wie Mitarbeiter des Betreibers.²⁵ Es ist daher davon auszugehen, dass die Haftungsfreistellung für Host-Provider auf den Betreiber des CBA anwendbar ist, die auch die urheberrechtliche Haftung mitumfasst. Bestünde eine inhaltliche Einflussnahme, so würde es sich um ein redaktionelles Angebot handeln (Content-Provider), für welches der Betreiber keine Haftungsfreistellungen im Sinne der §§ 13-18 ECG genießen würde.

²⁴ OGH zu 6Ob190/03i, 6 Ob 218/03g.

²⁵ Dies entspricht im Übrigen dem „Public Access“-Gedanken der Freien Radios.

Der Betreiber des CBA ist dazu verpflichtet, auf Hinweis rechtswidrige Inhalte aus der Datenbank zu entfernen (Notice-and-take-down-Grundsatz). Da eine „besondere Gefahreneigtheit“ wohl nicht vorliegt, insbesondere mangels bisheriger Hinweise von Rechteinhabern auf rechtswidrige Inhalte, und da das Angebot von Nutzerseite her (Upload) nicht (wie im Fall von *Rapidshare*) anonym genutzt werden kann, ist eine besondere Prüfpflicht wohl zu verneinen. Die Haftung für rechtswidrige Inhalte trifft auch hinsichtlich der Nutzungsrechte Dritter den Nutzer (Uploader) der Inhalte.

Das CBA ist ein nutzergeneriertes Online-Archiv, in das beispielsweise wöchentlich ausgestrahlte Sendereihen von gemeinnützigen Organisationen wie der Initiative Minderheiten, Amnesty International oder lokaler Initiativen eingestellt werden. Die oben dargestellte Haftung durch die Nutzer führt im Ergebnis zu der Situation, dass die Nutzer, die in der Regel schon unentgeltlich die Programme erstellen, zusätzlich die Nutzungsrechte bei einer Vielzahl von Rechteinhabern (siehe nachfolgend unter 2.) einholen müssten, um ihre Programme in gegenüber der ursprünglich ausgestrahlten Rundfunksendung unveränderter Form in das Online-Archiv einstellen zu können.

Modelle von Verwertungsgesellschaften in Österreich, Rahmenbedingungen zum Lizenzerwerb

Einleitend wird die relevante Begrifflichkeit erklärt sowie erörtert, welche Rechte bei wem einzuholen und welche Probleme damit verbunden sind.

Die drahtgebundene oder drahtlose Wiedergabe von Werken, die Mitgliedern der Öffentlichkeit orts- und zeitunabhängig möglich ist, d.h. die interaktive Online-Zugänglichmachung von Werken via Internet, ist eine eigene Nutzungshandlung, die nach dem österreichischen Urheberrechtsgesetz „Zurverfügungstellungsrecht“ (§ 18a UrhG) genannt wird. Bei der Zurverfügungstellung von Hörfunksendungen werden die Urheber-, Verwertungs- und Leistungsschutzrechte an der Rundfunksendung selbst sowie an den darin enthaltenen Musik- und Sprachwerken berührt.

Gemäß § 76a UrhG hat der Rundfunkunternehmer (§ 17 UrhG) mit den vom Gesetz bestimmten Beschränkungen das ausschließliche Recht, die Rundfunksendung zur öffentlichen Zurverfügungstellung zu nutzen. Für die Zurverfügungstellung müssen daher zunächst die Rechte beim Rundfunkunternehmer eingeholt werden.²⁶ Die Freien Radios räumen in der Regel den Pro-

²⁶ Es besteht in Österreich zwar eine Verwertungsgesellschaft Rundfunk GmbH, im veröffentlichten Wahrnehmungsvertrag ist jedoch das Zurverfügungstellungsrecht nicht enthalten. Vgl. <http://www.vg-rundfunk.at/wahrnehmungserklaerung/index.html>, zuletzt abgerufen am 26.10.13.

grammmachern, die Sendungen für die Ausstrahlung produzieren, das Recht zur Online-Zurverfügungstellung dieser Rundfunksendungen ein.

Diese Rundfunksendungen enthalten in der Regel Musikanteile, für die lediglich die Nutzung für die Rundfunkausstrahlung sowie das „Simulcasting“ geklärt sind, nicht jedoch für „Audio on demand“ (zu den Begrifflichkeiten s.u.).

Bei der Online-Nutzung von Musik werden von den Verwertungsgesellschaften insbesondere folgende „Erscheinungsformen“ unterschieden²⁷:

Audio-on-Demand (Download): Musikalische Werke können vom Endverbraucher von einem Ort und zur Zeit seiner Wahl („on Demand“) auf ein entsprechendes Endgerät heruntergeladen und dort dauerhaft gespeichert werden.

Audio-on-Demand (Streaming): Musikalische Werke können vom Endverbraucher von einem Ort und zur Zeit seiner Wahl („on Demand“) im Streaming-Verfahren angehört aber nicht dauerhaft auf einem dafür geeigneten Endgerät gespeichert werden.

Webradio (Web-TV): Vom Anbieter eigens für die Übertragung im Internet fix gestaltetes, nicht-interaktives (audiovisuelles) Programm (so genanntes Webcasting). Der Endverbraucher kann den Programmablauf nicht beeinflussen. Dies ist zu unterscheiden vom so genannten „Simulcasting“, bei dem ein terrestrisch oder per Satellit zu empfangendes Programm zeitgleich und unverändert über Internet übertragen wird.

Bei der Zurverfügungstellung von zuvor im Hörfunk ausgestrahlten Rundfunksendungen sind in Bezug auf die darin enthaltene Musik folgende Rechte betroffen:

1. Das Leistungsschutzrecht des Musikproduzenten/Interpreten bzw. (bei der Verwendung veröffentlichter Tonträger) des Tonträgerherstellers (Label) an den Musikaufnahmen und
2. die Rechte an den diesen Musikaufnahmen zugrundeliegenden Musikwerken (Komposition und Text). Die für die Veröffentlichung via Online-Datenbank relevanten Nutzungshandlungen sind das Vervielfältigungsrecht („Herauf- und Herunterladen“, § 15 UrhG), das Zurverfügungstellungsrecht (§ 18a UrhG) sowie das Leistungsschutzrecht (bei der Verwendung veröffentlichter Tonträger).

Die Zurverfügungstellungsrechte für Komposition und Text können bei der Verwertungsgesellschaft AKM (Zurverfügungstellung) sowie bei der Ver-

²⁷ Vgl. http://www.aume.at/show_content.php?sid=62, zuletzt abgerufen am 26.10.13. Video-on-Demand: Videos, Filme, audio-visuelle Beiträge, etc. können vom Endverbraucher von einem Ort und zur Zeit seiner Wahl („on demand“) auf einem dafür geeigneten Endgerät heruntergeladen und dort dauerhaft gespeichert werden (Download) oder lediglich angesehen und angehört werden (Streaming).

wertungsgesellschaft AustroMechana (Vervielfältigungsrecht) lizenziert werden.²⁸ Diese Lizenz beschränkt sich, soweit es sich um Multi-Repertoire handelt, also um Repertoire von Rechteinhabern, deren Rechte nicht direkt von der AKM/AuMe sondern über Gegenseitigkeitsverträge vertreten werden, geografisch auf Österreich. Bei einer Zurverfügungstellung muss daher mit technischen Maßnahmen wie Geo-Blocking die Nutzungsmöglichkeit geografisch auf Österreich beschränkt werden (sofern nicht Rechte betreffend anderer Territorien von den jeweiligen Verwertungsgesellschaften/Rechteinhabern eingeholt werden).

Wird bei einer Online-Nutzung Musik von einem Handelstonträger (z.B. CD) verwendet, so ist für die Verwendung der jeweiligen Aufnahme das Leistungsschutzrecht vom jeweiligen Tonträgerproduzenten zu erwerben. Für nicht-interaktives Webradio ist der Erwerb dieses Rechtes über die Verwertungsgesellschaft Leistungsschutzgesellschaft (kurz: LSG) möglich.²⁹ Ferner ist es möglich bei der LSG Lizenzen für die interaktive Nutzung von Musik in zuvor terrestrisch ausgestrahlten Rundfunksendungen zu erwerben, beschränkt jedoch auf einen Zeitraum von 30 Tagen nach der terrestrischen Ausstrahlung und geografisch auf Österreich.

Für den Betrieb eines Online-Audioarchivs führt dies zu folgenden Problemen:

Zur Verfügung gestellte Rundfunksendungen müssten, soweit sie die genannten Leistungsschutzrechte betreffen, nach 30 Tagen „depubliziert“ werden. Falls die Zurverfügungstellung nicht nur in Form eines Streams sondern auch als Download angeboten würde, müssten technische Maßnahmen gesetzt werden, die sicherstellen, dass der Download nach 30 Tagen nicht mehr genutzt werden kann, das heißt es müsste ein Digital Rights Management(DRM)-System angewendet werden. Dies wäre mit entsprechendem technischen Aufwand und Kosten verbunden. Aufgrund der geografischen Beschränkung der Lizenzierungsmöglichkeit auf Österreich sind technische Maßnahmen zu setzen („Geo-Blocking“, „Geo-Protection“), die die Abrufbarkeit auf den österreichischen Raum beschränken.

Hinzu käme, dass, sofern die Zielsetzung eines „offenen Online-Archivs“ aufrechterhalten bleiben sollte und zumindest jener Teil der Rundfunksendungen, über dessen Rechte die Uploader verfügen (Wortteil), online zugänglich bleiben soll, ohne Musik und sonstigen Gestaltungsteile, für deren Nutzung keine Lizenz vorliegt, entfernt werden müssten. Zum Kosten- und Arbeits-

²⁸ Siehe http://www.akm.at/include_std/pages/download/download.php/subsection=Musiknutzer_-_Online-Nutzung_-_Tarifinfo/m=CCContent/i=1151/f=filename/t=/Music%2Bund%2BVideo%2BOn%2BDemand.pdf, zuletzt abgerufen am 26.10.13.

²⁹ http://www.aume.at/show_content.php?sid=62, zuletzt abgerufen am 26.10.13.

aufwand für die Implementierung für DRM und Depublizierung käme zusätzlich jener der Herstellung einer reduzierten Fassung der Rundfunksendung, die darüber hinaus inhaltlich wie gestalterisch eine erhebliche Einschränkung darstellen würde.

Während das Ausschließlichkeitsrecht der Leistungsschutzberechtigten bei der Zurverfügungstellung (mit den genannten Ausnahmen) dazu führt, dass die Rechte bei den einzelnen Produzenten/Labels einzuholen ist, sieht § 76 Abs 3 UrhG für das Senderecht vor, dass, wenn ein zu Handelszwecken hergestellter oder der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellter Schallträger für eine Rundfunksendung benutzt wird, dem Hersteller eine angemessene Vergütung zu entrichten ist. Dem Tonträgerhersteller steht das Senderecht nicht zu, er kann daher die Nutzung seiner Rechte für die Rundfunksendung nicht verhindern, allerdings hat er einen Vergütungsanspruch, der nur von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden kann. Für das Senderecht besteht kein Ausschließungsrecht zugunsten der Inhaber der Leistungsschutzrechte, sondern lediglich ein Vergütungsanspruch. Somit liegt eine **gesetzliche Lizenz** vor.

Im Bereich literarischer Sprachwerke liegen sowohl das Sende- als auch das Zurverfügungstellungsrecht direkt bei den Verlagen und/oder Autoren, das Vervielfältigungsrecht kann bei der Verwertungsgesellschaft Literarmechana lizenziert werden.³⁰ In diesem Sinne zu berücksichtigen sind entsprechend Interpreten- bzw. Sprecher-Rechte (Lesungen, Interviews, Moderationen).³¹

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass für die dauerhafte (interaktive) Zurverfügungstellung von Rundfunksendungen, die im Hinblick auf ihre Verwertung geschützte Musik- und/oder Sprachwerke enthalten, eine pauschale Lizenzierung derzeit nicht/nur eingeschränkt möglich ist, da die LSG soweit ersichtlich nur eingeschränkt und die Literarmechana nicht über die dafür erforderlichen Rechte verfügen und, anders als für das Senderecht, eine gesetzliche Lösung für Online-Rundfunkarchive im UrhG nicht vorgesehen ist. Die Online-Archivierung (Zurverfügungstellung) würde die individuelle Abklärung der Rechte mit den jeweiligen Tonträgerproduzenten und/oder Verlagen/Autoren erfordern. Das gleiche gilt für (noch) nicht ausgestrahlte Werke, die als Ergänzung zu Rundfunksendungen im Archiv verfügbar sind.

Die damit verbundenen Rechtklärungen sind mit erheblichem Aufwand verbunden, der die Kosten für die einzelnen erworbenen Lizenzen im Einzelfall übersteigen kann und einerseits ökonomisch nicht effizient wäre, da diese Mittel wohl besser für die Nutzung selbst zur Verfügung stehen sollten. Andererseits wäre dieser Aufwand insbesondere für kleine, nichtkommerzielle Strukturen, bei denen bereits die Generierung des Wortanteils der Programme

³⁰ <http://www.litarar.at/pages/be/fshf1110.aspx>, zuletzt abgerufen am 26.10.13.

³¹ Walter, Österreichisches Urheberrecht. Handbuch, 2008, Rz 1439.

in der Regel ehrenamtlich erfolgt, in keinem Verhältnis zu den vorhandenen Ressourcen und würde wohl dazu führen, dass es zu einer Rechtklärung von vornherein nicht kommt.

Dies führt zu der unbefriedigenden Situation, dass die Inhaber der Senderechte an bereits ausgestrahlten Rundfunksendungen diese nur bei Entfernung der Musik und/oder anderer geschützter Sprachteile zur Verfügung stellen können. Zugleich entgehen Rechteinhabern mögliche Lizenzeinnahmen, das Rechtesplitting führt so zu einer Unternutzung des (Musik-)Repertoires. Dieser Aspekt sollte vor dem Hintergrund einer verstärkten Nutzung lokal/regional generierter Musik nicht außer Acht gelassen werden.

Eine weitere Auswirkung könnte sein, dass im nichtkommerziellen Rundfunk zur Vermeidung der angeführten Probleme bei der Herstellung von Rundfunksendungen auf die Nutzung von geschützten Werken der Musik/Literatur von vornherein verzichtet wird, oder vermehrt beispielsweise unter Creative Commons Lizenz stehende Werke genutzt werden. Dieses Ergebnis wäre sicherlich kulturpolitisch nicht erwünscht, wird doch gerade in nichtkommerziellen Rundfunkstationen Musik und Literatur ausgestrahlt, die nicht primär am Geschmack des Mainstreams orientiert ist und die eine besondere kulturelle Vielfalt und lokalen Einschlag aufweist.

Lösungsmodelle für die Möglichkeit des Erwerbs von Pauschal-Lizenzen für Online-Rundfunkarchive Freier Radios

Um die Massendigitalisierung bzw.-Zurverfügungstellung von Werken in Verbindung mit Rundfunksendungen in Online-Archiven nicht-kommerzieller Betreiber bewerkstelligen zu können, scheint der einzig praktikable Weg die Klärung von Nutzungsrechten im Wege von Pauschallizenzen zu sein. Zu überlegen wäre, ob der österreichische Gesetzgeber wie beim Senderecht Maßnahmen setzen könnte, die eine pauschale Nutzung ermöglichen würden bei gleichzeitiger Sicherung einer Abgeltung der Nutzungen an die Rechteinhaber (Vergütungsanspruch). Dafür erscheinen drei Lösungsvarianten im österreichischen Urheberrechtsgesetz geeignet:

1. gesetzliche Lizenz für Online-(Rundfunk)Archive (Freie Werknutzung mit Vergütungsanspruch);
2. zwingende kollektive Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften (Verwertungsgesellschaftenpflicht) sowie
3. Extended Collective Licence (kurz: ECL).

Nachfolgend wird jeweils anhand des österreichischen UrhG dargestellt, worum es sich juristisch bei der jeweiligen Maßnahme handelt; weiters wer-

den zu den drei Varianten jeweils die Vor- und Nachteile diskutiert und geprüft, wie diese Lösungen im Einklang mit den europäischen Richtlinien stehen. Dazu wird näher auf das nordische Modell der ECL eingegangen, die Lösungsvarianten Freie Werknutzung und Verwertungsgesellschaftenpflicht werden im Aufsatz des Till Kreutzer in diesem Band näher erörtert.

Exkurs 1: Freie Werknutzung, gesetzliche Lizenz, Zwangslizenz, Verwertungsgesellschaftenpflicht, Extended Collective Licence im österreichischen Urheberrecht

Bei den Rechtsinstituten der Freien Werknutzung, gesetzlichen Lizenzen, Zwangslizenzen und der Verwertungsgesellschaftenpflicht handelt es sich um Beschränkungen der Verwertungsrechte.

Ursprünglich verschaffte eine Freie Werknutzung die freie Zugänglichkeit zum Werk (d.h. es gibt keine Ausschließungsmöglichkeit durch den Rechteinhaber), wobei die Nutzung gegenüber dem Urheber unentgeltlich ist.³² Freie Werknutzungen sollen das Gleichgewicht zwischen den Interessen des Urhebers und jenen der Allgemeinheit herstellen und sind der Sozialbindung des Urheberrechts geschuldet.³³ Gemäß der so genannten InfoSoc-Richtlinie³⁴ dürfen Mitgliedstaaten nur solche Freien Werknutzungen (Schranken) normieren, die unter die im geschlossenen Katalog des Artikels 5 dieser Richtlinie normierten Arten fallen. Die Einführung einer „Archivschranke“ fällt nicht unter den Katalog, die Einführung bedürfte daher einer vorherigen Änderung der InfoSoc-Richtlinie. Seit der Erlassung der InfoSoc-Richtlinie im Jahr 2001 wurde mit der Verwaiste-Werke-Richtlinie³⁵ erstmals eine weitere Freie Werknutzung im Katalog eingeführt.

Bei einer Zwangslizenz hingegen verpflichtet das Gesetz den Rechteinhaber, einem anderen eine Werknutzungsbewilligung gegen angemessenes Entgelt zu erteilen (z.B. § 58 UrhG, Bewilligungszwang für Schallträger). Die Nutzung ist daher nur mit Genehmigung des Urhebers erlaubt, der potentielle Nutzer hat aber einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Erteilung einer entsprechenden Bewilligung durch den Rechteinhaber. Die Bedeutung von Zwangslizenzen gilt durch den Kontrahierungszwang der Verwertungsgesell-

³² Dillenz/Gutman, Praxiskommentar zum Urheberrecht. Österreichisches Urheberrechtsgesetz und Verwertungsgesellschaftengesetz. UrhG & VerwGesG. 2. erweiterte Auflage, 2004, vor §§ 41ff, Rz 10.

³³ Walter, 2008, Rz 952; Dillenz/Gutman, 2004, vor §§ 41ff, Rz 2.

³⁴ Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

³⁵ Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke.

schaften, d.h. die gesetzliche Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages gemäß § 17 Abs 2 Verwertungsgesellschaftengesetz für Rechte, über die Verwertungsgesellschaften verfügen, als deutlich relativiert.

Eine gesetzliche Lizenz liegt vor, wenn die Nutzung eines Werkes ohne Zustimmung des Rechteinhabers zulässig ist, der Urheber jedoch einen Anspruch auf angemessene Vergütung hat (z.B. § 59 UrhG, Benutzung von Rundfunksendungen).³⁶ In der Literatur wird diskutiert, dass durch die Einführung von Vergütungsansprüchen bei vielen Freien Werknutzungen mittlerweile an Stelle Freier Werknutzung eine gesetzliche Lizenz vorliege.³⁷

Schließlich können urheberrechtliche Ausschlussrechte der Geltendmachung durch Verwertungsgesellschaften vorbehalten sein (Verwertungsgesellschaftspflicht, z.B. § 76 Abs 3, Nutzung von Schallträgern zu einer Rundfunksendung oder einer öffentlichen Wiedergabe). Die Ausschlussrechte des Urhebers bleiben damit zwar aufrecht, diese sind jedoch durch den Kontrahierungszwang (bedingter Bewilligungszwang) der Verwertungsgesellschaften relativiert.³⁸ Für Außenseiter, die nicht Mitglied der Verwertungsgesellschaft sind, bedeutet dies, dass sie keine Rechte geltend machen können, sodass es sich um eine **ergänzende Freie Werknutzung** handelt.³⁹

Werden Außenseitern gesetzlich entsprechende Rechte gewährt wie Mitgliedern der Verwertungsgesellschaften, dann handelt es sich um eine gesetzliche Treuhand.⁴⁰ Der Urheberrechtsjurist *Walter* nennt als Beispiel dafür ein System der (allerdings nicht zwingenden) kollektiven Wahrnehmung mit einer „gesetzlichen Lizenz“ für Außenseiter in § 59 UrhG⁴¹ sowie in § 59a Abs 2

³⁶ Walter, 2008, Rz 1412; Dillenz/Gutman, 2004, vor §§ 41ff, Rz 11. „*Rechtsdogmatisch besteht zwischen gesetzlichen Lizenzen und Vergütungsansprüchen kein Unterschied. In beiden Fällen ist die Nutzung ohne Zustimmung des Berechtigten zulässig, hierfür jedoch eine angemessene Vergütung zu zahlen.*“ vgl. Walter, a.a.o., Rz 750.

³⁷ Walter, 2008, Rz 1412, der dort als Beispiele die Leerkassettenvergütung und die Reprografievergütung nennt; Dillenz/Gutman, 2004, vor §§ 41ff, Rz 12 unter Verweis auf die ursprünglich bestandene Freie Werknutzung für den Abdruck in Schulbüchern, der später ein Vergütungsanspruch hinzugefügt wurde und damit in eine gesetzliche Lizenz verwandelt worden sei.

³⁸ Walter, 2008, Rz 1412. Gemäß § 17 Abs 2 VerwGesG hat ein Nutzer einen gerichtlich einklagbaren Anspruch auf Erteilung einer Nutzungsbewilligung zu angemessenen Bedingungen, wenn ein Vertrag über eine Nutzungsbewilligung nur deshalb nicht zustande kommt, weil die Verwertungsgesellschaft wider Treu und Glauben die Aufnahme von Verhandlungen oder einen Vertragsabschluss ohne triftigen Grund verweigert hat. vgl. Dillenz/Gutman, 2004, vor §§ 41ff, Rz 13.

³⁹ Walter, 2008, Rz 1412.

⁴⁰ Walter, 2008, Rz 1412;

⁴¹ Vgl. Walter, Grundlagen und Ziele einer österreichischen Urheberrechtsreform, in: Dittrich, Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz, 1986, 253.

UrhG⁴² (Weitersendung von Rundfunksendungen).⁴³ Hier ist laut *Walter* eine Einrichtung vorweggenommen worden, wie sie später im „schwedischen Schulmodell“ aufgegriffen worden sei und heute auch „Extended Licence“ (oder „Extended Collective Licence“) genannt werde.⁴⁴

Diese Variante der (nicht zwingenden) kollektiven Wahrnehmung gewährleistet einerseits die Aufrechterhaltung des urheberrechtlichen Ausschlussrechtes; dem Nutzer ermöglicht sie aber andererseits einen umfassenden Rechtserwerb, da auch Nichtmitglieder der zuständigen Verwertungsgesellschaft von der Lizenz umfasst sind.⁴⁵ Eine Verbindung des Regelungsmodells „**Außenseiterwirkung**“ (§ 59 UrhG) mit **Verwertungsgesellschaftenpflicht** hingegen schützt den Nutzer vor Verbotsansprüchen von Außenseitern als auch vor allen Individualansprüchen.⁴⁶ Es wäre dies daher eine Variante der Extended Collective Licence (ECL), die die Außenseiterwirkung mit der Verwertungsgesellschaftenpflicht verbindet, d.h. ein Opting-out von Rechteinhabern und die selbstständige Wahrnehmung von Rechten, wie dies in der Regel beim nordischen Modell der Fall ist, wäre nicht möglich.

Eine ECL-Lösung in Verbindung mit Verwertungsgesellschaftenpflicht würde sogar die Nutzung von Werken ermöglichen, für die es keine Gegensei-

⁴² § 59a Abs 2 lautet: „*Rundfunksendungen dürfen zu einer Weitersendung im Sinn des Abs 1 benutzt werden, wenn der weitersendende Rundfunkunternehmer die Bewilligung dazu von der zuständigen Verwertungsgesellschaft (§ 3 VerwGesG, BGBl Nr 112/1936) erhalten hat. Mit Beziehung auf diese Bewilligung haben auch die Urheber, die mit der Verwertungsgesellschaft keinen Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen haben und deren Rechte auch nicht aufgrund eines Gegenseitigkeitsvertrags mit einer ausländischen Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden, dieselben Rechte und Pflichten wie die Bezugsberechtigten der Verwertungsgesellschaft.*“

⁴³ *Walter*, 2008, Rz 1412; als auch § 59c UrhG, Werknutzungen für die kommerzielle Schulbuchherstellung.

⁴⁴ *Walter*, 2008, Rz 721.

⁴⁵ In einer Studie im Rahmen des Europeana Connect project heißt es zu dem grundlegenden Element der ECL-Bestimmungen in den Urheberrechtsgesetzen der nordischen Ländern: „*Referring only to its most characteristic, basic elements, a provision on ECL in the copyright acts of the Nordic countries establishes that the effects of a freely negotiated collective agreement between a user of a work and a representative CMO pertaining to specific forms of exploitation of works is extended to right holders who are not members of the organization.*“ vgl. Axhamn/Guibault, Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?, http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf, zuletzt abgerufen am 03.11.13.

⁴⁶ *Walter*, Grundlagen und Ziele einer österreichischen Urheberrechtsreform, in: Dittich, Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz, 1986, 253. Nach der dort vertretenen Ansicht *Walters* solle dieses Modell immer dort zur Anwendung kommen, wo nicht ein solcherart relativiertes Verbotsrecht aus besonderen Gründen ausscheidet.

tigkeitsverträge⁴⁷ gibt oder die Verwertungsgesellschaft über keine Rechte verfügt, da je nach Ausgestaltung der Verwertungsgesellschaftenpflicht nicht nur Vereinbarungen über die Vergütung nur von Verwertungsgesellschaften getroffen werden könnten, sondern auch Ausschlussrechte nur von diesen wahrgenommen werden könnten.

Hauptproblematik dieser Lösung wäre jedoch, dass eine solche Bestimmung im österreichischen Urheberrechtsgesetz sich nach derzeitiger Rechtslage auf die **zulässige Nutzung in Österreich beschränken** würde⁴⁸. Dies würde bedeuten, dass der Zugriff auf die Inhalte durch technische Maßnahmen auf das Inland beschränkt werden müssten (z.B. durch Geo-Blocking). Diese Einschränkung wäre aus kulturpolitischer Sicht sicherlich nicht erwünscht, gerade im deutschen Sprachraum gibt es unter freien, nichtkommerziellen Radios einen regen Austausch. Anzustreben wäre daher eine (zumindest) europäische Lösung etwa in Form der Einführung des Sendelandprinzips entsprechend der Satellitenrundfunk-Richtlinie⁴⁹ oder einem System von Gegenseitigkeitsverträgen wie dem IFPI Simulcasting Model Agreement. Diese Systeme von Gegenseitigkeitsverträgen wurden von der Europäischen Kommission bislang mit Ausnahme des IFPI Simulcasting Model Agreement als nicht im Einklang stehend mit dem europäischen Wettbewerbsrecht erachtet.⁵⁰ Im Zusammenhang mit der im Februar 2014 verabschiedeten Richtlinie zur kollektiven Rechteverwertung (2014/26/EU) zeichnet sich jedoch eine dahingehende Lösung ab, siehe dazu unten.

⁴⁷ Faludi, Licensing Agreements of Collective Management Societies (CMS) under Hungarian Copyright Law, MR-Int 2006, 30. Unter 3.1.2 heißt es dort: „*The Copyright Act ensures for the accredited CMS a right of ‘representation’ ‘extended’ to all affected right holders. Thus, the user is entitled to take advantage of the global repertoire consisting of the works/performances of the right holders even of those being non-members of the CMS and even if not covered by agreements on representation.*“

⁴⁸ Territorialitätsprinzip, d.h. Nutzungseinräumung aber auch Nutzungsmöglichkeit ist auf nationalstaatliche Ebene beschränkt. Vgl. Axhamn/Guibault, Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe’s cultural heritage?, 19ff.

⁴⁹ Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung; vgl. Axhamn/Guibault, Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe’s cultural heritage?, 19.

⁵⁰ COMP/C2/38.014 – IFPI „Simulcasting“; Axhamn/Guibault, Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe’s cultural heritage?, 2011, 22. http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf, zuletzt abgerufen am 03.11.13.

Rahmenbedingungen für ECL

Gemäß Artikel 6 (Absatz 5 S 2) der Verwaiste-Werke-Richtlinie⁵¹ bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, die „*Umstände der Zahlung eines solchen* (Anm. des Verfassers: gerechten) *Ausgleichs festzulegen*“. Grundsätzlich darf, sofern eine sorgfältige Suche nach einem Rechteinhaber erfolglos blieb und ein Werk verwaist ist, dieses von einer privilegierten Einrichtung unentgeltlich genutzt werden. Sollte nachträglich ein Rechteinhaber den Status eines verwaisten Werks beenden, dann hat er einen Anspruch auf einen gerechten Ausgleich. Nach der Richtlinie können die Mitgliedstaaten die Umstände der Zahlung eines solchen Ausgleichs festlegen. Solche Umstände können sein:

1. die kulturpolitische Zielsetzung des Mitgliedstaates,
2. der nichtkommerzielle Charakter der Nutzungshandlung,
3. die im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben der jeweiligen Einrichtung und
4. ein etwaiger Schaden.

Damit könnte „die kulturpolitische Zielsetzung“ wie auch die „nichtkommerzielle Nutzung“ im Urheberrechtsgesetz definiert werden und als wichtige Referenz für andere Fälle dienen. In Anlehnung daran wäre es naheliegend, auch für eine ECL-Lösung entsprechende Vorgaben gesetzlich vorzusehen; nicht zuletzt ist der Status nichtkommerzieller Radios in den Förderrichtlinien der RTR GmbH bereits anerkannt. In der Notifizierungsentscheidung der Europäischen Kommission zur Förderung des nichtkommerziellen Rundfunks durch die RTR GmbH ist festgehalten, dass die nichtkommerziellen Hörfunk- und Fernsehveranstalter „*mit ihren Programmen einen Beitrag zur Förderung der österreichischen Kultur, der kulturellen Vielfalt, des österreichischen und europäischen Erbes und Bewusstseins sowie der Information und Bildung der gesamten Bevölkerung leisten. Auf diese Weise will Österreich Medienvielfalt und die Pflege der unterschiedlichen regionalen Dialekte gewährleisten.*“⁵² Diese kulturpolitische Definition könnte in diesem Sinne auch ihren Niederschlag im österreichischen Urheberrechtsgesetz finden.

Exkurs 2: Richtlinie zur kollektiven Rechteverwertung

Zur Erleichterung des Erhalts von Mehrgebietslizenzen für Musikwerke wurde im Februar 2014 die Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von

⁵¹ Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke.

⁵² Staatliche Beihilfe N 632/2009 – Österreich Nichtkommerzieller Rundfunk-Fonds, Rz 3.

Urheber- und verwandten Schutzrechten. erlassen.⁵³ Im Hinblick auf Mehrgebietslizenzen heißt es in Erwägungsgrund 44: *„Die Bündelung verschiedener Musikrepertoires für die Vergabe von Mehrgebietslizenzen erleichtert den Lizenzierungsprozess und trägt durch die Erschließung sämtlicher Repertoires für den Zugang zum Markt für Mehrgebietslizenzen dazu bei, die kulturelle Vielfalt zu fördern und die Zahl der Geschäftsvorgänge, die ein Online-Anbieter vornehmen muss, um Dienstleistungen anzubieten, zu reduzieren. Die Bündelung von Repertoires sollte die Entstehung neuer Online-Dienste erleichtern und außerdem die Transaktionskosten, die auf den Endverbraucher umgelegt werden, senken.“*

Zum einen sollen Verwertungsgesellschaften andere Verwertungsgesellschaften mit der Vergabe von Mehrgebietslizenzen beauftragen können (Art 28). Zum anderen sollen Rechteinhaber, die eine Verwertungsgesellschaft mit der Wahrnehmung ihrer Online-Rechte an Musikwerken betraut haben, über eine andere Verwertungsgesellschaft oder einen ermächtigten Dritten entsprechende Mehrgebietslizenzen erteilen können, wenn ihre Verwertungsgesellschaft keine Mehrgebietslizenz erteilt (Art 30).

Die Repräsentationsvereinbarungen über die Vergabe von Mehrgebietslizenzen haben auf nicht-exklusiver Basis zu erfolgen (Art 29), da sowohl Nutzer, die sich eine Mehrgebietslizenz beschaffen wollen als auch Organisationen für die kollektive Rechtewahrnehmung, die länderübergreifende Verwaltungsleistungen für ihr Repertoire suchen, die Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Anbietern haben sollen.

Die Richtlinie verfolgt in diesem Sinn den Ansatz, dass in der EU für die Vergabe von Mehrgebietslizenzen an Musikwerken im online-Bereich anstelle ein exklusiven Systems von Gegenseitigkeitsverträgen die Vergabe durch mehrere Organisationen kollektiver Rechtewahrnehmung erfolgt.

Allerdings sieht die Richtlinie in Art 32 vor, dass die Bestimmungen über Mehrgebietslizenzen auf Verwertungsgesellschaften in bestimmten Situationen keine Anwendung finden: Nämlich wenn Verwertungsgesellschaften auf der Grundlage einer freiwilligen Bündelung der notwendigen Rechte unter Beachtung der Wettbewerbsregeln gemäß Art 101 und 102 AEUV eine Mehrgebietslizenz für Online-Rechte an Musikwerken erteilen, die Sendeunternehmen benötigen, um ihre Hörfunk- oder Fernsehprogramme begleitend zur ersten Sendung oder danach sowie sonstige Online-Inhalte, einschließlich Vorschauen, die ergänzend zur ersten Sendung von dem oder für das Sendeunter-

⁵³ RICHTLINIE 2014/26/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt.

nehmen produziert wurden, öffentlich wiedergeben oder zugänglich machen zu können.

Dies dient der Erleichterung des Erhalts von Mehrgebietslizenzen im Rundfunkbereich (Erwägungsgrund 48), dadurch soll ein One-Stop-Shop beschränkt auf die genannten Nutzungshandlungen möglich sein. Soweit ersichtlich besteht zum Zeitpunkt der Verfassung diese Beitrages eine derartige freiwillige Bündelung der notwendigen Rechte für Mehrgebietslizenzen noch nicht.

In Erwägungsgrund 12 der Richtlinie wird ausgeführt, dass die vorliegende Richtlinie die in den Mitgliedstaaten bestehenden Regelungen für die Rechte-wahrnehmung nicht berührt, sofern diese Regelungen mit dem Unionsrecht und den internationalen Verpflichtungen der Union und der Mitgliedstaaten im Einklang stehen. Dies betrifft beispielsweise die erweiterten kollektiven Lizenzen und die gesetzlichen Vermutungen in Bezug auf die Vertretung oder Übertragung von Rechten.

Mit der Richtlinie wird ferner ein Schritt in Richtung Vereinbarkeit der Vergabe nichtkommerzieller Lizenzen durch Rechteinhaber und gleichzeitige Mitgliedschaft bei einer Verwertungsgesellschaft gesetzt.

Mit der Umsetzung der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten Sorge zu tragen, dass Verwertungsgesellschaften ihren Rechtsinhaber ermöglichen, Lizenzen für nicht-kommerzielle Nutzungen ihre Werke zu vergeben, andere Rechte aber weiterhin an Verwertungsgesellschaften übertragen können. Diese Möglichkeit wird von den österreichischen Verwertungsgesellschaften derzeit noch nicht eingeräumt.

In Art 5 Abs 3 der Richtlinie, die von den Mitgliedstaaten bis zum 10. April 2016 umzusetzen ist heißt es dazu: *„Die Rechtsinhaber haben das Recht, Lizenzen für die nicht-kommerzielle Nutzung von Rechten, von Kategorien von Rechten oder von Arten von Werken und sonstigen Schutzgegenständen ihrer Wahl zu vergeben.“*

Abschließend ist festzuhalten, dass mit der genannten Richtlinie ein wesentlicher Schritt in Richtung Vereinfachung des Systems der Vergabe von Mehrgebietslizenzen für online-Rundfunkarchive gesetzt wurde, es bleibt zu sehen, wieweit die Umsetzung den spezifischen Gegebenheiten nichtkommerziellen Rundfunks (insbesondere dem „public access“) Rechnung tragen wird.