



Rechtsanwalt Timo Ehmann und Emese Szilagyí LL.M. Eur., Ügyvéd (ungarische Rechtsanwältin), beide München

# Erforderlichkeit eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger

Der Beitrag beruht auf einem Gutachten der Verfasser, das im Auftrag des Bayerischen Journalisten-Verbandes erstellt wurde

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Stand der Diskussion um ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger</b> .....	2	4. Leistungsschutzrecht für Presseverleger durch den Schutz für Datenbanken nach § 4 Abs. 1, 2 UrhG und §§ 87 a ff. UrhG .....	5
<b>II. Einführung in die Problematik eines Leistungsschutzrechts für Verleger</b> .....	2	5. Schutz durch ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz .....	5
1. Tripolare Interessenlage .....	2	<b>IV. Argumente für und gegen ein Leistungsschutzrecht für Verleger</b> .....	6
2. Die Forderung nach einem Leistungsschutzrecht gestern und heute .....	3	1. Aktivlegitimation .....	6
3. Allgemeine Voraussetzungen für die Schaffung eines neuen Immaterialgüterrechts .....	3	2. Beteiligung der Presseverleger an den Ausschüttungen der VG Wort .....	6
4. Voraussetzungen der Schaffung eines Schutzes der verlegerischen Leistung .....	4	3. Trennung der Interessen zwischen Autoren und Verlegern .....	7
<b>III. Bestehende Schutzmechanismen für die verlegerische Leistung</b> .....	4	4. Die aktuelle Diskussion um eine Protektion im Internet .....	7
1. Derivativer Schutz durch urheberrechtliche Nutzungsrechte .....	4	5. Überlange Schutzdauer und kein zwingendes Urhebervertragsrecht .....	10
2. Leistungsschutz für den Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70 UrhG) .....	4	6. Folgeprobleme der Schaffung eines Leistungsschutzrechts .....	10
3. Leistungsschutz für nachgelassene Werke (§ 71 UrhG) .....	4	<b>V. Rechtsvergleichung</b> .....	11
		<b>VI. Fazit</b> .....	11

## I. Stand der Diskussion um ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger

In jüngerer Zeit ist die Forderung nach einem Leistungsschutzrecht für Verleger erneut auf die politische Tagesordnung getreten. In einer Pressemitteilung des Bundesverbands Deutscher Zeitungsverleger (BDZV) vom 7. 5. 2009 wurde die Forderung nach einem Leistungsschutzrecht damit begründet, „dass sich die Presseunternehmen gegen eine unentgeltliche Ausnutzung ihrer Angebote im Internet zur Wehr setzen müssten“<sup>1</sup>. Die Forderung wurde im Koalitionsvertrag aufgegriffen, wo es in der Zeile 4776 heißt<sup>2</sup>:

„Verlage sollen im Online-Bereich nicht schlechter gestellt werden als andere Werkvermittler. Wir streben deshalb die Schaffung eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage zur Verbesserung des Schutzes von Presseerzeugnissen im Internet an.“

Auch die SPD hatte sich für ein Leistungsschutzrecht ausgesprochen<sup>3</sup>. Einen konkreten Gesetzgebungsvorschlag gibt es aber noch nicht. Dennoch hat die Forderung schon zu einem umfangreichen Echo geführt<sup>4</sup>. Ziel dieses Beitrags ist es, die Argumente für und gegen ein Leistungsschutzrecht zusammenzutragen und gegeneinander zu gewichten. Es soll dabei auch überprüft werden, ob ein Leistungsschutzrecht für Verleger die Stellung der Autoren gegenüber den Verlagen zu schwächen droht. Zu diesem Zweck werden nach einer kurzen Einführung in die Problematik die bestehenden Schutzmechanismen für die verlegerische Leistung aufgezeigt. Im Anschluss werden nacheinander die einzelnen Positionen und Argumente behandelt, die für und gegen ein Leistungsschutzrecht für Verleger sprechen.

## II. Einführung in die Problematik eines Leistungsschutzrechts für Verleger

### 1. Tripolare Interessenlage

Die Verlagsbranche ist ebenso wie andere Kulturbranchen durch eine tripolare Interessenlage geprägt. Urheber, Verwerter und Allgemeinheit haben jeweils eigene sich teilweise überschneidende und teilweise gegenüberstehende Interessen<sup>5</sup>. Lange hat man dies in der Verlagsbranche verkannt und insbesondere im Literaturmarkt das Verhältnis von Urhebern und Verlegern als symbiotisch betrachtet<sup>6</sup>. Das Verhältnis zwischen Urhebern und Verlegern ist aber nicht als Symbiose zu verstehen<sup>7</sup>. Vielmehr handelt es sich um ein normales Verwerter-Urheber-Verhältnis, das von einer arbeitnehmerähnlichen Schutzbedürftigkeit der Urheber gegenüber den Verwertern geprägt ist. Ein Schutzsystem muss dieser Tripolarität Rechnung tragen und die bestehenden Interessen in einen angemessenen Ausgleich bringen<sup>8</sup>.

Wie bei allen anderen Verwertern der verschiedenen Märkte der Kulturgüterindustrie besteht das Interesse von Verlagen als Wirtschaftsunternehmen in erster Linie in Kostenamortisation und Gewinnerzielung. Das Verbreitungsinteresse geht nur so weit, wie die Verbreitung zu konkreten Gewinnen führt.

Autoren haben neben ihren ökonomischen Interessen auch ein zusätzliches nur teilweise ökonomisches Verbreitungsinteresse<sup>9</sup>, das über das Verbreitungsinteresse der Verleger hinausgeht. Zum einen schreibt der Autor, um gelesen zu werden. Hinzu kommt, dass der Autor

weniger als der Verleger mit einer Reamortisation einzelner Beiträge rechnet, sondern eine eigene Mischkalkulation hat. Bei dieser ist es unter anderem wichtig, gelesen zu werden, um sich einen Namen zu machen, da dies bei späteren Vertragsabschlüssen wieder monetarisiert werden kann. Bei der Verbreitung über das Internet gehen daher die Interessen von Verlegern und Autoren besonders weit auseinander. Autoren wollen ihre Texte z. B. auf der eigenen Homepage zur Aufwertung des persönlichen Profils veröffentlichen. Verleger fürchten dabei Konkurrenz zu den eigenen Produkten, insbesondere wenn diese Inhalte über Suchmaschinen auffindbar sind.

Die Allgemeinheit ist an einem reichen Kulturleben und an einem möglichst freien Zugang zu Informationen interessiert<sup>10</sup>. Im Rahmen der Werkverwertung im Internet verbinden sich daher die Interessen von Autoren und Allgemeinheit an einer möglichst ungehinderten Verbreitung und treten in einen verschärften Zielkonflikt mit den Interessen von Verlegern als Werkvermittler. Denn Vermittlungskosten sind Transaktionskosten, die durch die Möglichkeit einer kostenlosen Verbreitung durch Autoren und einer kostenlosen Vermittlung durch Suchmaschinen einem erhöhten Rechtfertigungsdruck ausgesetzt sind.

Auf europäischer Ebene wird seit kurzem den Interessen der Allgemeinheit am Zugang zu Informationen erhöhte Aufmerksamkeit zugeteilt. Im Zentrum des Grünbuchs „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft“<sup>11</sup> steht die Frage, ob Wissen im Binnenmarkt ungehindert zirkuliert. Die Kommission gelangte sogar zu dem Schluss, dass ein ungehinderter Fluss von Wissen und Innovationen im Binnenmarkt gefördert werden muss, d. h. eine „Fünfte Freiheit“ geschaffen werden sollte<sup>12</sup>. Diese Interessen an einem möglichst ungehinderten Informationsfluss sind nach dem geltenden deutschen Recht auf verfassungsrechtlicher Ebene über die Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und durch die Meinungs-, Wissenschafts- und Kunstfreiheit (Art. 5 GG) geschützt, was sich im Rahmen des Urhebergesetzes vor allem in den Schrankenregelungen manifestiert. Bei der Frage der Einführung eines neuen Leistungsschutzrechts muss der Gewährung der Meinungs-, Wissenschafts- und

1 [http://www.presseportal.de/pm/6936/1400952/bdzb\\_bundesverb\\_dt\\_zeitungsverleger](http://www.presseportal.de/pm/6936/1400952/bdzb_bundesverb_dt_zeitungsverleger) (Stand: 13. 11. 2009).

2 Abrufbar unter: <http://bit.ly/2818KI> (Stand: 13. 11. 2009).

3 <http://www.spd.de/de/aktuell/pressemitteilungen/2009/09/Ohne-freie-Medien-gibt-es-keine-freie-demokratische-Gesellschaft-Vorschlaege-der-SPD-zur-Krise-auf-dem-Zeitungsmarkt.html> (Stand: 13. 11. 2009); Steinmeier, Die Beziehung von Medien und Demokratie ist heute manchmal brüchig, 6. 9. 2009, abrufbar unter: <http://carta.info/14150/frank-walter-steinmeier-medienpolitik-spd/> (Stand: 13. 11. 2009).

4 Lesenswert vor allem Kreuzer, Faszination des Mystischen, abrufbar unter: <http://irights.info/index.php?id=835> (Stand: 13. 11. 2009); Spielkamp, Die Lobbyisten der Unfreiheit, Message 04/2009, S. 30 ff.; Braun, Geliebte Apfelbäume, abrufbar unter: <http://bit.ly/3Q4rVb> (Stand: 13. 11. 2009); ders., So muss das Verlagsrecht überarbeitet werden, <http://bit.ly/14owYD> (Stand: 13. 11. 2009).

5 Ausführlich dazu Hilty, ZUM 2003, 983 ff.

6 Statt vieler Becker, Börsenblatt (62) 1990, 2317, 2317.

7 Kauter, Das Leistungsschutzrecht des Verlegers, 2008, S. 256.

8 Statt vieler Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl. 2007 Rn. 9.

9 Vgl. Begründung des Regierungsentwurfes zum Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. 9. 1965, 16 UFITA, Bd. 45, 241.

10 Siehe dazu Rehlinger, Urheberrecht, 15. Aufl. 2008 Rn. 79.

11 Abrufbar unter: <http://bit.ly/oW7c0> (Stand: 13. 11. 2009).

12 Grünbuch Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft, S. 5, abrufbar unter: <http://bit.ly/oW7c0> (Stand: 13. 11. 2009).

Kunstfreiheit, des Urheberrechtsschutzes und des Verlegerschutzes Rechnung getragen werden<sup>13</sup>.

Die Interessenlage stellt sich in unterschiedlichen Branchen unterschiedlich dar. Im Wissenschaftsbereich ist z. B. das Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst ungehinderten Werkverbreitung als besonders erhöht einzustufen. Angesichts der überwiegend staatlich finanzierten „Produktion“ von Informationen droht im Wissenschaftsbereich auch keine Marktsituation, in der das Modell „kostenlose Verbreitung“ die Produktion unwirtschaftlich macht. In dem vom Koalitionsvertrag ins Auge gefassten Markt von Tagesinformationen stellt sich die Situation anders dar: Auch in diesem Markt besteht ein gesteigertes Interesse, an einer möglichst weiten Verbreitung und Kommunikation. Allerdings ist insoweit die Produktion nicht staatlich, sondern privatwirtschaftlich finanziert.

Zusammenfassend stellt sich die Interessenlage des Urheberrechts tripolar dar. Soweit teilweise das Verhältnis zwischen Verlegern und Autoren noch immer als symbiotisch betrachtet wird, ist diese Auffassung abzulehnen.

## 2. Die Forderung nach einem Leistungsschutzrecht gestern und heute

Die Forderung nach einem Leistungsschutzrecht für Verleger ist ein aktuelles aber keinesfalls neues Thema, das seit längerem auf akademischer<sup>14</sup> und politischer Ebene<sup>15</sup> diskutiert wird. Zuletzt gab es Ende der 1980er im Anschluss an das Heidelberger Urheberrechtssymposium und das WIPO Dokument „The Printed World“ eine lebendige Diskussion über die Notwendigkeit eines Leistungsschutzrechts für Verleger<sup>16</sup>. Begründet wurde das Bedürfnis nach einem Leistungsschutzrecht für Verleger in der bisherigen Diskussion mit der kulturellen Bedeutung der verlegerischen Leistung<sup>17</sup>, mit Schwächen bei der Rechtsdurchsetzung abgeleiteter Nutzungsrechte<sup>18</sup>, mit einer Analogie zum Tonträgerherstellerrecht und dem Recht für Sendeunternehmen und Filmproduzenten<sup>19</sup> sowie mit der eigenständigen Bedeutung der verlegerischen Leistung gegenüber der Leistung der Urheber<sup>20</sup>. Zum Teil wurde einem Leistungsschutzrecht für Verleger auch das Potential zugemessen, die teilweise entgegenstehenden Interessen von Urhebern und Verwertern formal zu trennen<sup>21</sup>. Soweit das Verhältnis von Urhebern und Verlegern als symbiotisch betrachtet wird, wird gerade dieses Potential einer Trennung der Interessen gegen die Einführung eines Leistungsschutzrechtes vorgebracht<sup>22</sup>. Die aktuelle politische Diskussion findet im Wesentlichen unter anderen Vorzeichen statt: Die Forderung nach einem Leistungsschutzrecht wird konkret mit der „unentgeltlichen Ausnutzung“ verlegerischer Leistung im Internet begründet<sup>23</sup>. Die aktuelle Forderung nach einem Leistungsschutzrecht entsteht also aus dem Kontext durch das Internet veränderter Marktbedingungen für Medienunternehmen.

## 3. Allgemeine Voraussetzungen für die Schaffung eines neuen Immaterialgüterrechts

Ein Leistungsschutzrecht für Verleger muss an den Anforderungen gemessen werden, die allgemein für die Schaffung eines jeden neuen Immaterialgüterrechts gelten. Ein Immaterialgüterrecht steht immer in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Wettbewerbs-

freiheit. Denn in einer marktwirtschaftlichen Ordnung muss sich ein Unternehmer grundsätzlich den Gesetzen des Marktes und des freien Wettbewerbs unterwerfen<sup>24</sup>. Grundsätzlich kann jeder jedes Geschäft betreiben, auch wenn ein anderer die Idee zuerst hatte<sup>25</sup>. Im Interesse der Verbraucher ist sogar ein reiner Imitationswettbewerb erwünscht, da er zur Bildung verbraucherfreundlicher Preise führt<sup>26</sup>. Die Erforderlichkeit von Investitionen begründet also für sich allein weder ein gewerbliches Schutzrecht<sup>27</sup> noch wird dadurch die Forderung an den Gesetzgeber zu einem Schutz der Investitionen gerechtfertigt. Denn Investitionen müssen sich im Markt bewähren. Wären alle Vermögenswerte des Marktes exklusiv zugeordnet, so gäbe es nichts mehr, worum Wettbewerber zueinander in freiem Wettbewerb stehen könnten<sup>28</sup>. Ein gesetzgeberischer Eingriff durch einen Rechtsschutz ist also nur dann gerechtfertigt, wenn eine bestimmte, auch im Allgemeininteresse liegende Leistung in besonderer Weise von einer ausbeutenden Nachahmung bedroht ist, so dass im Hinblick auf die drohende Nachahmung ohne Schutz diese Leistung nicht mehr in einem für das Allgemeininteresse erforderlichen Maße erbracht würde<sup>29</sup>. Nur wenn das der Fall ist, dann muss der Gesetzgeber für das Ziel der Wettbewerbsfreiheit durch einen verhältnismäßigen Schutz das wettbewerbliche Gleichgewicht wiederherstellen. Das jüngste neu geschaffene Schutzrecht betrifft z. B. den durch moderne Vervielfältigungsmethoden notwendig gewordenen Rechtsschutz von Datenbanken, der wesentliche Investitionen in das Beschaffen, Überprüfen und Darstellen von Daten mit einem Schutz-

13 Siehe dazu ausführlich Geiger, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, S. 143, 145.

14 Dafür: Dietz, Börsenblatt 1989, 112, 115; ders., ZUM 1989, 53 ff., insb. 56; Soetenhorst, GRUR Int 1989, 760, 771; Wandtke, in: Wandtke/Bullinger, 3. Aufl. 2009, Einl. Rn. 11; Bernuth, GRUR 2005, 196, 200 – Verleger für Bildungsmedien betreffend; Grünberger, GRUR 2006, 894, 900; Kauert (Fn. 7); Hegemann/Heine AfP 2009, 201 ff. Presseverleger betreffend. Differenziert: Hilty, GRUR 2006, 179, 190, der ein eigenes Leistungsschutzrecht für Verleger unter der Bedingung befürwortet, dass gleichzeitig mit seiner Einführung den Interessen der Urheber und der Allgemeinheit mittels einer Urhebervertragsrechtsreform Rechnung getragen wird; Sprang, ZUM Sonderheft 2003, 1035, 1036, „Nicht zuletzt bedarf es der Einführung dieses Leistungsschutzrechts aber auch, um je nach Sachverhalt differenzierende, wirklichkeitsnahe Verteilungsschlüssel für Zweitverwertungsrechte zu schaffen.“; Dagegen: Sieger, ZUM 1989, 172 ff.; E. Schulze, ZUM 1990, 47, 49; Becker, Börsenblatt 1990, 2317, 2321; Schack, ZUM 1990, 59, 60; ders., Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 1008; Allenstein, Leistungsschutzrechte für Verleger unter besonderer Berücksichtigung der EU-Datenbankrichtlinie, 2004.

15 Dazu bereits oben I.

16 Vgl. Kauert (Fn. 7), S. 229 ff.; Allenstein, (Fn. 14), S. 132 ff.

17 Allenstein, (Fn. 14), S. 8.

18 Hegemann/Heine, AfP 2009, 201, 204.

19 Schulze, Börsenblatt 1989, 148, 152; Dietz, Börsenblatt 1989, 112, 113; Kauert (Fn. 7), S. 252 i. V. m. S. 55 ff.; Soetenhorst, GRUR Int 1989, 760, 762; Heker, ZUM 1995, 97, 99; Hilty sieht das Fehlen eines Leistungsschutzrechts für Verleger als eine planwidrige Regelungslücke – vgl. Hilty, UFITA 116 (1991), 35, 41; ders., GRUR 2005, 819, 826; ders., GRUR Int 2006, 179, 181.

20 Soetenhorst, GRUR Int 1989, 760, 761.

21 Hilty, UFITA (116) 1991, 35, 57 f.

22 Statt vieler Becker, Börsenblatt (62) 1990, 2317, 2317; Schack (Fn. 14), Rn. 1008.

23 Hegemann/Heine, AfP 2009, 201, 204.

24 Hilty/Henning-Bodewig, Leistungsschutzrechte zugunsten von Sportveranstaltern?, 2007, S. 72; T. Ehmann, GRUR Int 2009, 659, 660 f.

25 Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S. 290.

26 Im Rahmen des Designschutzes Ohly, GRUR 2007, 731, 735.

27 Hilty/Henning-Bodewig (Fn. 24), S. 79.

28 Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 894.

29 Hilty, GRUR 2005, 819, 822 f.

recht vor Vervielfältigungen Dritter schützt. Gleichmaßen gibt es auch zahlreiche Rechtspositionen, die sich nach wie vor ungeschützt dem Nachahmungswettbewerb stellen müssen. Sportveranstalter etwa haben kein eigenes Leistungsschutzrecht, müssen Fernsehübertragungsrechte daher vertraglich konstruieren, was z. B. Einfluss hat auf den Schutz gegen Hörfunkberichterstattung, die von einem Fernsehgerät aus erfolgt<sup>30</sup>. Gleichfalls kein Schutz besteht für Fernsehshowformate<sup>31</sup>. Auch Geschäftsmodelle sind ebenso wenig schutzfähig wie Algorithmen. Gerade im Internet führt dies zu einem harten Wettbewerb, denn die Entwicklung, Umsetzung und Durchsetzung neuer Geschäftsmodelle ist zeit- und kostenaufwendig und im Falle der Marktdurchsetzung von unschätzbarem Wert. Dennoch sind weder eine Geschäftsidee noch ihre konkrete Umsetzung in Form einer bestimmten Benutzerführung etc. durch ein Schutzrecht geschützt. Denn der Stand der Technik muss frei bleiben und neue Geschäftsmodelle entstehen auch ohne Schutz, so dass das Interesse der Allgemeinheit an der Freiheit des Nachahmers und seinem besseren oder billigeren Angebot letztlich das Interesse des Erstinvestors an einem Schutz seiner Investition überwiegt. Um den freien Wettbewerb als anerkanntermaßen erfolgreichstes Instrument einer effizienten Ressourcenallokation<sup>32</sup> soweit wie möglich aufrechtzuerhalten, darf ein Schutz jeweils nur so weit gehen wie auch das Schutzbedürfnis reicht. Andernfalls würden wirtschaftliche Chancen einer Person ausschließlich zugewiesen, die sie vielleicht gar nicht wahrnehmen will, während andere, die diese Geschäftschance wahrnehmen wollen, das aufgrund der ausschließlichen Zuweisung nicht dürften<sup>33</sup>. Ein zu weit verstandener Schutz ist also innovationsfeindlich.

#### 4. Voraussetzungen der Schaffung eines Schutzes der verlegerischen Leistung

Die weit überwiegende Anzahl von Verlagsprodukten wie Bücher, Zeitungen und Zeitschriften sind ohne wesentliche Kosten kopierbar und damit schutzbedürftig. Allerdings verbindet sich in Verlagsprodukten regelmäßig die verlegerische Leistung mit der Leistung der Urheber. Der Schutz für die Endprodukte erfolgt – abgesehen von den nachstehend dargestellten Sonderfällen – in erster Linie durch abgeleitete urheberrechtliche Nutzungsrechte.

Historisch geht dem Schutz der Autoren sogar ein Schutz der Verleger in Form des Druckerprivilegs voraus, das sich zum Urheberrecht weiterentwickelt hat<sup>34</sup>. Entsprechend bewegt sich die verlegerische Leistung keineswegs in einem ungeschützten Umfeld. Ein Leistungsschutzrecht für Verleger ist nach den allgemeinen Voraussetzungen nur dann zu schaffen, wenn ohne ein Schutzrecht die Leistung der Verleger als Werkvermittler nicht mehr in einem für das Allgemeinwohl hinreichenden Maße erfolgen würde. Das bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber rechtliche Rahmenbedingungen dafür schaffen muss, das Berufsbild des Verlegers durch ein Schutzrecht in der bestehenden Form zu erhalten. Gesetzgeberische Zielsetzung muss vielmehr sein, Rahmenbedingungen zu schaffen, in denen bei größtmöglicher Wettbewerbsfreiheit Werkvermittlung stattfinden kann. Ein Schutz darf also insbesondere nicht dazu führen, dass überholte Geschäftsmodelle erhalten und Innovation verhindert wird.

### III. Bestehende Schutzmechanismen für die verlegerische Leistung

#### 1. Derivativer Schutz durch urheberrechtliche Nutzungsrechte

Zwar ist das Urheberrecht formal unübertragbar (§ 29 UrhG). Durch die übliche Vertragspraxis der ausschließlichen Rechteeinräumung treten Verlage aber nahezu vollständig in die Rechtsstellung der Urheber ein. Zwar gilt für die Einräumung von Nutzungsrechten für Zeitungen und Zeitschriften die Regelung des § 38 UrhG, wonach der Urheber nach Ablauf eines Jahres seit Erscheinen berechtigt ist, sein Werk anderweitig zu verwerfen, wenn nichts anderes vereinbart ist. In der Praxis wird § 38 UrhG aber meist vertraglich abbedungen. Für angeestellte Urheber gilt dies schon auf der Grundlage von § 18 des einschlägigen Manteltarifvertrags für Redakteurinnen und Redakteure an Tageszeitungen bzw. § 12 des einschlägigen Manteltarifvertrags für Redakteure an Zeitschriften (allgemeinverbindlich). Bei den zahlreichen als freie Mitarbeiter tätigen Autoren wird in der Regel individualvertraglich dieselbe Rechtslage hergestellt. Dazu werden bei der ersten Kontaktaufnahme mit einem Medium Vertragsbedingungen übersandt, die dann für alle weiteren Veröffentlichungen gleichermaßen gelten.

#### 2. Leistungsschutz für den Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70 UrhG)

Keinen Verlegerschutz, sondern einen Schutz für den Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben gewährt § 70 UrhG. Geschützt werden Ausgaben urheberrechtlich ungeschützter Werke oder Texte, wenn sie das Ergebnis wissenschaftlich sichtender Tätigkeit darstellen und sich von den bisher bekannten Ausgaben wesentlich unterscheiden. Der Schutz entspricht dem urheberrechtlichen Schutz, so dass wie beim Urheberrecht insoweit Nutzungsrechte eingeräumt werden können. Der Schutz schließt also eine recht kleine urheberrechtliche „Lücke“ und hat bislang in Gerichtsentscheidungen nur selten eine Rolle gespielt, was aber nicht gegen die Bedeutsamkeit der Norm spricht<sup>35</sup>.

#### 3. Leistungsschutz für nachgelassene Werke (§ 71 UrhG)

Ein Leistungsschutzrecht besteht auch für nachgelassene Werke, bei denen das Urheberrecht bereits abgelaufen ist und die unter Aufwand von „Kosten und Mühen“ wieder aufgelegt werden. Strittig ist, ob das Recht beim Verleger oder beim Herausgeber entsteht<sup>36</sup>. Wie bei § 70 UrhG ist

30 In diesem Sinne auch: BGH, 8.11.2005 – KZR 37/03, K&R 2006, 190 ff.

31 BGH, 26.6.2003 – I ZR 176/01, K&R 2003, 517 ff. – Sendeformat. In der Literatur ist die Frage der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit umstritten.

32 *Hilty*, Law Against Unfair Competition and Its Interfaces, in: *Hilty/Henning-Bodewig*, Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?, Berlin 2007, S. 1; *ders.*, „Leistungsschutz“ – made in Switzerland? – Klärung eines Missverständnisses und Überlegungen zum allgemeinen Schutz von Investitionen, in: *Ahrens/Bornkamm/Kunz-Hallstein* (Hg.), Festschrift für Eike Ullmann, 2006, S. 643, 665.

33 *T. Ehmman*, GRUR Int. 2009, 659, 661.

34 Ausführlich dazu *Hilty*, UFITA 116 (1991), 35 ff.; *ders.*, in: *Dittrich*, Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, S. 20, 27.

35 *Löwenheim*, in: *Schricker*, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 70 Rn. 2.

36 *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 14), Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 71 Rn. 32.

auch der Anwendungsbereich von § 71 UrhG sehr beschränkt.

Insbesondere die Schutzvoraussetzung, nach der durch § 71 UrhG derjenige geschützt ist, der das Werk erstmals öffentlich wiedergibt, schränkt den Anwendungsbereich der Norm ein. Denn die erste öffentliche Wiedergabe lässt sich im Prozess bei alten Werken kaum beweisen. Daher bietet § 71 UrhG jedenfalls keinen Schutz, der das hier vorrangig zu untersuchende Leistungsschutzrecht für Presseverleger ersetzen würde.

#### 4. Leistungsschutzrecht für Presseverleger durch den Schutz für Datenbanken nach § 4 Abs. 1, 2 UrhG und §§ 87 a ff. UrhG

Grundsätzlich kommt für Presseverleger sowohl ein Schutz durch den Schutz für Sammelwerke (§ 4 Abs. 1 UrhG) bzw. Datenbankwerke (§ 4 Abs. 2 UrhG) als auch durch das Datenbankherstellerrecht (§§ 87 a ff. UrhG) in Betracht. Der urheberrechtliche Schutz entsteht für Sammelwerke und Datenbankwerke bei natürlichen Personen und schützt daher Verlage wiederum nur mittelbar über abgeleitete Nutzungsrechte. In der Rechtsprechung wurde ein Schutz von Zeitschriften als Sammelwerke bzw. Datenbankwerke vom OLG München mangels systematischer Anordnung der Artikel abgelehnt<sup>37</sup>. Das OLG Hamm hat dagegen eine wissenschaftliche Zeitschrift zu Recht als Datenbankwerk i. S. d. § 4 Abs. 2 UrhG angesehen und deren Herausgeber als Datenbankurheber betrachtet<sup>38</sup>.

Umstritten ist, ob der Leistung von Presseverlegern ein Schutz durch das Datenbankherstellerrecht zukommt<sup>39</sup>. Das Datenbankherstellerrecht entsteht bei der Person, die das wirtschaftliche Risiko der Investitionen in die Datenbank trägt – also im Fall von Presseverlegern beim Verlag. Ein Schutz kommt dann in Betracht, wenn die Datenbank wesentliche Investitionen in das Beschaffen, Überprüfen oder Darstellen der Elemente erfordert. Infolge der datenbankrechtlichen Leitentscheidungen des EuGH *British-Horseracing*<sup>40</sup> und *Fixtures Limited*<sup>41</sup> ist dies nicht ganz unzweifelhaft. In diesen Entscheidungen hat der EuGH das Datenbankherstellerrecht dahingehend konkretisiert, dass im Rahmen der Schutzvoraussetzung der „wesentlichen Investition in das Beschaffen, Überprüfen oder Darstellen der Elemente“ solche Investitionen nicht ansatzfähig sind, mit denen Informationen erzeugt werden. Die dadurch erforderliche Unterscheidung zwischen Beschaffen und Erzeugen betrifft auch die Schutzfähigkeit von Zeitungen und Zeitschriften als Datenbank<sup>42</sup>. Zweifelhaft ist insbesondere die Ansatzfähigkeit von Investitionen in das Verfassen der Artikel<sup>43</sup>.

Die besseren Gründe sprechen für einen Schutz von Presseverlegern durch das Datenbankherstellerrecht. Denn im Rahmen ein und desselben Artikels können sich sowohl Informationen befinden, die der Redakteur sich erst „beschaffen“ musste und Informationen in Form der eigenen Meinung des Redakteurs, die im Artikel „erzeugt“ werden. Entscheidend ist letztlich allein, ob der jeweilige Presseverleger insgesamt wesentliche Investitionen in das Beschaffen von Informationen getätigt hat. Selbst wenn man aber Investitionen in festangestellte Redakteure unberücksichtigt lassen würde, wären immer noch die angekauften Artikel Beschaffungskosten und keine Kosten des Erzeugens. Diese reichen wohl gemeinsam mit weiteren Investitionen in das Überprüfen und Darstellen

aus, um regelmäßig einen Datenbankherstellerschutz für Presseverleger zu begründen. Ein Datenbankherstellerrecht für Zeitungen und Zeitschriften erfasst aber nicht die in den einzelnen Artikeln enthaltenen Informationen, sondern schützt nur gegen die Übernahme wesentlicher Teile der Zeitung oder Zeitschrift als Sammlung der darin enthaltenen Beiträge. Dabei ist ein übernommener Teil dann wesentlich, wenn die Übernahme die Investition gefährdet. Soweit die Presseverleger sich gegen Suchmaschinen verteidigen wollen, ist das Datenbankherstellerrecht demnach durchaus eine einschlägige Anspruchsgrundlage. Allerdings scheidet eine Verletzung des Datenbankherstellerrechts durch Suchmaschinen letztlich daran, dass das Verlinken auch datenbankrechtlich keine Vervielfältigung darstellt<sup>44</sup>.

#### 5. Schutz durch ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz

Auch wettbewerbsrechtlich sind Zeitungen und Zeitschriften anders als häufig behauptet keineswegs ohne Schutz. Ein Schutz kommt auf Grundlage des nun in §§ 3, 4 Nr. 9 UWG geregelten wettbewerblichen Leistungsschutzes in Betracht. In der Entscheidung „Reprint“ vertrieb die Klägerin z. B. ein gemeinfreies Werk der Literatur und beehrte von der Beklagten Unterlassung des Vertriebs eines Nachdrucks, der im Wege der Fotokopie ohne eigenen Satzspiegel der Beklagten hergestellt worden war. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Schallplatten-Entscheidung des Reichsgerichts<sup>45</sup> hielt es der BGH für entscheidend, dass die Aneignung zum Schaden dessen geschehen sei, dem billigerweise die Früchte der Arbeit zukommen müssten<sup>46</sup>. Die Frage der Unbilligkeit sei maßgeblich danach zu beurteilen, ob die vom Nachdrucker angewandte Methode des Nachdrucks nach Zeit und Umständen geeignet sei, einen nach den Gepflogenheiten ordentlicher Verleger planenden Erstverleger mit einem zusätzlichen Risiko zu belasten, das zu tragen ihm nicht zugemutet werden kann<sup>47</sup>. Auch außerhalb von einem bestehenden Sonderrechtsschutz kommt demnach durchaus eine lauterkeitsrechtliche Bewertung der Schutzwürdigkeit verlegerischer Leistung in Betracht. Im Rahmen einer zu treffenden einzelfallbezogenen Interessenabwägung wäre dann die konkrete verlegerische Leistung zu bewerten. Dabei sind die konkreten Investitionen eines Verlages zu betrachten, die sich je nach der Art der verlegerischen Tätigkeit sehr unterschiedlich darstellen können. Jeder Teilmarkt vom Belletristik- und Jugendbuchmarkt, über den Schulbuch und Wissenschaftsmarkt bis zum Zeitungs- und Zeitschriftenmarkt folgt eigenen Regeln und erfordert vollkommen unterschiedliche verlegerische Tätigkeiten. Selbst innerhalb von sehr spezifischen Teilmärkten gestaltet sich die verlegerische Tätigkeit sehr unterschiedlich und weist eine vollkommen unterschiedliche Kosten- und Einnahmestruktur auf. So gibt es z. B. Zeitschriften, bei denen Wer-

37 OLG München, 10. 5. 2007 – 29 U 1638/06, K&R 2007, 418 ff. – Subito.

38 OLG Hamm, 26. 2. 2008 – 4 U 157/07, GRUR-RR, 2008, 276 ff.

39 Umfassend dazu *Allenstein* (Fn. 14), S. 224.

40 EuGH, 9. 11. 2004 GRUR 2005, 244 ff. – *British Horseracing*.

41 EuGH, GRUR 2005, 252 ff. – *Fixtures Limited*.

42 *Vogel*, in: *Schricker* (Fn. 35), § 87 a Rn. 31.

43 Ebenso *Hegemann/Heine*, AfP 2009, 201, 202 f.

44 BGH, 17. 7. 2003 – I ZR 259/00, K&R 2003, 554 ff. – *Paperboy*.

45 RGZ 73, 294 ff. – *Schallplatten*.

46 BGH, 30. 10. 1968 – I ZR 52/66, GRUR 1969, 186, 188 – *Reprint*.

47 BGH, 30. 10. 1968 – I ZR 52/66, GRUR 1969, 186, 188 – *Reprint*.

beanzeigen im Vergleich zu den Verkaufserlösen eine sehr wichtige Rolle spielen. Andererseits gibt es auch Zeitschriften, die sich nahezu ausschließlich über den Verkaufspreis amortisieren. Da die Investitionen und Einnahmen sich also von Einzelfall zu Einzelfall sehr unterschiedlich darstellen, gewährt eine einzelfallbezogene Interessenabwägung ein höheres Maß an Einzelfallgerechtigkeit für einen Schutz der Verleger gegen unlautere Übernahmen als ein starrer Schutz durch ein neues gewerbliches Schutzrecht. Allerdings hat die Rechtsprechung bisher noch große Probleme, den ergänzenden Leistungsschutz zu konkretisieren, so dass auf dieser Grundlage kaum Rechtssicherheit besteht.

#### IV. Argumente für und gegen ein Leistungsschutzrecht für Verleger

##### 1. Aktivlegitimation

Teilweise wird die Ansicht vertreten, für ein Leistungsschutzrecht von Verlegern sprächen Durchsetzungsprobleme des derivativen Schutzes auf Grund der Notwendigkeit im Prozess gegen Rechtsverletzer die Einräumung der Nutzungsrechte zu beweisen<sup>48</sup>. Allerdings lässt sich dadurch ein Leistungsschutzrecht nicht rechtfertigen. Derivativer Rechteerwerb ist dokumentationsfähig und die Dokumentation ist auch zumutbar<sup>49</sup>. Im Übrigen ist insoweit schon durch die jüngste Reform im „Zweiten Korb“ mit § 10 Abs. 3 UrhG eine Beweislastermittlung für Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eingeführt worden. Das genannte Durchsetzungsproblem rechtfertigt also für sich allein nicht die Schaffung eines zusätzlichen Leistungsschutzrechts.

##### 2. Beteiligung der Presseverleger an den Ausschüttungen der VG Wort

Die VG Wort schüttet ihre Einnahmen sowohl an Verlage als auch an Urheber aus. Die Einnahmen beruhen auf gesetzlichen Vergütungsansprüchen, die überwiegend an urheberrechtlichen Schranken anknüpfen und die durch Verwertungsgesellschaft in eigenem Namen für Rechnung der Inhaber der Vergütungsansprüche geltend gemacht, durchgesetzt und anschließend an die Bezugsberechtigten ausgeschüttet werden. Die von der VG Wort wahrgenommenen Vergütungsansprüche liegen teilweise bei Autoren und teilweise bei Verlegern. Die Rechtslage stellt sich in diesem Zusammenhang mehr als unübersichtlich dar.

So wurde z. B. im Ersten Korb von 2002 mit § 63 a UrhG eine Regelung eingeführt, nach der Vergütungsansprüche im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abtretbar und im Übrigen unabtretbar waren<sup>50</sup>. Die Auswirkungen dieser Regelung auf die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften waren umstritten<sup>51</sup>. Die Regelung wurde von der Verlagsbranche heftig kritisiert und im Zweiten Korb dahingehend geändert<sup>52</sup>, dass Vergütungsansprüche zwar im Voraus unverzichtbar sind, aber im Voraus an Verlage und Verwertungsgesellschaften abtreten werden können, vorausgesetzt, dass der Verlag diese Vergütungsansprüche durch eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen lässt, die die Rechte von Verlegern und Urhebern gemeinsam wahrnimmt. Für Zeitschriftenverleger und angestellte Zeitschriftenredakteure ändert sich dadurch nichts, da die Vergütungsansprüche nach §§ 21, 22, 26, 27, 49, 53, 54 und 54 a UrhG gemäß

§ 12 Nr. 1 des allgemeinverbindlichen Manteltarifvertrags für Journalistinnen und Journalisten an Zeitschriften (gekündigt zum 31. 12. 2009) ohnehin den Redakteuren zustehen. Dasselbe gilt für tarifgebundene Zeitungsverleger und ihre angestellten Redakteure gemäß § 18 Nr. 1 des Manteltarifvertrags für Redakteurinnen und Redakteure an Tageszeitungen, der den Redakteuren die Vergütungsansprüche nach §§ 21, 22, 26, 27, 45 a, 49, 52 a, 53, 54 und 54 a UrhG zuschlägt. Ob diese Regelungen auf die Verteilungspraxis Einfluss haben, lässt sich anhand der veröffentlichten Verteilungspläne und Geschäftsberichte der VG Wort nicht abschließend beurteilen. Bei den Ausschüttungen an einzelne Autoren wird nicht danach differenziert, ob der einzelne Autor seine Vergütungsansprüche abgetreten hat oder nicht. Soweit *Hegemann* schreibt, Presseverleger würden nicht an den Einnahmen der VG Wort partizipieren<sup>53</sup>, ist das unzutreffend. Lediglich die Pressespiegelvergütung wird ausschließlich an Autoren ausgeschüttet (§ 2 Nr. 1 a des Verteilungsplans vom 23. 5. 2009). Die Pressespiegelvergütung machte im Jahr 2008 aber nur 3,26 % (= 3,85 Mio. Euro) der Einnahmen der VG Wort aus<sup>54</sup>. An den weitaus bedeutenderen Reprographieauschüttungen, die vor allem aus der Kopiergeräteabgabe gespeist wird (2007: 29,96 Mio. Euro; 2008: 60,42 Mio. Euro), sind Presseverlage aber nach der in § 2 des Verteilungsplans festgelegten Quote von 30 % für Verleger beteiligt, obwohl die zugrundeliegenden Vergütungsansprüche nach den genannten Tarifverträgen den Autoren zustehen<sup>55</sup>. Die Verteilungspraxis hat sich weitgehend von den Vergütungsansprüchen abgelöst, da es nicht mit vertretbarem Aufwand möglich ist, die Ausschüttungen an einen einzelnen Autor von der unterschiedlichen tarifvertraglichen oder individualvertraglichen Rechtslage in Bezug auf die Vergütungsansprüche abhängig zu machen.

Ein Leistungsschutzrecht für Presseverlage wäre jedenfalls dann von erheblichem Einfluss auf die kollektive Rechtswahrnehmung, wenn aus diesem wie aus dem Urheberrecht Vergütungsansprüche erwachsen würden. Dies setzt aber eine ausdrückliche Regelung im Gesetz voraus. Sollte dies der Fall sein, erscheint die Gründung einer eigenen Verwertungsgesellschaft der Presseverleger zur Wahrnehmung der Leistungsschutzrechte naheliegend. Eine Trennung der Interessen von Autoren und Verlagen, die sich auf der Ebene der Verwertungsgesellschaften fortsetzt, könnte eine interessante Perspektive

48 *Hegemann/Heine*, AfP 2009, 201, 204; für Verleger von Bildungsmedien: von *Bernuth*, GRUR 2005, 196, 198.

49 *Ebenso Kauert* (Fn. 7), S. 224.

50 Gesetz vom 22. 3. 2002 zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern – BGBl I Nr. 21 1155 ff.

51 Dazu das Gutachten von *Dreier* für den Börsenverein des Deutschen Buchhandels, abrufbar unter: <http://www.urheberrecht.org/topic/InfoRiLi/st/DREIER-63a.pdf> (Stand: 13. 11. 2009); offengelassen auch von LG München, 19. 7. 2007 – 7 O 7870/06, ZUM-RD 2007, 546, 549.

52 Da das Abtretungsverbot gesetzlicher Vergütungsansprüche an Verlage nicht dem Zweck des Ersten Korbs diene, die Urheber als schwächere Partei im Vertragsverhältnis zu schützen, sei die Kritik der Verlagsbranche in Bezug auf § 63 a UrhG berechtigt. Siehe dazu Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Drucksache 16/1828, S. 32.

53 *Hegemann/Heine*, AfP 2009, 201, 206. Fehl geht allerdings die Einschätzung der Verfasser, dies beruhe auf einem fehlenden Verlagsrecht der Presseverleger. Das Verlagsgesetz ist vielmehr auch auf Presseverleger anwendbar, *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 14), § 38 Rn. 4.

54 Geschäftsbericht 2008 der VG Wort, Seite 2; abrufbar unter: <http://www.vgwort.de/geschaeftsberichte.php> (Stand: 13. 11. 2009).

55 Vgl. [http://www.vgwort.de/info\\_presserepro.php](http://www.vgwort.de/info_presserepro.php) (Stand: 13. 11. 2009).

darstellen, da die bisher im Verteilungsplan der VG Wort geregelten Verteilungsquoten von Autoren und Verlegern dann in einer Art Tarifverhandlungen auf Augenhöhe ausgehandelt werden könnten. Allein die Einführung eines Leistungsschutzrechts führt aber nicht zu mehr Klarheit.

### 3. Trennung der Interessen zwischen Autoren und Verlegern

Teilweise wird die Ansicht vertreten, der primär über abgeleitete Nutzungsrechte erfolgende Schutz sei problematisch, da er in der urheberrechtlichen Diskussion die Interessen von Urhebern und Verlegern vermische. Derzeit können Verleger sich mit Hinweis auf eine angeblich symbiotische Beziehung zwischen ihnen und ihren Urhebern als Vertreter der Interessen der Urheber gerieren und ein starkes Urheberrecht fordern, das letztlich ihnen selbst zugute kommt<sup>56</sup>. Die Interessenlage stellt sich im Urheberrecht aber tripolar dar<sup>57</sup>.

Ein Leistungsschutzrecht könnte dazu beitragen, die Interessen von Urhebern und Verlegern formal zu trennen. Diese Trennung könnte sich dann fortentwickeln z. B. durch jeweils eigene Verwertungsgesellschaften für Verleger und Autoren. Unabhängig von der Schaffung eines Leistungsschutzrechts setzt eine Trennung der Interessen aber ein arbeitsrechtsähnliches zwingendes Urhebervertragsrecht voraus, um den bestehenden Interessenausgleich nicht leerlaufen zu lassen und den bestehenden Interessenausgleich einseitig zugunsten der Verleger zu verschieben<sup>58</sup>.

### 4. Die aktuelle Diskussion um eine Protektion im Internet

#### a) Auslegung und rechtliche Einordnung der von Verlegerseite angeführten Argumente

Der vielstimmigen aktuellen Diskussion um ein Leistungsschutzrecht für Verleger können einige wiederkehrende Argumente entnommen werden. Im Kontext der Kontroverse um die Google Buchsuche und den Heidelberger Appell<sup>59</sup> wurden Suchmaschinen im Allgemeinen und Google im Besonderen als Gegner geistigen Eigentums ausgemacht. Vereinzelt werden sogar Stimmen laut, die den urheberrechtlichen Schutz jeder Interessenabwägung entziehen und sogar die großzügig bemessene Schutzdauer von 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers ausweiten wollen<sup>60</sup>. In der Hamburger Erklärung<sup>61</sup>, die bereits von über 160 europäischen Verlagen unterzeichnet wurde, heißt es:

„Zahlreiche Anbieter verwenden die Arbeit von Autoren, Verlagen und Sendern, ohne dafür zu bezahlen. <...> Der freie Zugang zu unseren Angeboten soll erhalten bleiben, zum Verschenken unseres Eigentums ohne vorherige Zustimmung möchten wir jedoch nicht gezwungen werden“.

Diese Erklärung überrascht, weil Verlage auch derzeit nicht gezwungen sind, immaterielle Güter zu verschenken. Vielmehr gibt es vor allem im Bereich der Fachmedien durchaus erfolgreiche kostenpflichtige Angebote. Anders als in der Musik- und Filmindustrie ist ein massenhaft illegales Verbreiten von Printmedien nicht offenkundig. Dennoch hat der Koalitionsvertrag<sup>62</sup> diese Sichtweise aufgegriffen. Dort heißt es:

„Verlage sollen im Online-Bereich nicht schlechter gestellt werden als andere Werkvermittler. Wir streben deshalb die Schaffung eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage zur Verbesserung des Schutzes von Presseerzeugnisse im Internet an.“

Andere Werkvermittler in diesem Zusammenhang sind Suchmaschinen, denen kein Leistungsschutzrecht zusteht. Zusammengefasst und geordnet wurden die von Verlegerseite vorgebrachten Argumente von *Hegemann* im Beitrag AfP 2009, S. 201 ff., der sich an dieser Stelle ebenfalls für die Schaffung eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger ausspricht. *Hegemann* führt in dem genannten Beitrag im Wesentlichen drei internetspezifische Probleme an, die neben den bereits behandelten Punkten aufgrund der veränderten Marktbedingungen des Internetzeitalters für einen spezifischen Verlegerschutz sprechen sollen: Die „Ausnutzung“ der verlegerischen Leistung durch Suchmaschinen wie Google und ihre Spezialsuchen wie Google-News, die „Ausnutzung“ durch „Rip-offs“, die angeblich größere Textauszüge ungenehmigt übernehmen, ohne auch nur zu zitieren sowie Onlinepressepiegel und Kopienversanddienste. Bevor auf diese Problematik im Einzelnen eingegangen wird, sollen zunächst kurz die veränderten ökonomischen Rahmenbedingungen dargestellt werden.

#### b) Die durch das Internet veränderten Rahmenbedingungen

Die Werkvermittlung hat sich durch das Internet grundlegend verändert. Die technischen Möglichkeiten wollen und sollen genutzt werden und führen zum Aufbau umfangreicher Archive. Das größte und umstrittenste Archiv der Welt ist dabei das der Google Buchsuche. Wo Archive aufgebaut werden, da wirft das Urheberrecht naturgemäß Probleme auf. Dies ist nicht nur bei Google Books der Fall, sondern auch bei Verlagsarchiven und entsprechenden Onlinedatenbanken<sup>63</sup>. Letztlich ist das gesamte Internet ein riesiges Archiv, das auf dem Kopieren von Dateien basiert. Das führt zu einem Zielkonflikt mit dem Urheberrecht, das Vervielfältigungen verbietet. Printmedien stehen im Internetzeitalter vor großen Herausforderungen in ihren drei Einnahmebereichen Verkaufspreis, Kleinanzeigen und Werbung. Die klassischen Kleinanzeigenmärkte der Tageszeitungen von der Partnervermittlung bis zu Stellenmärkten können gegen die Effizienz entsprechender Internetmärkte von eBay über diverse Partnerbörsen bis monster.de nicht konkurrieren und sind als solche auch nicht erhaltungswürdig. Teilweise ist es den Printanbietern gelungen, auch eigene Klein-

56 Zu diesem Zusammenhang auch *Kauert* (Fn. 7), S. 53 f., der schreibt: „Aufgrund des fehlenden eigenen originären Schutzes bedeutet grundsätzlich jede Ausweitung der Rechte der Urheber auch eine Besserstellung der von diesen Rechten profitierenden Verleger.“

57 Dazu bereits oben II. 1.

58 Dazu unten IV. 6, sowie V.

59 Abrufbar unter <http://www.textkritik.de/urheberrecht/appell.pdf> (Stand: 13. 11. 2009).

60 *Siepenhaar* fordert z. B. geistiges Eigentum dürfe „kein Verfallsdatum“ haben <http://blog.handelsblatt.de/mediawatcher/index.php?tag=14&month=10&jahr=2009> (Stand: 13. 11. 2009).

61 Hamburger Erklärung; abrufbar unter: [http://www.axelspringer.de/downloads/153453/Hamburger\\_Erklärung.pdf](http://www.axelspringer.de/downloads/153453/Hamburger_Erklärung.pdf) (Stand: 13. 11. 2009).

62 Abrufbar unter: <http://bit.ly/2818KI> (Stand: 13. 11. 2009).

63 Dazu der ausführliche Bericht „Lass uns das Ding drehen“ von *Ilja Braun*, <http://www.irights.info/index.php?id=720> (Stand: 13. 11. 2009); erste Verfahren aus diesem Themenkreis sind bereits abgeschlossen, z. B. OLG Hamm, 26. 2. 2008 – 4 U 157/07, MMR 2008, 827 ff., weitere sind rechtshängig.

anzeigenmärkte im Internet sowie als Kombinationsangebote zu etablieren. Allerdings erscheint die Preisgestaltung auf Dauer nicht konkurrenzfähig<sup>64</sup>, so dass sich der Markt weiter in Richtung reiner Onlineangebote entwickeln wird. Als Werbeplattform sehen sich klassische Printmedien einer zunehmenden Konkurrenz durch tendenziell zielgenauere Onlinewerbung gegenüber, so dass in diesem Bereich mit zurückgehenden Umsätzen zu rechnen ist. Gleichzeitig profitieren die Onlineangebote der Printanbieter vom Internetwerbemarkt.

Auch bei der Monetarisierung der Inhalte stehen Presseverlage unter Druck. Die Verkaufszahlen der Printprodukte sinken kontinuierlich<sup>65</sup>. Gleichzeitig sind die Anbieter von Printmedien im Internet sehr präsent und bauen dort neue Geschäftsfelder auf. Die Bekanntheit der Marken bestehender Zeitungen und Zeitschriften ist eine wichtige Filterfunktion des Internets. Dies gewährleistet eine sehr starke Stellung der führenden Printmedien (auch lokaler Anbieter) im Internet. Dort sehen sich die Verlage einem starken Wettbewerb ausgesetzt. Vervielfältigung und Verbreitung sind über das Internet unbegrenzt auch ohne Verleger möglich. Blogs treten zunehmend in Konkurrenz zu den Onlineangeboten der klassischen Printmedien. Die Auffindbarkeit dieser Alternativmedien wird durch technische Mittel (Suchmaschinen) oder durch technisch gestützte virale Verbreitung (Twitter, soziale Netzwerke) gewährleistet. Durch das Internet haben Verlage ihre Stellung als alleinige Werkvermittler verloren. Verlage erscheinen im Netz eher als verschiedene Anbieter von Informationen, während die Vermittlung überwiegend von Suchmaschinen und zunehmend von sozialen Netzwerken geleistet wird. Aufgrund des medialen Bruchs ist es weniger so, dass Verlage durch ihre eigenen Onlineangebote ihren Printangeboten Konkurrenz machen. Die Umstellung der Nutzer erfolgt eher generell vom Printmedium auf das Medium Internet. Die Informationsquelle Internet tritt demnach als solche in Konkurrenz zu den klassischen Printmedien.

### c) *Ökonomische Perspektiven für Qualitätsjournalismus im Internet*

Der „Bedrohung“ der verlegerischen Leistung durch das Internet stehen erhebliche Chancen gegenüber, was auch in der Hamburger Erklärung nicht verkannt wird. Diese bestehen darin, dass sich Verlage bereits mit vielen Nutzern im Internet etabliert haben. Über ihre aus dem Printbereich bekannten starken Marken finden sie einen leichteren Zugang zum Nutzer als reine Internetunternehmen. Dieser Zugang zum Nutzer lässt sich auf drei Wegen nutzen. Die erste und wichtigste Einnahmequelle des Internets ist aktuell die *Werbung*. So generierte Spiegel.de im Monat September 2009 eine Zahl von 658 Mio. Page Impressions und verkauft einen Monat Werbung bei garantierten 2,8 Mio. Page Impressions (PI)/Woche<sup>66</sup> für einen sogenannten „Banner“ im Bereich Wirtschaft für 36000 Euro<sup>67</sup>.

Mittelfristig nimmt zweitens auch die Zahlungsbereitschaft der Nutzer im Internet zu. In diesem Zusammenhang wäre es für Presseverlage wichtig, ein geeignetes *Micropaymentsystem* zu entwickeln, denn Nutzer sind nur selten bereit, für eine einzelne Transaktion in Höhe weniger Cent oder Euro Kreditkarteninformationen einzutippen. Micropaymentsysteme werden sich voraussichtlich immer mehr durchsetzen und immer einfacher

zu bedienen sein. Vor diesem Hintergrund erscheint es künftig leichter als heute möglich, Bezahlcontent durchzusetzen. Allerdings müsste sich dieser angesichts der hohen Qualität der frei verfügbaren Inhalte qualitativ stark absetzen. Leichter haben es in diesem Zusammenhang Anbieter wie stiftung-waretest.de, die trotz geringer Marktdurchsetzung von Micropaymentsystemen schon seit einiger Zeit kostenpflichtigen Zugriff auf ihre aufwendigen Testberichte anbieten. Drittens können Verlage theoretisch den durch das kostenlose Angebot entstehenden Nutzerverkehr nutzen, um *eigene Premiumdienste* zu verkaufen (Freemium-Modelle).

### d) *Unentgeltliche Ausnutzung verlegerischer Tätigkeiten im Internet?*

#### aa) „Unlautere Ausbeutung“ durch Suchmaschinen

Der bestehende Schutz für Verleger wird teilweise auch wegen der veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Internetzeitalter für nicht ausreichend gehalten<sup>68</sup>. Hegemann schreibt, Google News führe zu einer „Abschöpfung der Werbebudgets der Presseverlage“<sup>69</sup>. Zutreffend ist, dass auch eine Suchmaschine wie Google, sei es im Rahmen der allgemeinen Websuche, sei es im Rahmen einer spezifischen Newssuche, durch Google News ohne zu durchsuchenden Content nicht existieren kann. Dies bedeutet aber noch nicht, dass die Leistung der Verlage in unlauterer Weise ausgebeutet wird. Die Diagnose des „unlauteren Ausbeutens“ von Verlagsprodukten durch Suchmaschinen widerspricht aber den Wertungen der geltenden Rechtslage als auch den bestehenden Marktbedingungen.

Suchmaschinen indizieren Webseiten<sup>70</sup>, gestalten mit technischen Mitteln Voransichten und verlinken auf die Zielseiten<sup>71</sup>. Dies geschieht aber nicht bei jeder Website, sondern nur bei solchen, die sich Suchmaschinen nicht verschließen. Eine Website muss nicht einmal kostenpflichtig oder anmeldepflichtig sein, um die Robots der Suchmaschinen auszuschließen. Denn Suchmaschinen

64 82 Euro kostet bei <http://immobilienmarkt.sueddeutsche.de/> (Stand: 13. 11. 2009) eine Fließtextanzeige eines Privatangebots Mietimmobilie, max. 3 Zeilen Text + 2 Zeilen Exposé-Nr., das zusätzlich zehn Tage online erscheint.

65 <http://www.ivw.de/index.php?menuid=37&reporid=10#tageszeitungen> (Stand: 13. 11. 2009).

66 Page Impressions (PI) sind die „Währung“ des Internets. Über diesen Wert werden Werbeanzeigen im Internet verkauft. Abgerechnet wird entweder per Klick oder per Sichtkontakt. Unabhängig davon wird der Wert meist in Sichtkontakten (Pis) angegeben. Preisangaben erfolgen meist im Rahmen des sogenannten Tausenderkontaktpreises (TKP).

67 [http://www.quality-channel.de/deutsch/qcpartner\\_\\_preise/spiegel\\_online/festpreise.php](http://www.quality-channel.de/deutsch/qcpartner__preise/spiegel_online/festpreise.php) (Stand: 13. 11. 2009).

68 Hegemann/Heine, AfP 2009, 201, 204 den Urheberrechtsschutz betreffend; a. A. Sieger, ZUM 1989, 172 ff; Schack, ZUM 1990, 59, 60; ders. (Fn. 14), Rn. 1008; Allenstein, (Fn. 14), S. 224. mit Rücksicht auf aller Schutzmöglichkeiten der Verleger; Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 19. 2. 2009, Urheberrecht „Dritter Korb“, S. 17. abrufbar unter [http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/stellungnahme\\_vom\\_19.02.2009.pdf](http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/stellungnahme_vom_19.02.2009.pdf) (Stand: 13. 11. 2009), mit Rücksicht auf den derivativen Urheberrechtsschutz der Verleger.

69 Hegemann/Heine, AfP 2009, 201, 204.

70 Eine Vervielfältigung ist zum Indizieren einer Website nicht unbedingt erforderlich, aber technisch sinnvoll und wird auch von Google vorgenommen und sogar über Google-Cache zugänglich gemacht. Inwieweit diese Vervielfältigungen erlaubt sind, sollte in § 44 a UrhG klargestellt werden.

71 Vgl. Tipps für Freie – Leistungsschutzrecht, (Medien-)Karriere eines Konzepts, S. 2, DJV 16. 7. 2009, abrufbar unter [http://www.djv.de/fileadmin/DJV/Journalismus\\_praktisch/Arbeitsfelder/Arbeitsfelder\\_Freie/Infos/Leistungsschutz.pdf](http://www.djv.de/fileadmin/DJV/Journalismus_praktisch/Arbeitsfelder/Arbeitsfelder_Freie/Infos/Leistungsschutz.pdf) (Stand: 13. 11. 2009).

suchen auf jeder Website zuerst nach einer standardisierten Textdatei und prüfen, ob die Website durchsucht werden darf oder nicht. Wer die Suchmaschine nicht ausschließt, willigt in die erforderlichen Verwertungshandlungen ein. Allerdings durchsucht der Robot Webseiten auch dann, wenn keine entsprechende Datei vorhanden ist, die dem Robot Anweisungen gibt. Alle Presseverlage halten ihre Angebote für Suchmaschinen offen und willigen damit konkludent in die Verwertung durch Suchmaschinen ein<sup>72</sup>. Dies würde für ein Leistungsschutzrecht genauso gelten, wie für das Urheberrecht.

Was die Anzeige der Suchergebnisse betrifft, so werden in der blauen Zeile stets Überschriften dargestellt, die urheberrechtlich i. d. R. nicht schutzfähig sind<sup>73</sup>. Die Textauszüge im schwarzen Text sind ebenfalls regelmäßig zu kurz, um urheberrechtlich relevant zu sein.

Was das Verlinken durch die Suchmaschine angeht, so ist seit der Paperboy-Entscheidung des BGH<sup>74</sup> in Deutschland die Frage entschieden, dass ein Deep-Link keinen urheberrechtlichen Eingriff darstellt. Auch international wurde diese Frage einheitlich so behandelt. An dieser Bewertung würde sich auch nichts ändern, wenn neben das Urheberrecht ein Leistungsschutzrecht für Verleger träte, das ebenfalls die Vervielfältigung von Verlagsprodukten verbieten würde. Denn der Link würde auch in dieses Vervielfältigungsrecht nicht eingreifen.

Auch wirtschaftlich macht der Angriff der Verlage auf Suchmaschinen keinen Sinn. Auf die Website [www.sueddeutsche.de](http://www.sueddeutsche.de) kommen ca. 30 % der User über Google, 3,28 % über Facebook und 1,75 % über Twitter<sup>75</sup>. Die Quote des Zustroms über soziale Netzwerke wie Facebook und Twitter wird voraussichtlich in den nächsten Jahren stark ansteigen<sup>76</sup>. Auch dort werden im Ergebnis in ähnlicher Weise wie bei Suchmaschinen Überschriften und kurze Textauszüge als Voransicht erstellt und ein Link gesetzt. Wer diese Handlungen für rechtswidrig hält, stellt das Internet als solches in Frage.

Eine Ausweitung des Vervielfältigungsbegriffs, sei es des urheberrechtlichen oder eines etwaigen verlegerrechtlichen Vervielfältigungsbegriffes auf das Verlinken würde den Informationsfluss im Internet erheblich behindern und widerspricht der Zielsetzung des Grünbuchs „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft“, nach dem die Wissensfreiheit zur fünften Grundfreiheit werden soll<sup>77</sup>.

#### bb) Unlautere Ausbeutung durch Blogs

Im Beitrag von *Hegemann* in der FAZ vom 9. 4. 2009 heißt es<sup>78</sup>: „Internet-Anbieter übernehmen kurzerhand ganze Artikel aus Presseerzeugnissen und stellen diese den Lesern in Form sogenannter „Rip-Offs“ zur Verfügung, ohne dass auch nur eine Quellenangabe erfolgt.“ Für die Frage nach der Erforderlichkeit eines Leistungsschutzrechts ist das aber unerheblich. Denn unrechtmäßige Vervielfältigungen sind Urheberrechtsverletzungen und können ohne Leistungsschutzrecht ebenso effektiv unterbunden werden. Die Frage, was ein rechtswidriges „Rip-Off“ ist und was ein rechtmäßiges Zitat, ist eine urheberrechtliche Frage im Rahmen von § 51 UrhG. Eine rechtspolitische Diskussion über die Reichweite von § 51 UrhG scheint teilweise gewünscht zu sein<sup>79</sup>. Eine solche Diskussion sollte nicht durch eine Verlagerung vom Urheberrecht in ein zu schaffendes Leistungsschutzrecht verkompliziert werden.

#### cc) Unlautere Ausnutzung durch Kopienversand und Pressespiegel

Auch in Bezug auf Kopienversand und Pressespiegel scheint Hegemann ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger für ein geeignetes Instrument zu halten, die schwierigen Diskussionen im Rahmen des Urheberrechts durch ein Leistungsschutzrecht zu lösen. Er schreibt<sup>80</sup>: „Unmittelbar auf der Leistung der Presseverleger bauen auch die zahlreichen Kopienversand-, Recherche- und Informationsdienste sowie Pressespiegelhersteller auf, die ebenfalls unter Einsatz digitaler Erfassungs- und Übermittlungstechnologien Inhalte aus Presseprodukten sammeln und gewerblich an Endkunden übermitteln. All das ist rechtswidrig.“ Für Kopienversanddienste gilt § 53 a UrhG, um den im Rahmen des Zweiten Korbes hart gerungen wurde, für Pressespiegel gilt § 49 UrhG<sup>81</sup>. Die Schrankenregelung nach § 53 a UrhG erlaubt nur Kopienversanddienste per Post oder Fax – nicht per E-Mail. Durch diese Neuregelung im Zweiten Korb sollten die Verleger mit Hinweis auf den Drei-Stufen-Test vor einem direkten Wettbewerb zwischen Bibliotheken und Verlegern bewahrt werden<sup>82</sup>. Die Rechtslage in Bezug auf Pressespiegel ist nur teilweise eindeutig. Herkömmliche „In-house“ Pressespiegel sind erlaubt. Die elektronischen „In-house“ Pressespiegel sind nur dann zulässig, wenn sie nach Funktion und Nutzungspotential im Wesentlichen mit den herkömmlichen „In-house“ Pressespiegeln zu vergleichen sind. D. h., dass diese ebenso nur als „In-house“- Pressespiegel funktionieren und technisch nach der Speicherung keine Volltextrecherche ermöglichen dürfen<sup>83</sup>. Die Zulässigkeit traditioneller kommerzieller Pressespiegel in Papierform ist noch offen<sup>84</sup>, vom Wortlaut des § 49 Abs. 1 UrhG sind sie umfasst<sup>85</sup>. Die Zulässigkeit elektronischer kommerzieller Pressespiegel wurde ebenso wie beim elektronischen Kopienversanddienst mit Berufung auf die Unvereinbarkeit dessen mit dem Drei-Stufen-Test im Rahmen des zweiten Korbes abgelehnt<sup>86</sup>.

72 v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369, 372; ähnlich auch BGH, 6. 12. 2007 – I ZR 94/05, K&R 2008, 177 ff., Tz. 25, nach dem das Ausdrücken von der Einwilligung des Rechteinhabers erfasst ist uns daher nicht erst durch die Privatkopierschranke des § 53 UrhG erlaubt werden muss. Daraus folgt der BGH, dass Drucker nicht verwertungsgesellschaftspflichtig sind.

73 *Fezer*, Markenrecht 4. Aufl. 2009, § 15 Rn. 385.

74 BGH, 17. 7. 2003 – I ZR 259/00, K&R 2003, 554 ff. – Paperboy.

75 <http://www.alexa.com/siteinfo/sueddeutsche.de> (Stand: 13. 11. 2009).

76 Vgl. FAZ vom 13. 10. 2009, Seite 17 „Die Leser kommen per Link“ von *Holger Schmidt* online verfügbar unter dem Titel „Die Medien lieben Twitter“ <http://faz-community.faz.net/blogs/netzkonom/archive/2009/10/12/die-leser-kommen-per-link.aspx> (Stand: 13. 11. 2009).

77 Grünbuch Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft; S. 5 abrufbar unter: <http://bit.ly/oW7e0> (Stand: 13. 11. 2009).

78 *Hegemann* in FAZ vom 9. 4. 2009, „Schutzlos ausgeliefert im Internet“, abrufbar unter: <http://bit.ly/XjpE3> (Stand: 13. 11. 2009).

79 Zum Konflikt der FAZ mit dem Portal [perlentaucher.de](http://www.perlentaucher.de), [http://www.perlentaucher.de/blog/24\\_zitieren\\_sie\\_nicht\\_die\\_faz!](http://www.perlentaucher.de/blog/24_zitieren_sie_nicht_die_faz!) (Stand: 13. 11. 2009).

80 *Hegemann* in FAZ vom 9. 4. 2009, „Schutzlos ausgeliefert im Internet“, abrufbar unter: <http://bit.ly/XjpE3> (Stand: 13. 11. 2009).

81 BGH, 11. 7. 2002 – I ZR 255/00, K&R 2002, 599 ff. – elektronischer Pressespiegel.

82 *Jani*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 14), § 53 a Rn. 25; Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Drucksache 16/1828, S. 27. Abrufbar unter <http://dip.bundestag.de/btd/16/018/1601828.pdf> (Stand: 13. 11. 2009).

83 BGH, 11. 7. 2002 – I ZR 255/00, K&R 2002, 599 ff. – elektronischer Pressespiegel.

84 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, 3. Aufl. 2008, § 49 Rn. 18.

85 *Melichar*, in: *Schricker* (Fn. 35), § 49 Rn. 31, 36.

86 Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Drucksache 16/1828, S. 21, abrufbar unter <http://dip.bundestag.de/btd/16/018/1601828.pdf> (Stand: 13. 11. 2009).

## 5. Überlange Schutzdauer und kein zwingendes Urhebervertragsrecht

Ein weiteres Problem des Schutzes der Verleger über vom Urheber abgeleitete Nutzungsrechte ist, dass die eigentlich dem Urheber aufgrund seiner engen persönlichen Bindung zum Werk zugeordnete Schutzdauer von 70 Jahren post mortem regelmäßig dem Verleger in vollem Umfang zugute kommt. So kommt es zu einer durchschnittlichen Schutzfrist von über 100 Jahren, die weit über das hinausgeht, was der Verleger für Reamortisation und angemessene Gewinnerzielung benötigt<sup>87</sup>. Die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Verleger würde zwar eine abweichende Regelung der Schutzfrist erlauben, jedoch müsste dann das Verhältnis zu den abgeleiteten Nutzungsrechten ebenfalls geregelt werden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Im Hinblick auf die Anpassung der Schutzdauer an die übliche Amortisationsdauer der Verlagspraxis zieht die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Verleger zwingend die Notwendigkeit umfassender Reformen des Urhebervertragsrechts nach sich, um nicht den bestehenden Interessenausgleich zwischen Urhebern und Verlegern nachhaltig zu Lasten der Urheber zu verschieben.

## 6. Folgeprobleme der Schaffung eines Leistungsschutzrechts

### a) Allgemeines

Im Falle der Einführung eines Leistungsschutzrechts für Verleger müsste dessen Verhältnis zum Urheberrecht grundlegend geklärt werden. Zahlreiche urheberrechtliche Normen stellen bereits ausdifferenzierte Regeln für einen Interessenausgleich zwischen Autoren, Verlegern und Allgemeinheit dar. Ein Leistungsschutzrecht für Verleger müsste daher mit diesen Normen in Einklang gebracht werden. Insbesondere darf eine Diskussion um ein Leistungsschutzrecht für Verleger nicht geführt werden, ohne dessen potentiellen Einfluss auf den bestehenden Interessenausgleich zu untersuchen. Im Nachfolgenden werden ohne Anspruch auf Vollständigkeit einige urheberrechtliche Normen angesprochen und mögliche Auswirkungen eines Leistungsschutzrechts für Verleger analysiert.

### b) Das Verhältnis eines Leistungsschutzrechts de lege ferenda zu § 5 UrhG

§ 5 UrhG ist eine zentrale Norm für den Interessenausgleich zwischen Autoren, Verlegern und der Allgemeinheit. Amtliche Werke sind urheberrechtsfrei, weil es ein besonderes Interesse der Allgemeinheit am freien Zirkulieren bestimmter Informationen gibt<sup>88</sup>. Gesetze z. B. müssen von jedermann beachtet werden. Aus diesem Grund muss jedermann von ihnen Kenntnis nehmen können. Gleiches gilt für Gerichtsurteile inklusive amtlich verfasster Leitsätze, Beschlüsse, amtliche Erlasse, amtliche Bekanntmachungen und Ähnliches. Diese getroffene Interessenabwägung ist schon durch das Datenbankherstellerrecht bedroht, wie der Fall „Sächsischer Ausschreibungsdienst“ gezeigt hat<sup>89</sup>. Obwohl es zu einer EuGH-Entscheidung im Fall Sächsischer Ausschreibungsdienst letztlich nicht kam<sup>90</sup>, scheint die Frage einer analogen Anwendbarkeit von § 5 UrhG auf das Datenbankherstellerrecht dringend geboten<sup>91</sup>. Auch der BGH hat seinen Willen bezüglich einer analogen Anwendbarkeit von

§ 5 UrhG deutlich zum Ausdruck gebracht. In der Literatur überwiegen ebenfalls die Stimmen, die sich für eine analoge Anwendung von § 5 UrhG aussprechen<sup>92</sup>. Anhaltspunkte dafür, dass auch auf europäischer Ebene ein möglichst einfacher und kostengünstiger Zugang zu staatlichen Informationen für wünschenswert gehalten wird, liefert die Richtlinie über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen<sup>93</sup>. Zwar gilt die Richtlinie nach Art. 1 Abs. 2 b) nicht für Dokumente, die geistiges Eigentum Dritter sind. Jedoch wird klar zum Ausdruck gebracht, dass ein freier Umgang mit staatlichen Informationen durch die Mitgliedstaaten für sachgerecht gehalten wird<sup>94</sup>. Die Entscheidung, ob und inwieweit Informationen weitergegeben werden, ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut Sache der Mitgliedstaaten bzw. der betreffenden öffentlichen Stelle<sup>95</sup>. Ein Leistungsschutzrecht für Verleger würde die Frage einer analogen Anwendbarkeit von § 5 UrhG erneut aufwerfen, sofern die Analogie nicht im Wege einer Gesetzesanalogie angeordnet würde. Eine Analogie erscheint auch dringend geboten. Denn durch § 5 UrhG erfüllt der Staat seine Aufgabe im Rahmen der Daseinsvorsorge, für eine verfassungsgemäße Information der Bürger zu sorgen. So müsste ein Leistungsschutzrecht für Verleger zumindest klarstellen, dass der Verleger urheberrechtsfreier Inhalte wie Gesetzestexte oder Ausschreibungstexte nicht über das Leistungsschutzrecht die Verbreitung dieser Inhalte exklusiv kontrollieren kann.

### c) Das Verhältnis eines Leistungsschutzrechts de lege ferenda zu § 51 UrhG

Da nach Hegemann ein Leistungsschutzrecht für Verleger ein unlauteres Ausbeuten durch „Rip-offs“ verbieten soll, stellt sich die Frage, ob eine Handlung verboten werden soll, die derzeit nicht verboten ist. Ein Leistungsschutzrecht wäre unter anderem im Hinblick auf die Gesetzesbegründung auszulegen. Wäre dort die Bedrohung von Verlagen durch „Rip-offs“ verankert, könnte das zu einer eingeschränkt analogen Anwendbarkeit von § 51 UrhG durch die Rechtsprechung führen, ohne dass dies im Gesetzgebungsverfahren diskutiert worden wäre.

87 Zur allgemeinen Frage einer über die übliche Amortisationszeit hinausgehenden Schutzfrist *Hilty*, Sündenbock Urheberrecht?, in: *Ohly/Klippel* (Hg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, S. 107, 125 ff. Im Allgemeinen gegen die zu lange urheberrechtliche Schutzdauer siehe *Landes/Posner*, 70 UCHIRL (2003), 471, 473.

88 *Rehbinder* (Fn. 10), Rn. 499.

89 BGH, 28. 9. 2006 – I ZR 261/03, GRUR 2007, 500 ff. – Sächsischer Ausschreibungsdienst.

90 In einer jüngeren Entscheidung hat sich der EuGH zurückhaltend zu dieser Frage geäußert und klargestellt, dass die Amtlichkeit einzelner Inhalte jedenfalls nicht dazu führe, einer Datenbank den Schutz zu versagen, EuGH, 5. 3. 2009 – C-545/07, GRUR Int. 2009, 501 ff. – *Apis-Hristovich/Lakorda*. Jedenfalls dürften aber die Beschaffungskosten für amtliche Daten regelmäßig bei Null liegen.

91 In diese Richtung auch *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 14), § 87 a Rn. 143.

92 *Leistner*, K&R 2007, 457, 465; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann*, § 5 Rn. 15; *Ahlberg*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG, 2. Aufl. 2000, § 5 Rn. 22; *Decker* in: *Möhring/Nicolini*, Vor §§87 a ff. Rn. 9; *Fuchs*, UFITA 2008, 27, 43; *Hertin*, in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 10. Aufl. 2008, § 5 Rn. 2; offen gelassen von: *Czychowski* in: *Fromm/Nordemann*, § 87 a Rn. 35; gegen eine analoge Anwendung von § 5 UrhG: *Vogel*, in: *Schricker* (Fn. 35), § 87 Rn. 38; *Haberstumpf*, GRUR 2003, 14, 30.

93 RL 2003/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 11. 2003 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, Amtsblatt Nr. L 345 vom 31. 12. 2003, S. 90-96; in diesem Sinne auch: *Fuchs*, UFITA 2008, 27, 44.

94 ErwGr. 5 der RL 2003/98/EG – Richtlinie über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors.

95 ErwGr. 9 der RL 2003/98/EG.

d) *Das Verhältnis eines Leistungsschutzrechts de lege ferenda zu § 38 UrhG*

§ 38 UrhG ist eine zentrale Norm für den Interessenausgleich zwischen Presseverlegern und Autoren. Nach der Vorstellung des Gesetzes ist es interessengerecht, wenn die Verleger von Printmedien angesichts ihrer kurzen Amortisationsfristen im Regelfall nur für ein Jahr ein ausschließliches Nutzungsrecht erhalten. Der gegenteiligen Vertragspraxis insbesondere der bestehenden Tarifverträge sollte der Gesetzgeber zur Stärkung der Rechte der Autoren entgegenzutreten durch eine Erhebung von § 38 UrhG zu einem zwingenden Recht. Insbesondere sollte auch die in der Literatur strittige Frage der analogen Anwendbarkeit von § 38 UrhG auf das Recht zur Onlineverwertung geklärt werden<sup>96</sup>. Ein Leistungsschutzrecht für Verleger sollte nicht dazu führen, diesen Interessenausgleich ohne vorherige Diskussion im Gesetzgebungsverfahren zu beeinflussen. Würde ein Leistungsschutzrecht für Verleger eingeführt, ohne zuvor das Verhältnis zu § 38 UrhG zu klären, droht die gesetzgeberische Wertung von § 38 UrhG vollständig leer zu laufen, so dass „totes Recht“ entstünde. Denn ein Leistungsschutzrecht für Verleger könnte verhindern, dass ein Urheber von dem nach § 38 UrhG zurückgefallenen Recht Gebrauch machen kann.

e) *Das Verhältnis eines Leistungsschutzrechts de lege ferenda zu §§ 41, 42 UrhG*

Für das Verhältnis eines Leistungsschutzrechtes de lege ferenda zu §§ 41, 42 UrhG gilt dasselbe wie für das Verhältnis zu § 38 UrhG. Auch §§ 41, 42 UrhG betreffen den Interessenausgleich zwischen Verlegern und Autoren und geben dem Autor unter bestimmten Bedingungen das Recht, trotz entgegenstehendem Verlagsvertrag das eingeräumte Nutzungsrecht zurückzurufen und sein Werk wieder selbst zu verwerten. Ein Leistungsschutzrecht für Verleger könnte zu einer Situation führen, dass es dem Autor trotz wirksamen Rechterückrufs angesichts eines entgegenstehenden Verlegerrechts nicht erlaubt ist, sein Werk zu verwerten. Es droht eine Pattsituation, in der niemand zur Verwertung eines Werkes mehr berechtigt ist. Aus der Wertung von § 41 UrhG lässt sich aber entnehmen, dass das Gesetz es fördern will, dass ein Werk möglichst umfassend in allen Nutzungsarten<sup>97</sup> verwertet wird.

## V. Rechtsvergleichung

In den meisten Ländern gibt es kein Leistungsschutzrecht für Verleger. Allerdings sind auch in anderen Ländern derzeit Bestrebungen in Richtung eines Leistungsschutzrechts im Gang. In Finnland wurde allerdings, anders als Hegemann schreibt<sup>98</sup>, dem Parlament kein Gesetzentwurf für ein neues Leistungsschutzrecht für Verleger vorgelegt. In Griechenland und Portugal verfügen die Verleger von Printmedien über ein eigenes Verlegerrecht. In Slowenien und in Kroatien haben Verleger von Printmedien einen Reprographieanspruch in Form eines Leistungsschutzrechts. Darüber hinaus ist in Kroatien der editio princeps Schutz eindeutig den Verlegern zugewiesen. Demgegenüber steht den slowenischen Verlegern von wissenschaftlichen Ausgaben ein ähnliches Recht zu, wie den deutschen Verfassern nach § 70 UrhG<sup>99</sup>.

Ein etwas älteres Beispiel für ein originäres Verlegerrecht stammt aus Großbritannien, wo seit über 50 Jahren ein Leistungsschutzrecht für Verleger existiert<sup>100</sup>. Dies entfaltet aber kaum Wirkungen<sup>101</sup>. Der britische Leistungsschutz knüpft an die typographische Anordnung veröffentlichter Werkausgaben an<sup>102</sup>, die sich digital leicht aufheben lässt. Zudem gewährt das Recht dem Verleger lediglich Vervielfältigungs-, und Verbreitungsrechte<sup>103</sup>, nicht aber die Rechte zur Verwertung im Internet. Der Vervielfältigungsbegriff des britischen Leistungsschutzrechts erfasst nur die Faksimilierung mittels photomechanischem Reproduktionsverfahren<sup>104</sup>. So greift der Schutz nur dann ein, wenn ein geschütztes Druckbild vergrößert, verkleinert oder eingescannt wird<sup>105</sup>, nicht aber, wenn CD-ROMs, Hörbücher oder Datenbanken des Verlegers vervielfältigt werden. Das führt unter anderem dazu, dass die Verleger vorrangig am derivativen Erwerb der Urheberrechte und nicht an der Inanspruchnahme des originären Leistungsschutzes interessiert sind. Darüber hinaus sind die Urheberrechte in Großbritannien übertragbar und ermöglichen dadurch eine viel weiter gehende Monopolstellung auf dem Markt als das Leistungsschutzrecht. Dies zeigt, in welche Richtung ein zweispuriger Schutz führt: In der Praxis relevant bleibt nur der stärkere Schutz.

## VI. Fazit

1. Die Interessenlage stellt sich im Urheberrecht tripolar dar. Urheber, Verwerter und Allgemeinheit haben jeweils eigene schützenswerte Interessen, die sich teilweise überschneiden und teilweise durch Gesetz in einen Ausgleich zu bringen sind.
2. Die veränderten Marktbedingungen im Internet stellen für den gesamten Informationsmarkt und auch für Presseverleger Chancen und Risiken dar. Ob die veränderten Marktbedingungen eine Protektion von Presseverlagen erforderlich macht, um die Institution „Qualitätsjournalismus“ zu erhalten, erscheint derzeit noch nicht absehbar.
3. Wer als Schutz einer gewerblichen Tätigkeit vor einer nach geltendem Recht zulässigen Handlung einen zusätzlichen Rechtsschutz fordert, sollte nachweisen, dass die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen einen solchen Schutz erfordern, weil die gewerbliche Tätigkeit ohne Schutz nicht wirtschaftlich wahrgenommen werden

96 T. Ehmman/Fischer, GRUR Int 2008, 284, 288 f.; für eine Heranziehung der Wertung von § 38 UrhG innerhalb der Zweckübertragungslehre: Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 84), § 38 Rn. 11; Heckmann/Weber, GRUR Int 2006, 995, 996; offengelassen: Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 14), § 38 Rn. 6.

97 Wandtke, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 14), § 41 Rn. 3; T. Ehmman/Fischer, GRUR Int 2008, 284, 292.

98 Vgl. Hegemann/Heine, AfP 2009, 201, 207.

99 In Bosnien und in Serbien sind ähnliche Entwicklungen aufgrund der engen Verbindung der urheberrechtlichen Rechtslage in dieser Region zu erwarten.

100 Sec. 8 (2) d) CDPA i.V.m. Sec. 1 (1); CDPA und Sec. 8 CDPA. CDPA ist die Abkürzung für Copyright, Designs and Patents Act 1988, abrufbar unter [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/UKpga\\_19880048\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/UKpga_19880048_en_1.htm). Zuletzt abgerufen: 20. 10. 2009.

101 Es gibt keine relevanten Entscheidungen zum britischen Verlegerrecht.

102 Sec. 1 (1) (c) CDPA i.V.m. Sec. 8 (2) CDPA. Voraussetzung für den Eingriff des Schutzes ist, dass die typographische Anordnung keine Reproduktion einer früher erschienenen Ausgabe darstellt.

103 Sec. 17 (5); 18 CDPA.

104 Soetenhorst, GRUR Int 1989, 760, 766.

105 Sec. 178 CDPA; Bently/Sherman, Intellectual Property Law, S. 142.

kann. Das bedeutet, dass nach einer Benennung der die verlegerische Existenz bedrohenden Handlungen auch darzulegen ist, dass diese zu einer Situation führen, in der Werkvermittlung nicht in einem für das Allgemeinwohl hinreichenden Maße stattfindet.

4. In der Diskussion um ein Leistungsschutzrecht fehlt es bisher noch an konkreten Beispielen des „unentgeltlichen Ausbeutens“ der verlegerischen Leistung im Internet. Ohne die Benennung der konkreten Tatbestände, die nicht verboten sind, aber verboten werden sollen, kann eine konkrete Diskussion über ein Leistungsschutzrecht nicht geführt werden.

5. Ob ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger ein geeignetes Instrument für eine Protektion der verlegerischen Leistung im Internet darstellt, ist ohne eine klarere Benennung der zu verbietenden Handlungen nicht feststellbar, erscheint aber zweifelhaft.

6. Der Link muss frei bleiben. Ohne Links funktioniert das Internet nicht mehr und ohne Links funktionieren auch die Medienangebote der Presseverlage nicht mehr. Eine einseitige nationale Regelung, die Links unter ein Ausschließlichkeitsrecht stellt, hätte unabsehbare wirtschaftliche Folgen für den Medienstandort Deutschland.

7. Die Voransichten von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken (Snippets) müssen frei bleiben. Die Voran-

sicht erleichtert das Auffinden von Informationen der Zielseite, zum Vorteil der Nutzer von Suchmaschinen, zum Vorteil der Suchmaschinenbetreiber, zum Vorteil der Autoren und zum Vorteil der Verlage. In die analoge Welt übertragen wäre ein Verbot der „Snippets“ dem Verbot von Zettelkästen in Bibliotheken gleichzustellen.

8. Ein Leistungsschutzrecht für Verleger kann dazu beitragen, die gegenläufigen Interessen von Urhebern und Verlegern klarer abzubilden, erfordert aber eine grundsätzliche Neuordnung des Interessenausgleichs zwischen Urhebern, Verwertern und Allgemeinheit.

9. Soweit innerhalb des Urheberrechts, z. B. in den §§ 5, 38, 41, 42, 49, 51 und 53 UrhG bereits Regelungen existieren, welche die Interessen von Urhebern, Verwertern und Allgemeinheit ausgleichen, darf die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Verleger nicht dazu führen, eine getroffene Interessenabwägung ohne eingehende Diskussion zugunsten der Verleger zu verändern.

10. Der Schutz der Kreativen erfordert aufgrund der dem Arbeitsrecht ähnlichen Situation des Verhandlungsungleichgewichts bei Vertragsschluss für die zahlreichen als freie Mitarbeiter tätigen Journalisten zwingende urheberschützende Normen des Urhebervertragsrechts.



#### **Timo Ehmann**

Jahrgang 1977. Studium der Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität in Heidelberg. 2006–2008 Doktorand am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht bei Prof. Hilty zum Thema „Wettbewerbsfreiheit und Investitionsschutz für Datenbanken“. Seit 2005 Rechtsanwalt in München, seit 2009 bei Steinpichler Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.



#### **Emese Szilagyi LL.M.Eur.**

Jahrgang 1977. Studium der Rechtswissenschaften an der Eötvös-Lorand-Universität Budapest. 2003–2004 Aufbaustudiengang an der Ludwig-Maximilian-Universität München. 2006–2008 Doktorand am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht bei Prof. Hilty zum Thema „Leistungsschutzrecht für Verleger“. Seit 2009 bei Weitnauer Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, München.