

Artur-Axel Wandtke (Hrsg.)  
Medienrecht  
Praxishandbuch



# Medienrecht

Praxishandbuch

Herausgegeben von  
Dr Artur-Axel Wandtke  
Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin

Redaktionelle Bearbeitung:  
Dr Kirsten-Inger Wöhrn



De Gruyter Recht · Berlin

Herausgeber:  
Professor Dr *Artur-Axel Wandtke*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin

∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier,  
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-422-8

*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 2008 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Umschlaggestaltung: Martin Zech, Bremen

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, 06773 Gräfenhainichen  
Druck und Bindung: Bercker Graphischer Betrieb GmbH & Co. KG, Kevelaer

## Vorwort

Dem „Medienrecht“ als Gestaltungsmittel für die Unternehmenskultur und für die Rechtsdurchsetzung kommt eine immer größer werdende Bedeutung zu. Die rechtlichen Rahmenbedingungen der Informations- und Kommunikationsprozesse in der geistigen Produktion und die Verwertungsbedingungen der Medienprodukte gewinnen für die Unternehmen zunehmend an Gewicht. Werbemaßnahmen, Merchandising, Public Relations, Telemediendienste, Online-Nutzungen im Internet und Marketingstrategien der Medienunternehmen müssen rechtlich abgesichert werden.

Mit dem vorliegenden Medienrechtsbuch erfolgt eine systematische und problemorientierte Darstellung von Rechtsfragen, die sich aus der Produktion, Verbreitung und Verwertung von Medienprodukten durch Unternehmen ergeben. Neben den klassischen Medienunternehmen, zB Verlagen, Hörfunk- und Fernsehunternehmen sowie Filmproduzenten, sollen Unternehmen angesprochen werden, die Medienprodukte herstellen, zB die Software-, Musik- und Telekommunikationsindustrie. Es werden schwerpunktmäßig die Rechtsfragen angesprochen, die sich vor allem aus der Vermarktung der Medienprodukte zwischen den Unternehmen in der realen und der virtuellen Medienwelt ergeben. Das betrifft die Produktion, Distribution und Konsumtion immaterieller Güter als Medienprodukte (zB Zeitungsartikel, Musikwerke, Computerspiele und Filme) im Internet genauso wie die Vermarktung von Persönlichkeitsrechten. Für die Unternehmen ist von Bedeutung, welche Regeln einzuhalten sind, damit Rechtskonflikte vermieden werden können. Deshalb werden medienrechtliche Grundsätze und Spezifika einzelner Rechtsgebiete erläutert (zB Presse-, Rundfunk-, Werbe-, Wettbewerbs-, Urheber-, Kartell-, Telekommunikations-, Telemedien-, Design- und Markenrecht) und deren Anwendungsprobleme beschrieben. Hervorzuheben ist der Schutzgedanke des Medienrechts, der gleichsam die rechtlichen Rahmenbedingungen bestimmt. Dazu gehören zB das Strafrecht, das Datenschutz- und Jugendschutzrecht. Dabei spielen die europarechtlichen Bezüge eine erhebliche Rolle. Denn das Medienrecht ist europarechtlich geprägt.

Das Medienrechtsbuch wendet sich in erster Linie an Rechtsanwälte, Richter, Staatsanwälte und Juristen in den genannten Unternehmen. Die Publikation wirft Rechtsfragen auf und bietet Lösungswege. Die spezifischen medienrechtlichen Probleme der einzelnen Rechtsgebiete werden zusammenfassend dargestellt und aktuelle Rechtsprobleme der Rechtsprechung kritisch hinterfragt. Die Massen- und Individualkommunikation, die im Informations- und Kommunikationsprozess nicht immer scharf voneinander getrennt werden können, werfen völlig neue Fragen der Rechtsgestaltung auf. Medienprodukte als Resultat der geistigen Produktion unterliegen auch dem Schutz des Immaterialgüterrechts. Dieser Aspekt des Medienrechts wird gleichermaßen in der Publikation behandelt. Das Internet und die Digitalisierung führen zu neuen Strukturen und Angeboten der Medienunternehmen und zu einer kulturellen Infrastruktur, die das Medienrecht immer stärker in den Fokus zur Lösung von Rechtskonflikten stellt. Die Publikation ist überwiegend von Rechtsanwälten geschrieben worden, die ihre praktischen Erfahrungen in ihre Beiträge haben einfließen lassen. Sie umfasst viele Facetten des Medienrechts und berücksichtigt die Richtlinien der EU und die Reformen des Urheberrechts (Korb II).

Mein Dank gilt den wissenschaftlichen Mitarbeitern meines Lehrstuhls, Frau Claire Dietz, Herrn Dr Michael Kauert, Herrn Dr Sebastian Schunke und Frau Susanna Sturs-

## Vorwort

berg, vor allem Frau Dr Kirsten-Inger Wöhrn und Herrn Dr Ferdinand Grassmann, die mit Engagement das schwierige Projekt organisatorisch zu leiten vermochten.

Den Lesern bin ich für kritische Hinweise und Anregungen dankbar.

Berlin, im Juni 2008

Artur-Axel Wandtke

## Verzeichnis der Bearbeiter

- Professor Dr. **Kurt Bartenbach**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht und Gewerblichen Rechtsschutz, CBH Rechtsanwälte, Köln
- Sascha Begemann**, Humboldt-Universität zu Berlin
- Rechtsanwalt Dr. **Boris Blank**, Rechtsanwälte Schlüter Graf & Partner, Dortmund
- Rechtsanwältin Dr. **Sabine Boksanyi**, Taylor Wessing, München
- Rechtsanwalt Professor Dr. **Oliver Castendyk**, Erich Pommer Institut gGmbH a. d. Universität Potsdam
- Dr. **Ilja Czernik**, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. **Soenke Fock**, LL.M., Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz, CBH Rechtsanwälte, Köln
- Hon. Professor **Hans Joachim von Gottberg**, Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen e.V., Berlin
- Dr. **Ferdinand Grassmann**, Richter, Dessau-Roßlau
- Rechtsanwalt **Matthias Hartmann**, HK2 Rechtsanwälte, Berlin
- Professor Dr. **Bernd Heinrich**, Humboldt-Universität zu Berlin
- Thomas Tobias Hennig**, LL.M., Friedrich-Schiller-Universität Jena
- Rechtsanwalt Dr. **Ulrich Hildebrandt**, Lubberger Lehment, Berlin, Lehrbeauftragter der Heinrich-Heine-Universität, Düsseldorf
- Professor Dr. **Thomas Hoeren**, Westfälische Wilhelms-Universität Münster
- Rechtsanwalt Dr. **Ole Jani**, CMS Hasche Sigle, Berlin, parlamentarischer Berater für Urheberrechtspolitik im Deutschen Bundestag
- Dr. **Michael Kauert**, Humboldt-Universität zu Berlin
- Rechtsanwalt Dr. **Volker Kitz**, LL.M. (NYU), Höcker Rechtsanwälte, Köln, Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München, Lehrbeauftragter an der Ludwig-Maximilians-Universität, München
- Rechtsanwalt Dr. **Alexander R. Klett**, LL.M. (Iowa), Reed Smith LLP, München
- Dr. **Gregor Kutzschbach**, Bundesministerium des Innern, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. **Wolfgang Maaßen**, Justiziar des BFF Bund Freischaffender Foto-Designer, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Dr. **Mirko Möller**, LL.M., Rechtsanwälte Schlüter Graf & Partner, Dortmund
- Rechtsanwalt Dr. **Ulf Müller**, Westfälische Wilhelms-Universität, Münster/Düsseldorf
- Maja Murza**, LL.M., Justiziarin, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. **Claudia Ohst**, Fachanwältin für Informationstechnologierecht, K&L Gates LLP, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. **Stephan Ory**, Püttlingen, seit 2001 Lehrbeauftragter der Universität des Saarlandes, Vorsitzender des Medienrates der Landesmedienanstalt Saarland

## Verzeichnis der Bearbeiter

Rechtsanwalt **Jan Pohle**, Taylor Wessing, Düsseldorf, Lehrbeauftragter der Carl-von-Ossietzki-Universität Oldenburg sowie der Heinrich-Heine-Universität, Düsseldorf

Rechtsanwalt Dr. **Sebastian Schunke**, Jazzpianist, Komponist, Lehrbeauftragter der Hochschule für Musik „Hanns Eisler“, Berlin

Rechtsanwältin **Andrea Stauber**, Leiterin der Rechtsabteilung Grundy UFA TV Productions GmbH, Berlin

Professor Dr. **Artur-Axel Wandtke**, Humboldt-Universität zu Berlin

Rechtsanwalt Dr. **Marcus von Welser**, LL.M., München

Dr. **Kirsten-Inger Wöhrn**, Humboldt-Universität zu Berlin

## Inhaltsübersicht

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| Vorwort                    | V   |
| Verzeichnis der Bearbeiter | VII |
| Abkürzungsverzeichnis      | XI  |
| Literaturverzeichnis       | XXI |

### Teil 1 Einführung und Grundlagen

|            |  |     |
|------------|--|-----|
| 1. Kapitel | Medien im technologischen Zeitalter ( <i>Artur-Axel Wandtke</i> )  | 3   |
| 2. Kapitel | Die Entwicklung des Medienrechts als Disziplin<br>( <i>Oliver Castendyk</i> )                                  | 69  |
| 3. Kapitel | Europäisches Medienrecht (öffentliches und privates Medienrecht)<br>( <i>Oliver Castendyk/Andrea Stauber</i> ) | 79  |
| 4. Kapitel | Ansprüche im Bereich des geistigen Eigentums<br>( <i>Marcus von Welser</i> )                                   | 185 |
| 5. Kapitel | Durchsetzung von Ansprüchen im Bereich des geistigen Eigentums<br>( <i>Marcus von Welser</i> )                 | 227 |

### Teil 2 Schutzvoraussetzungen und Verwertung von Medienprodukten

|             |  |     |
|-------------|--|-----|
| 1. Kapitel  | Urheberrecht ( <i>Ole Jani</i> )   | 265 |
| 2. Kapitel  | Filmrecht ( <i>Ilja Czernik</i> )  | 369 |
| 3. Kapitel  | Musikrecht ( <i>Sebastian Schunke</i> )  | 451 |
| 4. Kapitel  | Fotorecht ( <i>Wolfgang Maaßen</i> )   | 499 |
| 5. Kapitel  | Computerrecht – Computerspiele ( <i>Michael Kauert</i> )                             | 593 |
| 6. Kapitel  | Verlagsrecht ( <i>Volker Kitz</i> )  | 643 |
| 7. Kapitel  | Marken-/Kennzeichenrecht ( <i>Ulrich Hildebrandt/<br/>Thomas Tobias Hennig</i> )     | 707 |
| 8. Kapitel  | Urheber- und wettbewerbsrechtlicher Werktitelschutz<br>( <i>Alexander R. Klett</i> ) | 773 |
| 9. Kapitel  | Rechtlicher Schutz von Signets und Logos ( <i>Alexander R. Klett</i> )               | 791 |
| 10. Kapitel | Domainrecht ( <i>Thomas Hoeren</i> )   | 801 |
| 11. Kapitel | Geschmacksmusterrecht/Designrecht ( <i>Kirsten-Inger Wöhrn</i> )                     | 835 |
| 12. Kapitel | Patent-/Gebrauchsmusterrecht ( <i>Kurt Bartenbach/Soenke Fock</i> )                  | 865 |
| 13. Kapitel | Lizenzvertragsrecht ( <i>Kurt Bartenbach/Soenke Fock</i> )                           | 875 |

### Teil 3 Wettbewerbsrecht und Werberecht

|            |  |      |
|------------|--|------|
| 1. Kapitel | Wettbewerbsrecht ( <i>Mirko Möller/Boris Blank</i> ) | 955  |
| 2. Kapitel | Medienkartellrecht ( <i>Ulf Müller</i> )             | 1099 |
| 3. Kapitel | Rundfunkwerberecht ( <i>Oliver Castendyk</i> )       | 1199 |
| 4. Kapitel | Heilmittelwerberecht ( <i>Maja Murza</i> )           | 1245 |

## Inhaltsübersicht

|                                |  |      |
|--------------------------------|--|------|
| <b>Teil 4</b>                  | <b>Rundfunkrecht und Presserecht</b>   |      |
| 1. Kapitel                     | Rundfunkrecht ( <i>Stephan Ory</i> ) . . . . .                               | 1275 |
| 2. Kapitel                     | Presserecht ( <i>Sabine Boksanyi</i> ) . . . . .                             | 1311 |
| <br>                           |  |      |
| <b>Teil 5</b>                  | <b>Telekommunikation und Telemedien</b>                                      |      |
| 1. Kapitel                     | Telemedienrecht ( <i>Matthias Hartmann</i> ) . . . . .                       | 1361 |
| 2. Kapitel                     | Telekommunikationsrecht ( <i>Jan Pohle</i> ) . . . . .                       | 1455 |
| 3. Kapitel                     | IT-Sicherheitsrecht ( <i>Gregor Kutzschbach</i> ) . . . . .                  | 1525 |
| <br>                           |  |      |
| <b>Teil 6</b>                  | <b>Schutz der Persönlichkeit</b>   |      |
| 1. Kapitel                     | Allgemeines Persönlichkeitsrecht ( <i>Sabine Boksanyi</i> ) . . . . .        | 1551 |
| 2. Kapitel                     | Kommerzialisierte Persönlichkeitsrechte ( <i>Sabine Boksanyi</i> ) . . . . . | 1567 |
| 3. Kapitel                     | Bildnisschutz ( <i>Sascha Begemann/Ferdinand Grassmann</i> ) . . . . .       | 1585 |
| <br>                           |  |      |
| <b>Teil 7</b>                  | <b>Schutzrahmen von Medien</b>   |      |
| 1. Kapitel                     | Datenschutzrecht ( <i>Claudia Obst</i> ) . . . . .                           | 1619 |
| 2. Kapitel                     | Jugendmedienschutz (ohne Strafrecht) ( <i>Hans Joachim von Gottberg</i> )    | 1683 |
| 3. Kapitel                     | Medienstrafrecht ( <i>Bernd Heinrich</i> ) . . . . .                         | 1759 |
| <br>                           |  |      |
| Stichwortverzeichnis . . . . . |  | 1891 |

## Abkürzungsverzeichnis

|          |   |
|----------|---|
| aA       | anderer Ansicht   |
| abl      | ablehnend   |
| ABl      | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft   |
| Abs      | Absatz  |
| abw      | abweichend  |
| AbzG     | Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte (Abzahlungsgesetz)                                    |
| aE       | am Ende   |
| aF       | alte Fassung  |
| AfP      | Archiv für Presserecht  |
| AG       | Amtsgericht; Arbeitsgemeinschaft  |
| AGB      | Allgemeine Geschäftsbedingungen   |
| AGC      | Automatic Gain Control  |
| AGICOA   | Association de Gestion Internationale Collective des Œuvres Audio-visuelles                     |
| AIPPI    | Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle                      |
| allg M   | allgemeine Meinung  |
| Alt      | Alternative   |
| AmtlBegr | Amtliche Begründung   |
| Anm      | Anmerkung   |
| AP       | Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)                            |
| ArbG     | Arbeitsgericht  |
| ArbNErfG | Gesetz über Arbeitnehmererfindungen   |
| ARD      | Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland |
| ARGE     | Arbeitsgemeinschaft   |
| ASCAP    | American Society of Composers, Authors and Publishers (www.ascap.com)                           |
| ASCII    | American Standard Code for Information Interchange  |
| AuR      | Arbeit und Recht  |
| ausdr    | ausdrücklich  |
| Az       | Aktenzeichen  |
| AVA      | Allgemeine Vertragsbestimmungen zum Architektenrecht  |
| BAG      | Bundesarbeitsgericht  |
| BAGE     | Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts  |
| BayObLG  | Bayerisches Oberstes Landesgericht  |
| BB       | Betriebs-Berater  |
| BDS      | Bund Deutscher Schriftsteller   |
| BdÜ      | Bund deutscher Übersetzer   |
| Begr     | Begründung  |
| Bek      | Bekanntmachung  |
| Beschl   | Beschluss   |
| BFH      | Bundesfinanzhof   |
| BG       | (Schweizerisches) Bundesgericht   |
| BGB      | Bürgerliches Gesetzbuch   |
| BGBI     | Bundesgesetzblatt   |

## Abkürzungsverzeichnis

|           |  |
|-----------|--|
| BGH       | Bundesgerichtshof  |
| BGHSt     | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen  |
| BGHZ      | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen  |
| BIEM      | Bureau International gérant les Droits de l'Enregistrement et de la Reproduction Mécanique         |
| BKartA    | Bundeskartellamt   |
| BIPMZ     | Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen  |
| BMJ       | Bundesministerium der Justiz   |
| BNotO     | Bundesnotarordnung   |
| BOS(chG)  | Bühnenoberschiedsgericht   |
| BPatG     | Bundespatentgericht  |
| BR-Drucks | Bundesrats-Drucksache  |
| BRRegE    | Entwurf der Bundesregierung  |
| BRRG      | Beamtenrechtsrahmengesetz  |
| BSHG      | Bundessozialhilfegesetz  |
| Bsp       | Beispiel   |
| bspw      | beispielsweise   |
| BT        | Bundestag  |
| BT-Drucks | Bundestags-Drucksache  |
| BuB       | Buch und Bibliothek  |
| Buchst    | Buchstabe  |
| BVerfG    | Bundesverfassungsgericht   |
| BVerfGE   | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts   |
| BVerfGG   | Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)                         |
| BVerwG    | Bundesverwaltungsgericht   |
| bzgl      | bezüglich  |
| bzw       | beziehungsweise  |
| CGMS      | Copy Generation Management System  |
| CIS       | Common Information System  |
| CISAC     | Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs                                |
| CLIP      | European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property                            |
| CMMV      | Clearingstelle Multimedia ( <a href="http://www.cmmv.de">www.cmmv.de</a> )                         |
| CORE      | Internet Council of Registrars ( <a href="http://www.corenic.org">www.corenic.org</a> )            |
| CPRM/CPPM | Content Protection for Recordable and Pre-recorded Media   |
| CR        | Computer und Recht   |
| CRi       | Computer und Recht International   |
| CSS       | Content Scrambling System  |
| c't       | Magazin für Computertechnik  |
| DAT       | Digital Audio Tape   |
| DB        | Der Betrieb  |
| DEFA      | Deutsche Film AG ( <a href="http://www.defa-stiftung.de">www.defa-stiftung.de</a> )                |
| DENIC     | Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft eG ( <a href="http://www.denic.de">www.denic.de</a> ) |
| ders      | derselbe   |
| dies      | dieselbe(n)  |
| DIN-Mitt  | Mitteilungen des Deutschen Instituts für Normung e. V.   |
| Diss      | Dissertation   |
| DLR-StV   | Staatsvertrag über die Körperschaft des öffentlichen Rechts „Deutschlandradio“                     |
| DMCA      | Digital Millennium Copyright Act (US-Bundesgesetz)   |
| DOI       | Digital Object Identifier  |
| Dok       | Dokument   |

|            |  |
|------------|--|
| DPMA       | Deutsches Patent- und Markenamt  |
| DRiG       | Deutsches Richterrecht   |
| DRM        | Digital Rights Management  |
| DStR       | Deutsches Steuerrecht  |
| DTCP       | Digital Transmission Content Protection  |
| DrZ        | Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift  |
| DuD        | Datenschutz und Datensicherheit  |
| DVB        | Digital Video Broadcasting   |
| DVBl       | Deutsches Verwaltungsblatt   |
| DVD        | Digital Versatile Disc   |
| DZWiR      | Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht  |
|            |  |
| E          | Entwurf  |
| ECMS       | Electronic Copyright Management System   |
| EG         | Europäische Gemeinschaft   |
| EGBGB      | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch  |
| EGV        | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft   |
| Einf       | Einführung   |
| Einl       | Einleitung   |
| EIPR       | European Intellectual Property Review  |
| ENTLR      | Entertainment Law Review   |
| EPA        | Europäisches Patentamt   |
| epd-medien | Evangelischer Pressedienst – Medien  |
| EU         | Europäische Union  |
| EuFSA      | Europäisches Fernschutzabkommen  |
| EuG        | Europäisches Gericht erster Instanz  |
| EuGH       | Europäischer Gerichtshof   |
| EuGV(V)O   | Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen |
| EuGVÜ      | Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen   |
| EUPL       | European Union Public Licence  |
| EuZW       | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht   |
| EV         | einstweilige Verfügung   |
| EVertr     | Einigungsvertrag   |
| EWG        | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, jetzt EG  |
| EWiR       | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht  |
| EWS        | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht  |
|            |  |
| f          | folgende   |
| FDGewRS    | Fachdienst Gewerblicher Rechtsschutz   |
| ff         | folgende   |
| FFG        | Gesetz über Maßnahmen zur Förderung des deutschen Films (Filmförderungsgesetz)   |
| FIDE       | Fédération Internationale pour le droit Européen   |
| FinG       | Finanzgericht  |
| Fn         | Fußnote  |
| FS         | Festschrift  |
| FSK        | Freiwillige Selbstkontrolle der deutschen Filmwirtschaft   |
| FuR        | Film und Recht   |
|            |  |
| GA         | Goltdammer's Archiv für Strafrecht   |
| GATT       | General Agreement on Tariffs and Trade   |
| GBI        | Gesetzblatt (der DDR)  |
| GebrMG     | Gebrauchsmustergesetz  |

## Abkürzungsverzeichnis

|           |   |
|-----------|---|
| gem       | gemäß   |
| GEMA      | Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte ( <a href="http://www.gema.de">www.gema.de</a> ) |
| GeschmMG  | Geschmacksmustergesetz  |
| GewStG    | Gewerbsteuergesetz  |
| GG        | Grundgesetz   |
| ggf, ggfs | gegebenenfalls  |
| gif       | Graphic Interchange Format (Format für Bilddateien)   |
| GmbH      | Gesellschaft mit beschränkter Haftung   |
| GMBL      | Gemeinsames Ministerialblatt  |
| GNU       | GNU's Not Unix  |
| GPL       | GNU General Public License  |
| GPRS      | General Packet Radio Service  |
| grds      | grundsätzlich   |
| GRUR      | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht  |
| GRUR Int  | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International  |
| GRUR-RR   | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report   |
| GrZS      | Großer Senat für Zivilsachen  |
| GTA       | Genfer Tonträgerabkommen  |
| GÜFA      | Gesellschaft zur Übernahme und Wahrnehmung von Filmaufführungsrechten ( <a href="http://www.guefa.de">www.guefa.de</a> )            |
| GVBl      | Gesetz- und Verordnungsblatt  |
| GVL       | Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten ( <a href="http://www.gvl.de">www.gvl.de</a> )                               |
| GWB       | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  |
| GWFF      | Gesellschaft zur Wahrnehmung von Film- und Fernsehrechten ( <a href="http://www.gwff.de">www.gwff.de</a> )                          |
| Halbbd    | Halbband  |
| HalbSchG  | Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen (Halbleiterschutzgesetz)                     |
| HS        | Halbsatz  |
| HauptB    | Hauptband   |
| Hdb       | Handbuch  |
| HDCP      | High-bandwidth Digital Content Protection   |
| hL        | herrschende Lehre   |
| hM        | herrschende Meinung   |
| Hrsg      | Herausgeber   |
| ICANN     | Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ( <a href="http://www.icann.org">www.icann.org</a> )                            |
| idF       | in der Fassung  |
| idR       | in der Regel  |
| idS       | in diesem Sinne   |
| iE        | im Ergebnis   |
| IFPI      | International Federation of the Phonographic Industry ( <a href="http://www.ifpi.org">www.ifpi.org</a> )                            |
| IIC       | International Review of Industrial Property and Copyright Law   |
| IMHV      | Interessengemeinschaft Musikwissenschaftlicher Herausgeber und Verleger (Gründungsname v. 1.3.1966 der heutigen VG Musik-edition)   |
| insb      | insbesondere  |
| InstGE    | Entscheidungen der Instanzgerichte zum Recht des geistigen Eigentums  |

|                |  |
|----------------|--|
| IPQ            | Intellectual Property Quaterly   |
| IPR            | Internationales Privatrecht  |
| IPRax          | Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts  |
| ISO            | International Standards Organization   |
| iSd            | im Sinne des/der   |
| iSv            | im Sinne von   |
| IT             | Informationstechnologie  |
| ITRB           | Der IT-Rechtsberater   |
| ITU            | International Telecommunication Union  |
| IuKDG          | Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz   |
| IuR            | Informatik und Recht   |
| iVm            | in Verbindung mit  |
| jpg            | Dateinamenerweiterung von Bilddateien im Format JPEG, benannt nach der <i>Joint Photographic Experts Group</i> der ITU und der ISO |
| Jura           | Juristische Ausbildung   |
| jurisPR-WettbR | juris PraxisReport Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht   |
| jurisPT-ITR    | juris PraxisReport IT-Recht  |
| JurPC          | Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht  |
| JVEG           | Justiz-Vergütungs- und Entschädigungsgesetz  |
| JW             | Juristische Wochenschrift  |
| JZ             | Juristenzeitung  |
| Kap            | Kapitel  |
| KG             | Kammergericht; Kommanditgesellschaft   |
| krit           | kritisch   |
| KSVG           | Gesetz über die Sozialversicherung der selbständigen Künstler und Publizisten (Künstlersozialversicherungsgesetz)                  |
| KUG            | Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie   |
| KUR            | Kunstrecht und Urheberrecht  |
| K&R            | Kommunikation und Recht  |
| KWG            | Kreditwesengesetz  |
| LAG            | Landesarbeitsgericht   |
| LAN            | Local Area Network   |
| LG             | Landgericht; ( <i>in Österreich:</i> ) Landesgericht   |
| LGPL           | GNU Lesser General Public License  |
| lit            | litera (Buchstabe)   |
| LM             | Lindenmaier/Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes   |
| LPG            | Landespressegesetz   |
| LUG            | Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst  |
| LZ             | Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht  |
| MA             | Der Markenartikel  |
| MarkenG        | Markengesetz   |
| MarkenR        | Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Markenrecht  |
| MDR            | Monatsschrift für Deutsches Recht  |
| MDStV          | Mediendienste-Staatsvertrag  |
| Mio            | Million  |
| MIR            | Medien Internet und Recht  |
| Mitt           | Mitteilungen (der deutschen Patentanwälte)   |
| MMA            | Madriдер Markenrechtsabkommen  |

## Abkürzungsverzeichnis

|             |  |
|-------------|--|
| MMR         | Multimedia und Recht, Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht   |
| mp3         | Dateinamenerweiterung für bestimmte mpeg-Tondateien  |
| mpeg        | Komprimierungsstandard für digitale Bewegtbilder und Toninformationen, benannt nach der <i>Moving Pictures Experts Group</i> der ISO |
| MPL         | Mozilla Public License   |
| MR-Int      | Medien und Recht international   |
| mwN         | mit weiteren Nachweisen  |
| Nachw       | Nachweise  |
| nF          | neue Fassung   |
| NJ          | Neue Justiz  |
| NJW         | Neue Juristische Wochenschrift   |
| NJW-RR      | NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht  |
| NJW-CoR     | NJW-Computerreport   |
| NJWE-WettbR | NJW-Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht (jetzt GRUR-RR)   |
| n rkr       | nicht rechtskräftig  |
| NV          | Normalvertrag  |
| ÖBGBl       | Österreichisches Bundesgesetzblatt   |
| ÖBl         | Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht   |
| ÖSGRUM      | Österreichische Schriftenreihe zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht   |
| öUrhG       | öst. UrhG  |
| OGH         | Oberster Gerichtshof (Wien)  |
| ÖJZ         | Österreichische Juristenzeitung  |
| OLG         | Oberlandesgericht  |
| OLGZ        | Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen   |
| OMPI        | Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle   |
| OPAC        | Online Public Access Catalogue   |
| OVG         | Oberverwaltungsgericht   |
| OWiG        | Gesetz über Ordnungswidrigkeiten   |
| PatG        | Patentgesetz   |
| PDA         | Personal Digital Assistant   |
| pdf         | portable document format   |
| PGP         | Pretty Good Privacy  |
| php         | PHP: Hypertext Preprocessor  |
| PIN         | Personal Identification Number   |
| pma         | post mortem auctoris   |
| PR          | Public Relations   |
| PrPG        | Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie                                     |
| PVÜ         | Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums   |
| RA          | Rom-Abkommen   |
| RebelsZ     | Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht  |
| RBÜ         | Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und der Kunst   |
| RdA         | Recht der Arbeit   |
| RefE        | Referentenentwurf  |
| RegE        | Regierungsentwurf  |
| RG          | Reichsgericht  |

|            |  |
|------------|--|
| RGBI       | Reichsgesetzblatt  |
| RGSt       | Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen   |
| RGZ        | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen   |
| RIAA       | Recording Industry Association of America  |
| RIDA       | Revue Internationale du Droit d'Auteur   |
| RiStBV     | Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren  |
| RIW        | Recht der Internationalen Wirtschaft   |
| RL         | Richtlinie   |
| Rn         | Randnummer   |
| Rspr       | Rechtsprechung   |
| RzU        | E. Schulze (Hg), Rechtsprechung zum Urheberrecht   |
| S          | Seite, Satz  |
| s          | siehe  |
| SACEM      | Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique<br>(www.sacem.fr)                         |
| SatÜ       | Brüsseler Satellitenübereinkommen  |
| SchSt      | Schiedsstelle nach dem Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten |
| SCMS       | Serial Copyright Management System   |
| SigG       | Gesetz zur digitalen Signatur – Signaturgesetz   |
| SJZ        | Süddeutsche Juristenzeitung  |
| SMI        | Schweizerische Mitteilungen zum Immaterialgüterrecht   |
| so         | siehe oben   |
| sog        | so genannte(r/s)   |
| SortenSchG | Sortenschutzgesetz   |
| SpuRt      | Zeitschrift für Sport und Recht  |
| STAGMA     | Staatlich genehmigte Gesellschaft zur Verwertung musikalischer Urheberrechte                       |
| StGB       | Strafgesetzbuch  |
| StPO       | Strafprozessordnung  |
| str        | strittig   |
| stRspr     | ständige Rechtsprechung  |
| StV        | Staatsvertrag  |
| su         | siehe unter/unten  |
| TCPA       | Trusted Computing Platform Alliance  |
| TDG        | Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz)                                       |
| TKG        | Telekommunikationsdienstegesetz  |
| TKMR       | Telekommunikations- & Medienrecht  |
| TMG        | Telemediengesetz   |
| TRIPS      | WTO-Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums                  |
| TV         | Tarifvertrag   |
| TVG        | Tarifvertragsgesetz  |
| Tz         | Textziffer   |
| ua         | unter anderem  |
| uä         | und ähnliches  |
| UFITA      | Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht   |
| UMTS       | Universal Mobile Telecommunications System   |
| UmwG       | Umwandlungsgesetz  |
| URG        | Urheberrechtsgesetz (der DDR)  |
| UrhG       | Urheberrechtsgesetz  |
| UrhGÄndG   | Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes  |

## Abkürzungsverzeichnis

|                 |  |
|-----------------|--|
| Urt             | Urteil   |
| UStG            | Umsatzsteuergesetz   |
| UWG             | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung vom 3. Juli 2004   |
| Var             | Variante   |
| VerlG           | Gesetz über das Verlagsrecht   |
| VersG           | Versammlungsgesetz   |
| VFF             | Verwertungsgesellschaft der Film- und Fernsehproduzenten (www.vffvg.de)  |
| VG              | Verwertungsgesellschaft; Verwaltungsgericht  |
| VG Bild-Kunst   | Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst (www.bildkunst.de)  |
| VGF             | Verwertungsgesellschaft für Nutzungsrechte an Filmwerken   |
| vgl             | vergleiche   |
| VG Media        | Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH                                 |
| VG Musikedition | Verwertungsgesellschaft zur Wahrnehmung von Nutzungsrechten an Editionen (Ausgaben) von Musikwerken (www.vg-musikedition.de) |
| VG Satellit     | Gesellschaft zur Verwertung der Leistungsschutzrechte von Sendeunternehmen   |
| VG WORT         | Verwertungsgesellschaft der Wortautoren (www.vgwort.de)  |
| VO              | Verordnung   |
| VPRT            | Verband Privater Rundfunk und Telemedien   |
| VS              | Verband deutscher Schriftsteller   |
| WahrnG          | Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten  |
| WAN             | Wide Area Network  |
| WAP             | Wireless Application Protocol  |
| WCT             | WIPO Copyright Treaty  |
| WIPO            | World Intellectual Property Organization (www.wipo.org)  |
| WM              | Wertpapier-Mitteilungen  |
| WPPT            | WIPO Performances and Phonograms Treaty  |
| WRP             | Wettbewerb in Recht und Praxis   |
| WRV             | Weimarer Reichsverfassung  |
| WTO             | World Trade Organization (www.wto.org)   |
| WUA             | Welturheberrechtsabkommen  |
| WuW             | Wirtschaft und Wettbewerb  |
| XML             | Extensible Markup Language   |
| zB              | zum Beispiel   |
| ZBR             | Zeitschrift für Beamtenrecht   |
| ZBT             | Zentralstelle Bibliothekstantieme  |
| ZDF             | Zweites Deutsches Fernsehen  |
| ZEuP            | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht   |
| ZfBR            | Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht  |
| ZfS             | Zentralstelle Fotokopieren an Schulen  |
| ZfZ             | Zeitschrift für Zölle  |
| ZHR             | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht  |
| ZIP             | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht   |
| zit             | zitiert  |
| ZKDSG           | Zugangskontrolldiensteschutzgesetz   |
| ZPO             | Zivilprozessordnung  |
| ZPÜ             | Zentralstelle für private Überspielungsrechte  |

## Abkürzungsverzeichnis

|        |  |
|--------|--|
| ZS     | Zivilsenat   |
| ZSEG   | Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen<br>(Zeugen- und Sachverständigen-Entschädigungsgesetz) |
| ZSR NF | Zeitschrift für Schweizerisches Recht – Neue Folge   |
| ZUM    | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht   |
| ZUM-RD | Rechtsprechungsdienst der ZUM  |
| zust   | zustimmend   |
| ZVV    | Zentralstelle Videovermietung  |
| ZZP    | Zeitschrift für Zivilprozess   |



## Literaturverzeichnis

Lediglich übergreifende und allgemeine Literatur wird im Folgenden angegeben –  
Spezialliteratur zu den Sachgebieten findet sich am Anfang der einzelnen Beiträge.

- Bamberger/Roth* BGB-Kommentar, 2. Aufl München 2007  
*Bartenbach/Gennen* Patentreiz- und Know-how-Vertrag, 6. Aufl Köln 2007  
*Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* Kommentar zur ZPO, 66. Aufl München 2008 (zit Baumbach/Lauterbach/Bearbeiter)  
*Beater* Medienrecht, Tübingen 2007  
*Becker/Wehner* Kulturindustrie reviewed, Bielefeld 2006 (zit Becker/Wehner/Bearbeiter)  
*Benkard* Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 10. Aufl München 2006 (zit Benkard/Bearbeiter)  
*Beucher/Leyerndecker/von Rosenberg* Mediengesetze, München 1999  
*Branahl* Medienrecht, 5. Aufl Wiesbaden 2006  
*Breyer-Mayländer/Seeger* Medienmarketing, München 2006  
*Bühl* Die virtuelle Gesellschaft, Opladen/Wiesbaden 1997  
*Busse* Patentgesetz, Kommentar – Unter Berücksichtigung des Europäischen Patentübereinkommens und des Patent-zusammenarbeitsvertrags, 6. Aufl Berlin 2003  
*Calliess/Ruffert* Kommentar zu EU-Vertrag und EG Vertrag, 3. Aufl München 2007 (zit Calliess/Ruffert/Bearbeiter)  
*Dörr/Kreile/Cole* Handbuch Medienrecht, Frankfurt aM 2007 (zit Dörr/Kreile/Cole/Bearbeiter)  
*Dreier* Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl Tübingen 2007 (zit Dreier/Bearbeiter)  
*Dreier/Schulze* Urheberrechtsgesetz Kommentar, 2. Aufl München 2006 (zit Dreier/Schulze/Bearbeiter § Rn)  
*Dreyer/Kotthoff/Meckel* Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl Heidelberg 2008 (zit Dreyer/Kotthoff/Meckel/Bearbeiter § Rn)  
*Ehlers* Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl Berlin 2005 (zit Ehlers/Bearbeiter)  
*Eichmann/von Falckenstein* Geschmacksmustergesetz, Kommentar, 3. Aufl München 2005 (zit Eichmann/von Falckenstein/Bearbeiter)  
*Fechner* Geistiges Eigentum und Verfassung, Tübingen 1999  
*Fechner* Medienrecht, 8. Aufl Tübingen 2007  
*Fezer* Markenrecht, 3. Aufl München 2001 (zit Fezer § Rn)  
*Fischer* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Aufl München 2008  
*Fromm/Nordemann* Urheberrechtskommentar, 9. Aufl Stuttgart ua 1998 (zit Fromm/Nordemann/Bearbeiter)  
*Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster* Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl München 2006 (zit BeckTKG-KOM/Bearbeiter)

## Literaturverzeichnis

- Götting*  
*Gola/Schomerus* Gewerblicher Rechtsschutz, 8. Aufl München 2007  
BDSG Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar, 9. Aufl München 2007
- Grabitz/Hilf* Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Stand 35. Ergänzungslieferung, München Oktober 2008 (zit *Grabitz/Hilf/Bearbeiter*)
- von der Groeben/Schwarze* Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl Baden-Baden 2003 (zit von der Groeben/Schwarze/*Bearbeiter*)
- Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG Kommentar, München 2004 (zit *Harte/Henning/Bearbeiter*)
- von Hartlieb/Schwarz* Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 4. Aufl München 2004 (zit von Hartlieb/Schwarz/*Bearbeiter*)
- Hefermehl/Köhler/Bornkamm* Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG Kommentar, 26. Aufl München 2008 (zit Hefermehl/Köhler/Bornkamm/*Bearbeiter* § UWG Rn)
- Hildebrandt* Marken und andere Kennzeichen, Köln ua 2006
- Hilty* Information Highway, Bern/München 1996 (zit Hilty/*Bearbeiter*)
- Hoeren/Sieber* Handbuch Multimedia-Recht, Loseblattsammlung München 1999, Stand 19. Aufl 2008 (zit *Bearbeiter* in: Hoeren/Sieber Teil Rn)
- Hoeren/Stallberg* Grundzüge der Rechtsphilosophie, Münster 2001
- Homann* Praxishandbuch Musikrecht, Berlin 2007
- Immenga/Mestmäcker* EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, 4. Aufl München 2007 (zit Immenga/Mestmäcker/*Bearbeiter*)
- Immenga/Mestmäcker* GWB, Kommentar, 4. Aufl München 2007 (zit Immenga/Mestmäcker/*Bearbeiter* § GWB Rn)
- Immenga/Schwintowski/Kollmorgen* Wirtschaftliches Risiko und persönliche Verantwortung der Manager, 1. Aufl Baden-Baden 2006
- Ingerl/Rohnke* Kommentar zum Markengesetz, 2. Aufl München 2003 (zit *Ingerl/Rohnke* § MarkenG Rn)
- Jaeger/Metzger* Open Source Software, 2. Aufl München 2006
- Jähnke/Laufhütte/Odersky* Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 11. Aufl Berlin 1992 ff, 12. Aufl Berlin 2007 ff (zit LK-*Bearbeiter*)
- Jarass/Pieroth* Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl München 2007
- Joecks/Miebach* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, München 2003 ff (zit MünchKommStGB/*Bearbeiter*)
- Kilian/Heussen* Multimedia-Recht in: Computerrechts-Handbuch, 26. Aufl München 2008 (zit Kilian/Heussen/*Bearbeiter*)
- Kloepfer* Informationsrecht, München 2002
- Kraßer* Patentrecht, 6. Aufl München 2008 (zit *Kraßer* Rn)
- Kreile/Becker/Riesenhuber* Recht und Praxis der GEMA, 2. Aufl Berlin 2008 (zit Kreile/Becker/Riesenhuber/*Bearbeiter*)
- Kübler/Prütting* Kommentar zur Insolvenzordnung, 30. Lieferung Oktober 2007 (zit Kübler/Prütting/*Bearbeiter*)
- Lagaay/Lauer* Medientheorien – eine philosophische Einführung, Frankfurt, New York 2004 (zit Lagaay/Lauer/*Bearbeiter*)
- Lackner/Kühl* Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 26. Aufl München 2007

- Landfermann* Handy-Klingeltöne im Urheber- und Markenrecht, Göttingen 2006
- Leipziger Kommentar Löffler* zum Strafgesetzbuch siehe *Jähnke/Laufhütte/Odersky* Presserecht, 5. Aufl München 2006 (zit Löffler/*Bearbeiter*)
- Löffler/Ricker* Handbuch des Presserechts, 5. Aufl München 2005 (zit *Löffler/Ricker*)
- Loewenheim* Handbuch des Urheberrechts, München 2003 (zit Loewenheim/*Bearbeiter* § Rn)
- Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* Kartellrecht, Kommentar, Bd 1 München 2006, Bd 2 München 2006 (zit Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/*Bearbeiter* § Rn)
- Maunz/Dürig/Herzog/Scholz* Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, 51. Aufl München 2008 (zit Maunz/Dürig/*Bearbeiter*)
- Mestmäcker/Schulze* Kommentar zum deutschen Urheberrecht, Loseblattsammlung, Neuwied ua, Stand Dezember 2007 (zit Mestmäcker/Schulze/*Bearbeiter* § S)
- Meyer-Goßner Möhring/Nicolini* Strafprozeßordnung, 51. Aufl München 2008 Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl München 2000 (zit Möhring/Nicolini/*Bearbeiter*)
- Moser/Scheuermann* Handbuch der Musikwirtschaft, 6. Aufl Starnberg München 2003 (zit Moser/Scheuermann/*Bearbeiter*)
- Münchener Kommentar zum BGB* Bd 1–3: 5. Aufl München 2006 ff, Bd 4–11: 4. Aufl München 2000 ff (zit MünchKomm/*Bearbeiter*) siehe *Säcker/Rixecker*
- Münchener Kommentar zum StGB von Münch/Kunig* siehe *Joecks/Miebach* Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl München 2000 ff (zit von Münch/Kunig/*Bearbeiter*)
- Negroponte* Total Digital, München 1997
- Palandt* Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl München 2008 (zit Palandt/*Bearbeiter* § BGB Rn)
- Petersen Piper/Ohly Prinz/Peters* Medienrecht, 3. Aufl München 2006 UWG 4. Aufl München 2006 (zit Piper/Ohly/*Bearbeiter*) Medienrecht – die zivilrechtlichen Ansprüche, München 1999
- Rehbinder* Urheberrecht, 15. Aufl München 2008 (zit *Rehbinder* Rn)
- Sachs* Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl München 2007 (zit Sachs/*Bearbeiter*)
- Säcker/Rixecker* Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, 4. Aufl 2001 (zit MüKo/*Bearbeiter*)
- Schack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl Tübingen 2007 (zit *Schack* Rn)
- Schack* Kunst und Recht, Köln ua 2004 (zit *Schack* Kunst und Recht Rn)
- Schertz* Merchandising – Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis, München 1997
- Schönke/Schröder* Strafgesetzbuch, 27. Aufl München 2006 (zit Schönke/Schröder/*Bearbeiter*)
- Schricker* Urheberrecht, Kommentar, 3. Aufl München 2006 (zit *Schricker/Bearbeiter* § Rn)

## Literaturverzeichnis

- Schricker* Verlagsrecht Kommentar, 3. Aufl München 2001  
(zit *Schricker* § VerIG Rn)
- Schütze/Weipert* Münchener Vertragshandbuch, 5. Aufl München 2002 ff  
(zit *Schütze/Weipert/Bearbeiter*)
- Soehring* Presserecht, 3. Aufl Stuttgart 2000
- Soergel* BGB, 13. Aufl Stuttgart 2002 ff (zit *Soergel/Bearbeiter*  
§ BGB Rn)
- Ströbele/Hacker* Markengesetz, Kommentar 8. Aufl Köln ua 2006
- Ulmer* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl Berlin ua 1980  
(zit *Ulmer* S)
- Wandtke/Bullinger* Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl München  
2008 (zit *Wandtke/Bullinger/Bearbeiter*)
- Wegner/Wallenfels/Kaboth* Recht im Verlag München 2004
- Wenzel* Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Handbuch  
des Äußerungsrechts, 5. Aufl Köln 2003 (zit *Wenzel/*  
*Bearbeiter*)
- Wiedemann* Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl München 2008  
(zit *Wiedemann/Bearbeiter*)
- Zentek* Designschutz, Düsseldorf 2003
- Zöller* Kommentar zur ZPO, 26. Aufl Köln 2007 (zit *Zöller/*  
*Bearbeiter* § ZPO Rn)

# Teil 1

## Einführung und Grundlagen



# Kapitel 1

## Medien im technologischen Zeitalter

### Literatur

*Abrens/Bornkamm/Kunz-Hallstein* (Hrsg) FS für Ullmann, Saarbrücken 2006 (zit *Abrens/Bornkamm/Kunz-Hallstein/Bearbeiter*); *Ann Know-how – Stiefkind des geistigen Eigentums* GRUR 2007, 39; *Ann Privatrecht und Patentrecht? – Gedanken zur rechtssystematischen Einordnung eines Fachs* GRUR Int 2004, 696; *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg) Ökonomische Analyse des Rechts, 1. Aufl Tübingen 1993; *Baumann Postmodernity and Discontents*, Hamburg 1997; *Beater Medienrecht als eigenständiges Rechtsgebiet* JZ 2005, 822; *Beater/Habermeier* (Hrsg) Verletzungen von Persönlichkeitsrechten durch die Medien, Tübingen 2005 (zit *Beater/Habermeier/Bearbeiter*); *von Becker Mephisto revisited – ein Rundblick zum Schlüsselroman aus aktuellem Anlass* KUR 2003, 81; *Becker/Lerche/Mestmäcker* (Hrsg) FS für Kreile, Baden-Baden 1994 (zit *Becker/Lerche/Mestmäcker/Bearbeiter*); *Bell Die nachindustrielle Gesellschaft*, Frankfurt aM 1974; *Bender/Kahlen Neues Telemediengesetz verbessert den Rechtsrahmen für Neue Dienste und Schutz vor Spam-Mails* MMR 2006, 590; *Benjamin Allegorien kultureller Erfahrung*, Leipzig 1984; *Bodewig/Wandtke Die doppelte Lizenzgebühr als Berechnungsmethode im Lichte der Durchsetzungsrichtlinie* GRUR 2008, 220; *Boncompain La Révolution des Auteurs*, Paris 2002; *Bourdieu The Field of Cultural Production*, Paris 1993; *Bourdieu Über das Fernsehen*, Frankfurt aM 1998; *Brecht Der Dreigroschenprozess* in: *Werke*, Berlin ua 1992; *Bretschneider Medienkartellrecht – Auch Murdoch darf nicht wie er will* WRP 2008, 761; *Brinkel/Lammers Innere Sicherheit auf Vorrat?* ZUM 2008, 11; *Buchroithner/Albiez/Miceli Wem gehört der Fußball?* K&R 2008, 208; *Büscher/Dittmer/Schiwy Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht*, Köln, München 2008 (zit *Büscher/Dittmer/Schiwy/Bearbeiter*); *Bukow/Ottersbach* (Hrsg) *Die Zivilgesellschaft in der Zerreißprobe*, Opladen 1999 (zit *Bukow/Ottersbach/Bearbeiter*); *Bullinger, M Private Rundfunkfreiheit auf dem Weg zur Pressefreiheit* ZUM 2007, 337; *ders Von pressefernen zur pressennahen Rundfunkfreiheit* JZ 2006, 1134; *Busche/Stoll TRIPS*, Köln ua 2007 (zit *Busche/Stoll/Bearbeiter*); *Capurro Leben im Informationszeitalter*, Berlin 1995; *Castendyk/Böttcher Ein neuer Rundfunkbegriff für Deutschland? – Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste und der deutsche Rundfunkbegriff* MMR 2008, 13; *Castendyk Werbeintegration im TV-Programm – wann sind Themen Placements Schleichwerbung oder Sponsoring?* ZUM 2005, 857; *Claus Expansion der Kunst. Beiträge zu Theorie und Praxis öffentlicher Kunst*, Reinbek 1970; *Cornish/Llewelyn Intellectual Property*, 5. Aufl London 2003; *Dankwerts Örtliche Zuständigkeit bei Urheber-, Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet* GRUR 2007, 104; *Delp* (Hrsg) *Das Buch in der Informationsgesellschaft*, Wiesbaden 2006; *Dierking/Möller Online-TV und das „Long Tail“-Phänomen verändern die Grundlagen der Rundfunkordnung* MMR 2007, 426; *Dreier Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends. Einige Gedanken zur Zukunft des Urheberrechts* CR 2000, 45; *Eastman/Ferguson/Klein Media Promotion and Marketing for Broadcasting, Cable and the Internet*, Amsterdam ua 2006 (zit *Eastman/Ferguson/Klein/Bearbeiter*); *Eberle Neue Verbreitungswege, neue Angebote – die Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks* ZUM 2007, 439; *Edelmann Le Droit saisi par la photographie*, Paris 1973; *Edemir Killerspiele und gewaltbeherrschte Medien im Fokus des Gesetzgebers* K&R 2008, 223; *Ehmann Zum kommerziellen Interesse an Politikerpersönlichkeiten* AfP 2007, 81; *Eichenberger Grundzüge der Mikroökonomik*, Tübingen 2006; *von Einem Zum Streit um die Lizenzierungspraxis bei monophonen und polyphonen Klingeltonen* ZUM 2005, 540; *Enaux/ Worok TK-Review 2006: (R)evolution des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation?* CR 2006, 736; *Faßbender Der grundrechtliche Schutz der Werbefreiheit in Deutschland und Europa* GRUR Int 2006, 965; *Fiedler/Ullrich Information als Wirtschaftsgut*, Köln 1997 (zit *Fiedler/Ullrich/Bearbeiter*); *Fleischer Allgemeine Kommunikationstheorie*, Oberhausen 2006; *Florida The Rise of the Creative Class*, New York 2005;

*Funk/Maskus* Intellectual Property and Development, Washington 2005 (zit *Funk/Maskus/Bearbeiter*); *Füllbier* Web 2.0 – Haftungsprivilegierungen bei MySpace und YouTube CR 2007, 515; *Frenzel/Singer* Recht als Resonanzkörper der Kunst AfP 2006, 416; *Gercke* Die Entwicklung des Internetstrafrechts im Jahr 2006 ZUM 2007, 282; *Geis, I/Geis, E* Rechtsaspekte des virtuellen Lebens, CR 2007, 721; *Geiss/Gerstenmaier/Winkler* (Hrsg) FS für Mailänder, Berlin 2006 (zit *Geiss/Gerstenmaier/Winkler/Bearbeiter*); *Gersdorf* Caroline-Urteil des EGMR: Bedrohung der nationalen Medienordnung AfP 2005, 221; *Giesen* Das Grundrecht auf Datenverarbeitung, JZ 2007, 918; *Götting* Der Begriff des Geistigen Eigentums GRUR 2006, 353; *Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention, München 2005; *Grunewald* Fern der Quelle-Geheimnisschutz und Outsourcing WRP 2007, 1307; *Grzeszick* Geistiges Eigentum und Art. 14 GG ZUM 2007, 344; *Hanewinkel* Urheber versus Verleger GRUR 2007, 373; *Handig* Urheberrechtliche Aspekte bei der Lizenzierung von Radioprogrammen im Internet GRUR Int 2007, 206; *Hagenhoff* (Hrsg) Internetökonomie der Medienbranche, Göttingen 2006 (zit *Hagenhoff/Bearbeiter*); *Haupt, I* Territorialprinzip im Patent- und Gebrauchsmusterrecht bei grenzüberschreitenden Fallgestaltungen GRUR 2007, 187; *Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts (Hrsg Klenner) Berlin 1981; *Heinz* Urheberrechtliche Gleichbehandlung von alten und neuen Medien, München 2006; *Helle* Privatautonomie und kommerzielles Persönlichkeitsrecht JZ 2007, 444; *Heller/Goldbeck* Mohamed zu Gast in Poptown ZUM 2007, 628; *Hepp/Krotz/Moores* (Hrsg) Konnektivität, Netzwerk und Fluss, Wiesbaden 2006 (zit *Hepp/Krotz/Moores/Bearbeiter*); *Hess/Fischer* Medienkartellrecht AfP 2006, 439; *Hilty/Geiger* (Hrsg) Impulse für eine europäische Harmonisierung des Urheberrechts, Berlin ua 2007 (zit *Hilty/Geiger/Bearbeiter*); *Hoeren* Zoning und Geolocation – Technische Ansätze zu einer Reterritorialisierung des Internets MMR 2007, 3; *ders* Telemediengesetz NJW 2007, 801; *ders* Urheberrechtliche Fragen rund um IP-TV und Handy-TV MMR 2008, 139; *ders* Zur Einführung: Informationsrecht JuS 2002, 947; *Hofmann* (Hrsg) Wissen und Eigentum, Bonn 2006 (zit *Hofmann/Bearbeiter*); *Hornung* CR Ein neues Grundrecht 2008, 299; *Hopf* Rechtliche Grundlagen des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags und die Verantwortlichkeit von Chatbetreibern ZUM 2008, 207; *Holz* Vom Kunstwerk zur Ware, Darmstadt/Neuwied 1972; *Holtz-Bacha* Von der Fernseh- zur Mediendiensterichtlinie Media Perspektiven 2007, 113; *Hopf/Braml* Virtuelle Kinderpornografie vor dem Hintergrund des Online-Spiels Second Life ZUM 2007, 354; *Horkheimer/Adorno* Dialektik der Aufklärung, Frankfurt aM 1969; *Jacobs/Papier/Schuster* (Hrsg) FS für Raue, Köln 2006 (zit *Jacobs/Papier/Schuster/Bearbeiter*); *Junghans/Levy* (Hrsg) Intellectual Property Management, Weinheim 2005 (zit *Junghans/Levy/Bearbeiter*); *Kamps/Koops* Online-Videoerecorder im Lichte des Urheberrechts, CR 2007, 581; *Kaufmann/Hassemer/Neumann* (Hrsg) Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl Heidelberg 2004 (zit *Kaufmann/Hassemer/Neumann/Bearbeiter*); *Kellner* Media Culture, London 1995; *Kelsen* Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft, in *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche* 40, Berlin 1916, 1181; *Kettner* Thesen zur Bedeutung des Globalisierungsbegriffs DtschZPh 1997, 903; *Kirchner* Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter GRUR Int 2004, 603; *Kitz* Das neue Recht der elektronischen Medien in Deutschland – sein Charme, seine Fallstricke ZUM 2007, 368; *Klenner* Juristenaufklärung über Gerechtigkeit, Sitzungsberichte der Leibnitz-Sozietät, Bd 88 (2007), 35; *ders* Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts, Berlin 1984; *Klickermann* Virtuelle Welten ohne Rechtsansprüche MMR 2007, 766; *Koch* Internet-Recht, 2. Aufl München 2005; *ders* Medienkonzentrationsrecht in Deutschland – sind wir auf dem richtigen Weg? AfP 2007, 305; *Kohler* Das Recht als Kulturerscheinung, Würzburg 1885; *Kreifels/Breuer/Maidl* Die Werbeagentur in Recht und Praxis, München 2000; *Kröger/Gimmy/Moos* Handbuch zum Internetrecht, Berlin 2000; *Kübler* Mediale Kommunikation, Tübingen 2000; *Kuhn* E-Commerce, Erlangen 2004; *Kühling/Gauß* Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht MMR 2007, 751; *Ladeur* Der prozedurale Schutz der Medienfreiheit ZUM 2004, 1; *ders* Fiktive Lizenzentgelte für Politiker? ZUM 2007, 111; *Larenz/Wolf* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl München 2004; *Lash* Critique of Information, London 2002; *Leistner/Hansen* Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter GRUR 2008, 479; *Lessig* Freie Kultur, München 2006; *Lettl* Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Medienberichterstattung WRP 2005, 1045; *Lober/Karg* Unterlassungsansprüche wegen User Generated Content gegen Betreiber virtueller Welten und Online-Spiele CR 2007, 647; *Lochmann* Vom Wesen der Information, Norderstedt 2006; *Lucchi* Digital Media & Intellectual Property, Berlin 2006; *Lubmann* Die Realität der Massenmedien, 3. Aufl Wiesbaden 2004; *Mankowski* Klingeltonne auf dem wettbewerbsrechtlichen Prüfstand GRUR 2007, 1013; *Mantz* Creative Commons-Lizenzen im Spiegel

internationaler Gerichtsverfahren GRUR Int 2008, 20; *Markfort* Popstars und die Pressefreiheit. Zur Bildberichterstattung von Konzerten ZUM 2006, 829; *Marten* Gesellschaftliche Produktion und Kultur, Berlin 1990; *Marx*, K Ökonomisch-philosophische Manuskripte, MEGA, Erste Abt, Bd 2, Berlin 1982; *ders* Theorie über den Mehrwert, MEW Bd 26.1, Berlin 1974; *ders* Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie, Berlin 1953; *ders* Das Kapital, MEW Bd 25, Berlin 1964; *McLuban* Understanding Media, Nachdruck, New York 2002; *ders* Das Medium ist die Botschaft, Dresden 2001; *McLuban/Powers* The Global Village, Paderborn 1995; *Menninger/Nägele* Die Bewertung von Gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten für Zwecke der Schadensberechnung im Verletzungsfall WRP 2007, 912; *Mersch* Medientheorien, Hamburg 2006; *Moos* Unzulässiger Handel mit Persönlichkeitsprofilen? Erstellung und Vermarktung kommerzieller Datenbanken mit Personenbezug MMR 2006, 718; *Mückl* Die Konvergenz der Medien im Lichte des neuen Telemediengesetzes, JZ 2007, 1077; *Müller* Kunstwerk, Kunstgeschichte und Computer, Frankfurt aM 1987; *Münker/Roesler* (Hrsg) Mythos Internet, Frankfurt aM 1997; *Myers* Wikimmunity: Fitting the Communications Decency Act to Wikipedia, Harvard Journal of Law & Technology, Vol 20, 2006, 163; *Naucke/Harzer* Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 5. Aufl München 2005; *Noske* Ist das duale Rundfunksystem reformbedürftig? ZRP 2007, 64; *Obergfell* Dichtung oder Wahrheit? ZUM 2007, 910; *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann* (Hrsg) FS für Schrickler, München 2005 (zit Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann/Bearbeiter); *Ory* Gebühreurteil 2.0 – Ein Update aus Karlsruhe, AfP 2007, 401; *Ott* Die Google Buchsuche – Eine massive Urheberrechtsverletzung? GRUR Int 2007, 562; *Ott/Schäfer* Ökonomische Probleme des Zivilrechts, 4. Aufl Berlin 2005; *Otto* Deutscher Verbotstaktionismus schadet der kulturellen Vielfalt Politik und Kultur 2007, 14; *Pablow* „Intellectual property“, „propriété intellectuelle“ und kein „Geistiges Eigentum“? UFITA 2006/III, 705; *ders* Wie klein darf die „kleine Münze“ sein? WRP 2007, 739; *Pahud* Die Sozialbindung des Urheberrechts, Bern 2000; *Paschke* Medienrecht – Disziplinbildende Sinnlichkeit übergreifender Rechtsgrundsätze oder Chimäre? ZUM 1990, 209; *Peifer* Eigenheit oder Eigentum – Was schützt das Persönlichkeitsrecht? GRUR 2000, 495; *ders* Individualität im Zivilrecht, Tübingen 2001; *ders* Das Urheberrecht und die Wissensgesellschaft – Stimmen der rechtlichen Rahmenregeln für die Zukunft von Forschung und Lehre, UFITA 2007/II, 327; *Peters* Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003; *Pierson/Ahrens/Fischer* Recht des geistigen Eigentums, München 2007 (zit Pierson/Ahrens/Fischer/Bearbeiter); *Postman* Wir amüsieren uns zu Tode, Frankfurt aM 1999; *Prinz/Peters* (Hrsg) FS für Engelshall, Baden-Baden 1996 (zit Prinz/Peters/Bearbeiter); *Pothast* Medienrechtliche Einordnung neuer Angebote über neue Übertragungswege ZUM 2007, 443; *Pross* Medienforschung – Film Funk Presse Fernsehen, Darmstadt 1972; *Puschke/Singelstein* Telekommunikationsüberwachung, Vorratsspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung zum 1.1.2008 NJW 2008, 113; *Randelzhofer* Use of Force in: Bernhardt (Hrsg) Encyclopedia of Public International Law, Vol 4, Amsterdam 2000; *Rassow* Staatliche Schutzpflichten für geistiges Eigentum, Hamburg 2006; *Reber* Die Schutzdauer des postmortalen Persönlichkeitsrechts in Deutschland und den USA GRUR Int 2007, 492; *ders* Die Beteiligung von Urhebern und ausübenden Künstlern an der Verwertung von Filmwerken in Deutschland und den USA, München 1998; *Rebbinder* Urheberrecht, 15. Aufl München 2008; *Roesler-Graichen* Börsenblatt Nr 5/2007; *Roesler/Stiegler* Grundbegriffe der Medientheorie, Paderborn 2005; *Rippert/Weimer* Rechtsbeziehungen in der virtuellen Welt ZUM 2007, 272; *Ritlewski* Virtuelle Kinderpornografie in Second Life K&R 2008, 94; *Roßnagel* Konflikte zwischen Informationsfreiheit und Datenschutz MMR 2007, 16; *Rumyantsev* Journalistisch-redaktionelle Gestaltung: Eine verfassungswidrige Forderung? ZUM 2008, 33; *Runge* Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test GRUR Int 2007, 130; *Rütters* Rechtstheorie, 2. Aufl München 2005; *Schaub* Äußerungsfreiheit und Haftung JZ 2007, 548; *Scherer* Verletzung der Menschenwürde durch Werbung WRP 2007, 594; *Schertz* Bildnisse, die einem höheren Interesse der Kunst dienen GRUR 2007, 558; *Scheuermann/ Strittmatter* (Hrsg) FS für Reichardt, Baden-Baden 1990 (zit Scheuermann/Strittmatter/Bearbeiter); *Schiwy/Schütz/Dörr* Lexikon für Praxis und Wissenschaft, 4. Aufl Köln 2006; *Schmolke* Die Gewinnabschöpfung im US-amerikanischen Immaterialgüterrecht GRUR Int 2007, 3; *Schopenhauer* Zur Rechtslehre und Politik, in: Sämtliche Werke Bd V 1880; *Schrickler* Urheberrechtsschutz für Spiele GRUR Int. 2008, 200; *Schulz* Medienkonvergenz light – Zur neuen Europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste EuZW 2008, 107; *Schulze* Die Erlebnisgesellschaft, Frankfurt aM 1992; *Schwartzmann* (Hrsg) Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Heidelberg 2008 (zit Schwartzmann/Bearbeiter); *Schwarz-Winkelhofer/Biedermann* Das Buch der

Zeichen und Symbole, 5. Aufl Wiesbaden 2004; *Schweighofer* Wer reguliert das Internet? Medien und Recht, MR 2000, 347; *Schwintowski* Juristische Methodenlehre, Stuttgart 2005 (zit Methodenlehre); *ders* Recht und Gerechtigkeit. Eine Einführung in Grundfragen des Rechts, Berlin 1996; *Seelmann* Rechtsphilosophie, München 2004; *Seichter* Die Umsetzung der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums WRP 2006, 391; *Siegrist* Entgrenzung des Eigentums in modernen Gesellschaften und Rechtskulturen, in: Comperativ, Heft 5/6, Leipzig 2007 (zit Siegrist/Bearbeiter); *Spacek* Schutz von TV-Formaten, Zürich 2005; *Scoble/Israel* Unsere Kommunikation der Zukunft, München 2007; *Seidel* Quo vadis Völkerrecht? Archiv des Völkerrechts, 2003 Bd 41, 449; *Spindler* Das neue Telemediengesetz-Konvergenz in sachten Schritten, CR 2007, 239; *ders* (Hrsg) Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen, Göttingen 2006 (zit Spindler/Bearbeiter); *Spindler/Schuster* Recht der elektronischen Medien, Kommentar München 2008 (zit Spindler/Schuster/Bearbeiter); *Stallberg* Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Berlin 2006; *Stolz* Geschmacksmuster- und markenrechtlicher Designschutz, Baden-Baden 2002; *Tades/Danzl/Graninger* (Hrsg) FS für Dittrich, Wien 2000 (zit Tades/Danzl/Graninger/Bearbeiter); *Troller* Immaterialgüterrecht Bd 1, Basel ua 1985; *Uerpmann-Witzack/Jankowska-Gilberg* Die Europäische Menschenrechtskonvention als Ordnungsrahmen für das Internet MMR 2008, 83; *United Nations* Creative Economy Report, Genf, New York 2008 (zit Creative Economy Report); *Vester* Soziologie der Postmoderne, München 1993; *Vitzthum* (Hrsg) Völkerrecht, 4. Aufl Berlin 2007 (zit Vitzthum/Bearbeiter); *Wachs* Entschädigungszahlungen bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Hamburg 2007; *Wadle* Urheberrecht zwischen Gestern und Morgen, Saarbrücken 2007 (zit Wadle Urheberrecht zwischen Gestern und Morgen); *ders* Geistiges Eigentum, Weinheim 1996; *Wand* Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, München 2001; *Wanckel* Der Schutz der Persönlichkeit bei künstlerischen Werken NJW 2006, 578; *Wandtke* Copyright und virtueller Markt in der Informationsgesellschaft – oder das Verschwinden des Urhebers im Nebel der Postmoderne? GRUR 2002, 1; *ders* Die unendliche Geschichte eines Stuhls UFITA 1996, 57; *Wandtke/Schunke* Einheitliche Lizenzierung der Klingeltöne – eine rechtliche Notwendigkeit? UFITA 2007/I, 61 f; *Weber* (Hrsg) Theorien der Medien, Konstanz 2003 (zit Weber/Bearbeiter); *Weberling/Wallraff/Deters* (Hrsg) Im Zweifel für die Pressefreiheit, Baden-Baden 2008 (zit Weberling/Wallraf/Deters/Bearbeiter); *Weinknecht/Bellinhausen* Multimedia-Recht für Autoren, Produzenten und Nutzer, Heidelberg 1997; *Weizenbaum* Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft, Frankfurt aM 1978; *Welsch* Unsere postmoderne Moderne, Weinheim 1991; *von Welsler/Gonzalez* Marken- und Produktpiraterie, München 2007; *Wernick* Promotional Culture, London 1991; *Westermann* Der BGH baut den Know-how-Schutz aus GRUR 2007, 116; *Wirtz* Medien- und Internetmanagement, Wiesbaden 2006; *Zagouras* Der „Reding-Wallström-Plan“ zum Schutz der Meinungsvielfalt in Europa AfP 2007, 1; *Zenker* Textform im www, insbesondere bei ebay, JZ 2007, 816; *Zima* Moderne/Postmoderne, Tübingen ua 1997; *Zimmerli* Technologisches Zeitalter oder Postmoderne, München 1991; *von Zimmermann* Recording-Software für Internetradios, MMR 2007, 553; *Zimmermann* Römisches Recht und europäische Kultur JZ 2007, 1; *Zöchbauer* Mediengesetz, Wien 2005.

Übersicht

|  | Rn    |   | Rn     |
|--|-------|---|--------|
| § 1 Medien und Recht . . . . .   | 1–96  | II. Medienprodukte . . . . .  | 18–45  |
| I. Globalisierung der Medien und Medien der Globalisierung . .                 | 1–17  | 1. Medienprodukte als Waren .   | 18–24  |
| 1. Virtueller Markt und Medien   | 1, 2  | 2. Ökonomischer Wert und Werteträger . . . . .                                    | 25–27  |
| 2. Recht der geistigen Produktion und Medien . . . . .                         | 3–6   | 3. Konvergenz der Medien und Multimediaprodukte . . . . .                         | 28–31  |
| 3. Ubiquität der Medienprodukte . . . . .                                      | 7, 8  | 4. Marke als Medienprodukt .  | 32–35  |
| 4. Medien und kulturelle Prozesse . . . . .                                    | 9     | 5. Urheberrechtliches Medienprodukt als Werk und künstlerische Leistung . . . . . | 36–40  |
| 5. Vermarktung von Medienprodukten in der EU . . . .                           | 10–12 | 6. Designprodukt . . . . .  | 41     |
| 6. Internationaler Markt und kulturelle Dimension der Medienprodukte . . . . . | 13–17 | 7. Merchandisingprodukte . .  | 42, 43 |
|  |       | 8. Medienprodukt und Patent .   | 44, 45 |
|  |       | III. Medienprodukte und Schutz anderer Rechtsgüter . . . . .                      | 46–55  |

|  | Rn     |  | Rn       |
|--|--------|--|----------|
| 1. Persönlichkeitsrecht und dessen Erscheinungsformen . . .          | 46–51  | 1. Immaterialgüterrecht . . . . .  | 97       |
| 2. Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts . . . . .            | 52–55  | 2. Formgebungen . . . . .  | 98–101   |
| IV. Technologie- und Kulturentwicklung . . . . .                     | 56–70  | 3. Naturrecht und Ausschließlichkeitsrechte . . . . .                                  | 102–104  |
| 1. Massenproduktion und massenweise Vermarktung . .                  | 56–60  | 4. Erweiterung der Schutzrechte . . . . .  | 105–119  |
| 2. Neue Medienindustrien . . . .                                     | 61, 62 | a) Zeitlich begrenzte Schutzrechte . . . . .   | 105      |
| 3. Typologisierung von Medienunternehmen . . . . .                   | 63, 64 | b) Gemeinfreie Leistungen . . . . .  | 106–108  |
| 4. Konzentrationsprozesse und Produktpiraterie . . . . .             | 65, 66 | c) Private Nutzung und Sozialbindung . . . . .   | 109–111  |
| 5. Änderungen der Produktions- und Distributionsstrukturen . . . . . | 67     | d) Free Culture . . . . .  | 112, 113 |
| 6. Internet und Medienprodukte . . . . .                             | 68     | e) Materiell-rechtliche Voraussetzungen des Schutzes von Medienprodukten . . . . .     | 114–116  |
| 7. Vergesellschaftungsprozesse und individuelle Produktion . . . . . | 69, 70 | f) Geringe Schutzwelle . . . . .   | 117–119  |
| V. Individualkommunikation contra Massenkommunikation . . . . .      | 71–81  | II. Geistiges Eigentum und Information . . . . .                                       | 120–127  |
| 1. Öffentliche Meinungsbildung . . . . .                             | 71–73  | 1. Information and property rights . . . . .   | 120–124  |
| 2. Medien als Antriebsfaktoren in der Meinungsbildung . . . . .      | 74–76  | 2. Medienprodukte als Träger von Informationen . . . . .                               | 125–127  |
| 3. Interaktive Abrufdienste . . . . .                                | 77, 78 | III. Innovation oder Investition als Schutzvoraussetzung von Medienprodukten . . . . . | 128–133  |
| 4. Theaterproduktionen und Sportveranstaltungen . . . . .            | 79–81  | 1. Ökonomische Analyse des Rechts der Medien . . . . .                                 | 128, 129 |
| VI. Informationsgesellschaft und geistige Produktion . . . . .       | 82–96  | 2. Schutzkonzeption . . . . .  | 130, 131 |
| 1. Begriff der Informationsgesellschaft . . . . .                    | 82–84  | 3. Leistungsschutzrechte . . . . .   | 132      |
| 2. Informationsgesellschaft und Wissensproduktion . . . . .          | 85–88  | 4. Know-how-Schutz . . . . .   | 133      |
| 3. Books on Demand . . . . .   | 89–93  | IV. Recht der Medien . . . . .   | 134–147  |
| 4. Kommunikations- und Transaktionsplattformen . . . . .             | 94–96  | 1. Prozessbezogene Verhaltenssteuerung . . . . .                                       | 134–137  |
| § 2 Geistiges Eigentum und Medienprodukte . . . . .                  | 97–147 | 2. Rechtlicher Schutz der Medienprodukte . . . . .                                     | 138, 139 |
| I. System des geistigen Eigentums . . . . .                          | 97–119 | 3. Freier Zugang zu den Medienprodukten . . . . .                                      | 140–142  |
|  |        | 4. Harmonisierung des nationalen Rechts der Medien . . . . .                           | 143–147  |

„Nicht die Dinge beunruhigen den Menschen, sondern die Meinungen darüber.“ (Artur Schopenhauer)

## § 1

### Medien und Recht

#### I. Globalisierung der Medien und Medien der Globalisierung

##### 1. Virtueller Markt und Medien

Es besteht kein Zweifel, dass in bestimmten historischen Entwicklungsetappen immer wieder die Frage gestellt werden muss, ob die gegenwärtige **rechtliche Infrastruktur** als Teil der Kulturordnung den Herausforderungen vor allem der Informations- und Kommunikationsprozesse entspricht.<sup>1</sup> Dabei rücken die Medien als Vermittler von Inhalten, Informationen, Ideen und als Kommunikator in den Mittelpunkt der philosophischen,

<sup>1</sup> Wandtke GRUR 2002, 1 ff; Hilty/Hilty 21 ff.

kulturwissenschaftlichen,<sup>2</sup> soziologischen,<sup>3</sup> betriebswirtschaftlichen<sup>4</sup> und rechtswissenschaftlichen **Forschung**.<sup>5</sup> Soweit es das **Privatrecht**<sup>6</sup> und das **öffentliche Recht**<sup>7</sup> sowie das **Strafrecht**<sup>8</sup> betrifft, wird in anschaulicher Weise deutlich, dass das Recht teilweise nicht mehr den Informations- und Kommunikationsprozessen Rechnung trägt.<sup>9</sup> Mit den neuen Informations- und Kommunikationstechnologien ergeben sich Widersprüche und Lücken in den rechtlichen Rahmenbedingungen bei der Verwirklichung der **Menschenrechte** in der Europäischen Union<sup>10</sup> und der **Kommunikationsgrundrechte**, vor allem nach Art 5 GG,<sup>11</sup> welche die Medien- und Rechtsordnung zum Teil entscheidend prägen. Die Informations- und Kommunikationstechnologien können für staatliche Entscheidungsprozesse bedeutsam sein und neue Fragen der grundrechtlichen Gewährleistung der Rechte der Bürger aufwerfen. In bestimmten Fällen reicht der grundrechtliche Schutz nicht aus. Die Gefährdungen, die mit den Informations- und Kommunikationstechnologien auftreten können, sind zugleich Herausforderungen für die Medien- und Rechtsordnung. Das betrifft zB den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Das Bundesverfassungsgericht hat in der historischen Entscheidung zur **Online-Durchsuchung** die Schutzlücke in der Grundrechtsstruktur zu schließen versucht, indem ein neues Grundrecht auf „Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kreiert wurde.<sup>12</sup> Die rechts-

<sup>2</sup> Lagaay/Lauer/Lagaay/Lauer 7 f; *Weber/Schicha* 108 f; *Mersch* 9 f; eine klare Begriffsbestimmung ist nicht auszumachen. In dieser Publikation wird der Begriff Medien sowohl mit technischen Geräten (zB Computer, DVD) als auch mit ökonomischen Organisationsformen (zB Softwareunternehmen, Fernsehanstalten, Filmhersteller, Designerunternehmen) in Verbindung gebracht, die Medienprodukte produzieren.

<sup>3</sup> *Lubmann* 49 f; *Becker/Wehner/Wenzel* 67 f.

<sup>4</sup> *Wirtz* 7 ff.

<sup>5</sup> *Dörr/Kreile/Cole/Cole* 2; *Rüthers* Rechtslehre Rn 37; *Beater* Rn 8; *Branahl* 13; *Schiwy/Schütz/Dörr* 296.

<sup>6</sup> Das Bürgerliche Recht ist Teil des Privatrechts und musste notwendigerweise an die elektronischen Medien angepasst werden; s *Spindler/Schuster/Micklitz* § 312 f BGB Rn 3; *Larenz/Wolf* § 30 Rn 42 ff; *Zenker* JZ 2007, 816.

<sup>7</sup> So entstehen mit der neuen Technik (zB Handy mit Fernsehprogrammen) Probleme im dualen Rundfunksystem (s *Noske* ZRP 2007, 65; *Bullinger*, M ZUM 2007, 337) und im Datenschutz (s *Roßnagel* MMR 2007, 16).

<sup>8</sup> So weist das Übereinkommen über Computerkriminalität vom 23.11.2001, in Kraft getreten am 1.7.2004, in der Präambel auf die Anpassung des Strafrechts hin, abgedr in: *Europäisches und Internationales Medienrecht* 2007, 46 ff. Ein Beispiel ist die StPO, wonach eine ausdrückliche gesetzliche Gestattung eines heimlichen Zugriffs auf einen

Computer nicht von der StPO erfasst wird (BGH JuS 2007, 279).

<sup>9</sup> Mehr oder weniger sind alle rechtlichen Regelungsbereiche von der technischen Entwicklung betroffen, vor allem diejenigen Verhältnisse, die unmittelbar oder mittelbar mit den Kommunikations- und Informationsprozessen in der körperlichen und unkörperlichen Warenwelt zu tun haben. Das gilt auch und gerade für das Privatrecht.

<sup>10</sup> *Uerpmann-Witzack/Jankowska-Gilberg* MMR 2008, 83; *Peters* 58 f; *Ehlers/Schorckopf* § 15 Rn 59 ff; *Grabenwarter* § 23 Rn 1; danach sind in Art 10 der EMRK Kommunikationsfreiheiten geschützt, die sowohl die Meinungs-, Informations-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit als auch die Freiheit der Kommunikation durch Massenmedien erfassen.

<sup>11</sup> *Maunz/Dürig/Herzog* Art 5 Rn 65 ff; *Dreier/Schulze-Fielitz* Art 5 Rn 277 ff; von Münch/Kunig/Wendt Art 5 Rn 1; *Fechner* Medienrecht Rn 59.

<sup>12</sup> Im Zusammenhang mit der Online-Untersuchung hat das Bundesverfassungsgericht (s BVerfG NJW 2008, 822, 827) auf neuartige Gefahren hingewiesen und den Eingriff verfassungsrechtlich nur dann als zulässig angesehen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut (zB Leib, Leben und Freiheit sowie Bedrohung des Staates und die Existenzgrundlage des Menschen) besteht. Kritisch dazu *Hornung* CR 2008, 299, 301.

wissenschaftliche Forschung hat sich den neuen technologischen Herausforderungen zu stellen und im Zeitalter der virtuellen Medien- und Warenwelt Konzepte anzubieten, die dem Recht als Gestaltungs- und Konfliktinstrument Rechnung tragen. Dabei rücken die rechtlichen Rahmenbedingungen der geistigen Produktion und deren Medienprodukte immer stärker in den Fokus des Medienrechts.

Denn die technologische Entwicklung hat nicht nur Impulse in der **geistigen Produktion** ausgelöst, sondern offensichtlich die gesellschaftlichen Produktionsverhältnisse und Produktivkräfte insgesamt umzuwälzen vermocht.<sup>13</sup> Dies ist aber kein Wunder der Technik, sondern es ist das Ergebnis der Schöpferkraft des Menschen, der seine Produktionswerkzeuge verfeinert und letztlich die Bedingungen für den **gesellschaftlichen Reichtum** schafft, die rechtlich, sozial und ökonomisch gestaltend verändert werden. Wir befinden uns im Übergang vom wissenschaftlich-technischen ins **technologische Zeitalter**, in dem der Staat auf Hoheitsrechte zu Gunsten einer **supranationalen Herrschaftsordnung** verzichtet und die Medien globaler agieren können als im 20. Jahrhundert. Dem **globalen Markt der Medien** entspringen Kräfte, die zu zügeln dem Recht kaum gelingen wird. Zumindest weisen verschiedene Faktoren auf diesen Zusammenhang hin, wie zB der **virtuelle Markt**,<sup>14</sup> der neben dem traditionellen Markt entstanden ist<sup>15</sup> und alles Bisherige in den Schatten stellt bzw die Ambivalenz technologischer Entwicklung zum Ausdruck bringt. Die virtuelle Realität ist die computergesteuerte Nachbildung der Wirklichkeit. **Cyber-space** ist die Erzeugung einer digitalisierten Simulation dreidimensionaler Räumlichkeit. Der virtuelle Markt, der durch das Internet und die digitale Technologie geschaffen worden ist, erlaubt es, dass aus unserer Welt ein „**global village**“<sup>16</sup> zu entstehen im Begriff ist, mit einem Informationsfluss von Land zu Land. Die Ekstase der Kommunikation kennt in der **digitalen Welt**<sup>17</sup> keine territorialen Grenzen.<sup>18</sup> Über Computer und Multimedia-Handys hängen Millionen ununterbrochen am Netz. In diesem Prozess befinden wir uns. Wahrheit und Lüge werden schneller transportiert.<sup>19</sup> Raum und Zeit sowie traditionelle Transportwege befinden sich in der Auflösung und das Nutzerverhalten wird durch die **Vernetzung und Digitalisierung** verändert.<sup>20</sup> Das Wechselspiel zwischen Kritik an den Medien und **kritischen Medien** bleibt unabhängig von den Veränderungen in einer globalen Welt bestehen.<sup>21</sup> Der erleichterte **Zugang zu Informationen**<sup>22</sup> schließt erleichterte Möglichkeiten der Manipulation der Nutzer ein. Die Vernetzung und Digitalisierung hat Auswirkungen auf das Nutzerverhalten und eröffnet **neue Märkte**.<sup>23</sup>

Außerdem ist der Eingriff grds nur unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen. Diese Entscheidung ist aber nur ein Pyrrhus-sieg.

<sup>13</sup> Hepp/Krotz/Moores/Winter/Hepp 2006, 43; BT-Drucks 13/11004, 61; BT-Drucks 14/9200, 261 f.

<sup>14</sup> Rippert/Weimer ZUM 2007, 272. Sie weisen daraufhin, dass mit dem Geschäftsmodell „Second Life“ in den USA täglich Umsätze in Höhe von ca \$ 850 000,- generiert werden.

<sup>15</sup> Schweighofer 347 ff; Weinknecht/Bellinghausen MMR 1997, 6.

<sup>16</sup> Das Begriffspaar geht auf Marshall McLuhan zurück; s *McLuhan/Powers* The Global Village 117.

<sup>17</sup> Bukow/Ottersbach/Reich 247.

<sup>18</sup> Lucchi 11.

<sup>19</sup> Weizenbaum 340.

<sup>20</sup> Wirtz 43.

<sup>21</sup> Becker/Wehner/Wehner 55.

<sup>22</sup> Eine einheitliche Theorie der Information steht aus. Der Begriff Information meint Nachricht, Auskunft oder Mitteilung. Das Informieren beschreibt die Tätigkeit des Informierens. S *Roesler/Stiegler* 95.

<sup>23</sup> Neben den Printmärkten (zB Zeitungs-, Buch- und Zeitschriftenmarkt) existieren elektronische Märkte (zB Internet-, Computerspiel-, Film-, TV-Markt). Die Besonderheit dieser Märkte besteht darin, dass die Unternehmen ihre Medienprodukte auf den verschiedenen Märkten gleichzeitig absetzen können. S *Wirtz* 22.

Diese Prozesse werfen völlig neue Fragen der rechtlichen Regulierung der politischen, ökonomischen, sozialen und kulturellen Prozesse in unserer Gesellschaft auf. Der **Globalisierung** der ökonomischen Prozesse folgt eine Globalisierung des Rechts im Sinne einer **Harmonisierung** der Regelungen zum Schutz der immateriellen Güter und deren Vermarktung.<sup>24</sup> Dem entspricht überwiegend der Schutz des geistigen Eigentums zur Sicherung der internationalen Verwertungsprozesse des Kapitals. Diese **Verwertungsprozesse** des Kapitals haben direkt oder indirekt mit den Medien zu tun. Denn Medien werden gleichsam globalisiert<sup>25</sup> und die Medien globalisieren die Märkte.<sup>26</sup> Die Medien sind außerdem Bestandteil eines „**globalen Entertainment**“<sup>27</sup> in einer von politischen, ökonomischen, sozialen und kulturellen Widersprüchen geprägten Welt.

## 2. Recht der geistigen Produktion und Medien

- 3** Das **Recht der Medien** hat sich gleichsam als spezielles Rechtsgebiet für das 21. Jahrhundert fit zu machen. Das Recht der Medien ist die „Magna Charta“ global agierender Produktivkräfte in kapitalorientierten Produktions- und Reproduktionsverhältnissen, deren wesentlicher Bestandteil die geistige Produktion ist. Die geistige Produktion im System der Produktionsverhältnisse wird im 21. Jahrhundert einen größeren ökonomischen Stellenwert als in der Vergangenheit einnehmen.<sup>28</sup> Die **Vermögensmaximierung** in der geistigen Produktion korrespondiert dabei mit dem entsprechenden Marktmodell.<sup>29</sup> Das Computerspiel<sup>30</sup> „Second Life“ ist ein entsprechendes Marktmodell, das offensichtlich ein Millionengeschäft ist. Dazu gehört zB auch die **Suchmaschine Google**, die massive Verletzungen des geistigen Eigentums aufweist.<sup>31</sup> Die geistige Produktion (zB künstlerische, literarische und wissenschaftliche bzw wissenschaftlich-technische Herstellung von Waren und Dienstleistungen) und deren Verwertungsprozesse zielen vorwiegend auf einen **kommunikativen Zusammenhang**, auf Verständigung über die objektive Realität. Nicht nur das Material soll angeeignet werden, sondern vor allem die Mitteilung.<sup>32</sup> Bei der **Kunstproduktion** mit ihren Kunstwerken steht bspw der Kommunikationsprozess im Vordergrund.<sup>33</sup> Diese Mitteilung (auch Content, Information oder nur Zeichen), die zum Teil eines **körperlichen Trägers** (Papier, Holz, Metall, Textilien) bedarf, kann mittels einer **Informations- und Kommunikationstechnologie** global verbreitet werden (zB Internetplattformen, Mobil-TV, Suchmaschinen). Hier liegt auch der interessante ökonomische Aspekt der geistigen Produktion. Dabei ist das Verhältnis zwischen **Materialgestaltung und Mitteilung** in der geistigen Produktion von Arbeitsergebnis zu Arbeitsergebnis und dessen Vermarktung sehr unterschiedlich. Die Mitteilung und der **Bedeutungsgehalt** eines Kunstwerkes sind daher anders zu beurteilen als bei einem Design oder einem

<sup>24</sup> Pierson/Ahrens/Fischer/Pierson 3.

<sup>25</sup> BT-Drucks 13/11004, 44.

<sup>26</sup> Wirtz 662.

<sup>27</sup> Ladeur ZUM 2007, 117.

<sup>28</sup> Dreier CR 2000, 45; BT-Drucks 13/11004, 36 ff; Florida 68; er weist nach, dass die „Creativ Class“ zum wirtschaftlichen Wachstum entscheidend beiträgt. Der Beitrag der Copyright-Industrie zB in den USA (vor allem die Film-, Musik-, TV-, Verlags- und Software-Branche) am Bruttoinlandsprodukt ist um 11 % im Jahre 2005 gestiegen. Die Copyright-Allianz, ein Dachverband

US-amerikanischer Firmen und Verbände der Copyright-Industrie, stellte einen Katalog von Fragen zum Schutz der Kreativen im Zusammenhang mit der Präsidentschaftswahl 2008 auf. Dabei spielen die sog „Fair-Use“ Regeln in der Internetwirtschaft eine bedeutende Rolle. Siehe [www.heise.de/newsticker/meldung/99429](http://www.heise.de/newsticker/meldung/99429).

<sup>29</sup> Stallberg 235 f.

<sup>30</sup> S ausf zum Computerspiel Teil 2 Kap 5.

<sup>31</sup> Ott GRUR Int 2007, 563.

<sup>32</sup> Marten 95.

<sup>33</sup> Dreier/Pernice Art 5 Abs 3 GG Rn 22.

schlichten Zeichen eines Produkts als Marke.<sup>34</sup> Nicht nur die ästhetische Formgebung als Medium ist für den Verbraucher von Interesse, sondern deren verkörperte Idee. Deshalb ist auch der **Medienbegriff** und das **Medienprodukt** inhaltlich weit zu fassen.<sup>35</sup> Im Grunde ist eine **funktionelle Bestimmtheit** mit den Produkten der geistigen Produktion verbunden, dh dass die produzierten Waren der Kreativen insbesondere dann als Medienprodukte angesehen werden, wenn sie funktionell in erster Linie auf einen Informations- und Kommunikationszusammenhang hinweisen.<sup>36</sup> Solche Medienprodukte (zB Fernsehspiele, Gameshows, Musikwerke, Spielfilme, Design, Texte, Abbildungen) in der geistigen Produktion können als körperliche oder unkörperliche Güter in Erscheinung treten. In der jetzigen Entwicklung der Produktivkräfte geht es nicht mehr allein um die Reproduzierbarkeit der immateriellen Güter durch die Informations- und Kommunikationstechnologie, sondern um die Produzierbarkeit derselben, zB von Kunstwerken mit Hilfe neuer Technologien. Nicht nur die geistige Produktion erfährt einen Wandel, sondern auch die Medien als Verbreiter von Aussagen (**technischer Medienbegriff**) und die dahinter stehenden Organisationsformen (**institutioneller Medienbegriff**)<sup>37</sup> unterliegen den Veränderungen. Die **Unternehmen in der Medienbranche**,<sup>38</sup> insbesondere die Hörfunk- und Fernsehanstalten, die Zeitungs- und Buchverlage, die Filmhersteller, die Musikunternehmen, Softwarehersteller und die Internetbetreiber, sind diejenigen, die die immateriellen Güter in der geistigen Produktion als Medienprodukte auf dem Markt anbieten. Nicht nur die veränderte Struktur der Medienunternehmen mit ihren Medienprodukten ist eine Folge der Produktivkraftentwicklung, sondern dieselbe hat die geistige Produktion mit ihren immateriellen Gütern wirtschaftlich so bedeutsam gemacht. Durch die neuen technologischen Produktionsprozesse sind neue Verwertungsmöglichkeiten der immateriellen **Güter als Medienprodukte** entstanden.<sup>39</sup> Das Internet sowie die Digitalisierung haben eine globale **Vermarktungsstrategie** für die Medienunternehmen ermöglicht. So existieren zB bereits seit längerem **Download-Shops** oder **Musikportale**, die datenreduzierte Musikdateien im **MP3-Format** verbreiten.<sup>40</sup> Aber auch die Geschäftsmodelle wie **Web 2.0** und zunehmend **Web 3.0** fordern die Medienunternehmen zu neuen Marketingstrategien heraus. Die Möglichkeiten der digitalen Produktion und Distribution von Inhalten und Formgebungen haben für Medienunternehmen sowohl wettbewerbsstrategische als auch ressourcenbezogene Implikationen: Im Vergleich zu den traditionellen Vertriebsformen und den traditionellen Medienprodukten (zB Zeitungsartikel im Printformat) kann kos-

<sup>34</sup> *Stolz* 41 ff.

<sup>35</sup> In den vorliegenden Ausführungen wird an den weiten Medienbegriff von McLuhan angeknüpft, der auch körperliche Sachen, zB das Radio, als Medium betrachtet. S *McLuhan* Das Medium ist die Botschaft, 47.

<sup>36</sup> So sind zB Tassen mit einem Logo der Fußballweltmeisterschaft Medienprodukte. Funktionell soll nicht nur die Möglichkeit des Trinkens gegeben werden, was üblicherweise für normale Tassen ausschließlich bestimmt ist, sondern dem Verbraucher werden über das Logo Informationen über ein Ereignis vermittelt. Noch deutlicher wird der Gebrauchs- und Informationszweck bei Texten oder bei Verpackungen oder bei Gestaltungselementen einer Webseite.

<sup>37</sup> *Wirtz* 10.

<sup>38</sup> Beim Begriff der Medienunternehmen kann auf die betriebswirtschaftliche Definition von Betrieben zurückgegriffen werden. Siehe *Wirtz* 11. Im österreichischen Mediengesetz wird ein Medienunternehmen danach bewertet, ob es eine inhaltliche Gestaltung des Mediums und seine Herstellung und Verbreitung oder Ausstrahlung (Rundfunk) oder Abrufbarkeit (Website) entweder besorgt oder veranlasst. Es muss über ein Mindestmaß an unternehmerischer Struktur verfügen. Siehe *Zöchbauer* Mediengesetz § 1 Ziff 6 MedienG 7.

<sup>39</sup> *Koch* AfP 2007, 307.

<sup>40</sup> *Homann* 293.

tengünstiger distribuiert werden. Das mindert Zutrittsbarrieren der **Medienmärkte** und fördert Zutrittschancen für Konkurrenten.<sup>41</sup> Außerdem entsteht eine Variantenvielfalt von Angeboten unterschiedlicher Medienprodukte.<sup>42</sup> Dabei spielen die Timingstrategien im **Medienmanagement** eine erhebliche Rolle.<sup>43</sup>

- 4 Der Wandel in der geistigen Produktion hat nicht nur Auswirkungen auf neue Medienprodukte (zB iPod), sondern die kapitalorientierte Produktionsweise produziert auch einen Verbraucher mit neuen Konsumverhaltensmustern.<sup>44</sup> Der Nutzer kann zur gleichen Zeit Hersteller und Verbraucher sein.<sup>45</sup> Insofern produziert die kapitalorientierte Produktionsweise mit Hilfe der Informations- und Kommunikationsprozesse nicht nur eine Ware für das Subjekt, sondern auch ein Subjekt für die Ware.<sup>46</sup>
- 5 Die geistige Produktion mit ihren unterschiedlichen Arbeitsergebnissen in der rechtlich ausgestalteten Form der **Aneignung und Zuordnung der Medienprodukte** ist gleichsam die Grundlage für die Durchführung von **Transaktionen auf Märkten**. Für die Verwertung sind die produzierten Medienprodukte von Bedeutung (Musik, Software, Sprachwerk, Fotografie, Filmwerk etc). Die Verwertung setzt die Verkehrsfähigkeit derartiger immaterieller Waren voraus, wobei der körperliche Träger der geistigen Arbeit (zB die CD) nur eine sekundäre wirtschaftliche Bedeutung bspw als Speichermedium hat.
- 6 Die körperlichen Träger (zB Papier) werden einerseits nach der traditionellen Methode auf dem Markt angeboten (zB Buchläden), andererseits ist durch das Internet ein **Kommunikationsnetz** entstanden, in dem mittels der **Computertechnik** und der digitalen Technologie Medienprodukte geschaffen werden. Das Internet ermöglicht einen virtuellen Markt und Kulturraum (zB eine **virtuelle Bibliothek**), der ein neues Strukturelement in der geistigen Produktion impliziert. Es betrifft zum einen die Herstellung der immateriellen Güter als Waren und zum anderen – der eigentliche, ökonomisch interessante Aspekt – die Verwertung im globalen Netz. Beides kann direkt miteinander im Netz verknüpft werden. Trotz dieser Entwicklungstendenzen und der **teilweisen Überwindung der klassischen Arbeitsgesellschaft** kann die sog Informationsgesellschaft nicht auf die „New Economy“ reduziert werden.<sup>47</sup> Die Beschränkung eines derartigen **Ökonomismus der Informationen** als Zeichen, Bilder oder Töne reduziert den gravierenden ökonomischen, sozialen, kulturellen und rechtlichen Wandel, der mit der geistigen Produktion und Reproduktion in einer globalisierten Welt einhergeht.<sup>48</sup>

### 3. Ubiquität der Medienprodukte

- 7 Die Medienprodukte bringen teilweise die Globalisierung der gesellschaftlichen Produktionsverhältnisse und Märkte zum Ausdruck. Das Medienprodukt kann an vielen Orten, in zahlreichen Staaten und zur gleichen Zeit genutzt werden. Dieser weltweite Genuss durch Dritte ist eine Folge der **Ubiquität immaterieller Güter** im Unterschied zum Sacheigentum.<sup>49</sup> Wirtschaftlich ist das für die Vermarktung eines Produkts ein enormer Vorteil, da die **Transaktionskosten** gesenkt werden. Denn anders als bei körperlichen

<sup>41</sup> Siehe Teil 3 Kap 1 u 2.

<sup>42</sup> Hagenhoff/Kaspar 51.

<sup>43</sup> Wirtz 653.

<sup>44</sup> Koch AfP 2007, 306; Spacek 7.

<sup>45</sup> McLuhan The Global Village 117.

<sup>46</sup> Marx Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie 14.

<sup>47</sup> Ebenso Bühl 45.

<sup>48</sup> Hepp/Krotz/Moores/Winter/Winter 79.

<sup>49</sup> Troller 97. Die Abbildung einer Sache stellt eine Vervielfältigung des geistigen Werkes dar. Das Vervielfältigungsrecht als Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers des geistigen Werkes ergibt sich aus dem Urheberrecht. Die Rechte des Sacheigentümers ergeben sich aus § 903 BGB.

Waren fällt ein Teil der Transportkosten weg und die Verwertung kann im Grunde ohne Verlust der Qualität immer wieder erfolgen.<sup>50</sup> Die traditionelle **Mehrfachnutzung der Medienprodukte**<sup>51</sup> wird von einer digitalen Mehrfachnutzung immer stärker im Netz begleitet.<sup>52</sup> So erschließen Onlinehändler einen neuen Markt, der vollständig aus Nischenprodukten besteht: den „Long Tail“.<sup>53</sup> **Digitale Online-Medien** stellen für den einzelnen Nutzer entsprechend seinen Bedürfnissen im Rahmen der Mehrfachnutzung Medienprodukte zur Verfügung, indem sie über ein **computergesteuertes Individualisierungssystem** das Medienprodukt für die Kunden produzieren.<sup>54</sup> Diese digitale Produktionsweise und deren Produktverwertung ist nicht nur betriebswirtschaftlich interessant, sondern erfordert eine **Rechtskonzeption**, die die entstehenden Widersprüche zu lösen vermag. Das nationale Recht gerät dabei immer mehr in Widerspruch zu den internationalen Produktionsverhältnissen, wenn es nicht als Gestaltungsinstrument Einfluss auf diese globale Entwicklung auszuüben gedenkt.<sup>55</sup> Dabei spielt der **Schutz des geistigen Eigentums** eine zentrale Rolle, weil es sowohl Regeln für die Entstehung des Schutzes der Medienprodukte in der wissenschaftlichen, literarischen, künstlerischen und technischen Produktion als auch Regeln für die Verbreitung und Verwertung derselben beinhaltet. Zunächst wäre aber eine **Evaluierung** des Rechts des geistigen Eigentums nötig. Gesetzesfolgeabschätzung und Gesetzesevaluierung geraten vor allem dort in den Fokus, wo das Gesetz auf das Marktgeschehen *und* auf das innovative Verhalten gerichtet ist.<sup>56</sup>

Die **Entwicklung des Rechts** war in den historischen Etappen einerseits eine Reaktion auf technische Erneuerungen, andererseits ein Spiegelbild der historisch bedingten und kulturell bestimmten Produktionsweise, die einer Entwicklungsstufe der Produktivkräfte entsprach und entspricht. Die technologische Entwicklung hat natürlich Auswirkungen auf die Arbeitsteilung und auf den Markt. Das bedeutet aber nicht, dass immer mehr Rechtsgüter ihren Marktcharakter verlieren und damit zu Nichtvermögensgütern werden.<sup>57</sup> Die Marktgesetze werden nicht durch die technologische Entwicklung aufgehoben, sondern modifiziert. Dem BGB liegt ein Marktmodell zu Grunde, das dem freien Spiel der Marktkräfte entspricht, in dem selbst das Persönlichkeitsrecht einen Marktwert hat und insoweit als Ware in der Werbung zirkulieren kann.<sup>58</sup>

#### 4. Medien und kulturelle Prozesse

Es gab und gibt einen dialektischen Zusammenhang zwischen **Individualitätentwicklung** und Reichtumsproduktion.<sup>59</sup> Die Medienprodukte – wie alle Waren – erscheinen nur als eine Vergegenständlichung gesellschaftlicher Verhältnisse, in denen die Akteure ihre körperlichen und geistigen Fähigkeiten produzieren und reproduzieren. Das Medienprodukt ist insoweit Ausdruck einer bestimmten **Kulturstufe**. Der **schöpferische Akteur** ist historisch gesehen ein Produkt, aber auch ein Subjekt gesellschaftlicher Prozesse. Bleibt der Akteur nur Objekt einer kapitalorientierten Mediengesellschaft, verkümmern

<sup>50</sup> Pierson/Ahrens/Fischer/Pierson 2.

<sup>51</sup> So kann ein Roman als Printausgabe auf dem Buchmarkt erscheinen. Dieser wiederum kann Gegenstand einer Verfilmung für das Kino oder für das Fernsehen oder für die DVD-Produktion sein.

<sup>52</sup> Hagenhoff/Kaspar 56.

<sup>53</sup> Dierking/Möller MMR 2007, 426, 427.

<sup>54</sup> Hagenhoff/Kaspar 58.

<sup>55</sup> Hoeren MMR 2007, 3 – er weist auf Zoning und Geolocation hin, die kollisionsrechtliche Fragen im Internet aufwerfen.

<sup>56</sup> Tades/Danzl/Graninger/Dreier 49.

<sup>57</sup> AA Beater/Habermeier/Gotthardt 6.

<sup>58</sup> S Ladeur ZUM 2007, 111, 112; BGH ZUM 2007, 1 – Rücktritt des Finanzministers; BGH ZUM 2007, 54 – kinski-klaus.de.

<sup>59</sup> Marten 17; BT-Drucks 16/7000, 47 f.

die geistigen und körperlichen Fähigkeiten. Die Literatur-, Kunst-, Informations- und Wissenschaftsproduktion im technologischen Zeitalter kann als Kulturproduktion bezeichnet werden,<sup>60</sup> wenn die **Kreativität** und **Innovation** Vorrang hat vor Verdummung und Zerstörung menschlicher Fähigkeiten. Die Veränderungen gesellschaftlicher Prozesse sind zurückzuführen auf die Entwicklungen der **Informations- und Kommunikationstechnologien**. Sie sind das Ergebnis und teilweise eine Voraussetzung der geistigen Produktion. Die Entstehung neuer Medienprodukte und **neuer Kulturindustrien** als Folge der technischen Entwicklung hat Bedeutung für die Kulturentwicklung und für die Globalisierung der Märkte.<sup>61</sup> Die geistige Produktion macht nicht vor nationalen Grenzen halt. Jede Person in Deutschland, die technisch die Voraussetzungen geschaffen hat, kann mit einem chinesischen Bürger oder Unternehmen kommunizieren. Die gemeinsam geschaffenen Medienprodukte können durch die **Vernetzung** produziert und über das Netz verbreitet werden. Das **Internet** macht es möglich. Bspw können Kunstprodukte im Internet als ein eigener Bereich der geistigen Produktion und Kommunikation geschaffen und als Waren vermarktet werden.<sup>62</sup> **Medienprodukte als Waren** machen das System des geistigen Eigentums und damit das Recht der Medien für die wirtschaftliche Verwertung derselben durch die Medienunternehmen noch interessanter. Die **Medienökonomie** der Medienunternehmen gerät dabei immer stärker in den Fokus der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung der Informations- und Kommunikationstechnologie.<sup>63</sup> Auch das Immaterialgüterrecht kann sich dem nicht verschließen; seine Wirkungsweise kann aber nicht allein auf das „Ökonomische“ reduziert werden. Denn Recht ist selbst eine **Kulturerscheinung**.<sup>64</sup> Das Recht als Ergebnis gesellschaftlicher Interessenwidersprüche und als Phänomen der **Verhaltenssteuerung** ist auf die Lösung der Interessenwidersprüche und auf den Interessenausgleich der Beteiligten im kulturellen Gesamtprozess gerichtet. Mit der Digitalisierung und dem Internet brechen die einzelnen **Interessenwidersprüche** auf, die zwischen Medienunternehmen und zwischen Medienunternehmen und den Nutzern bestehen. So liegt zB ein Interessenwiderspruch innerhalb der **Open-Access-Bewegung** vor, in der der Autor dem Anbieter sein Werk kostenlos zur Verfügung stellt, obwohl eine Kollision der Interessen zwischen Unternehmen<sup>65</sup> oder mit Verlagsverträgen bestehen kann.<sup>66</sup> Diese Bewegung der freien Verfügbarkeit von Inhalten hat ein eigenes Lizenzvertragssystem entwickelt. Zu den bekanntesten Lizenzvertragssystemen gehören die General Public License (GPL) und die Creative Commons-Lizenzen, die auch als AGB anerkannt sind.<sup>67</sup> In der **Wissenschaftskommunikation** ist das Internet zum vorherrschenden Medium geworden. Derzeit sind bereits mehr als 1000 Zeitschriftenartikel, Broschüren und Bücher im Volltext abrufbar und frei zugänglich.<sup>68</sup> Der Unternehmer will seine Produkte vermarkten, der Nutzer will einen freien Zugang zu den „Contents“. **Neben wettbewerbs-,<sup>69</sup> marken-,<sup>70</sup> urheber-<sup>71</sup> und geschmacksmusterrechtlichen<sup>72</sup> Problemen ist auch das Strafrecht<sup>73</sup> gefragt, das – wie das Recht insgesamt – an die Grenzen der Verhaltenssteuerung im Internet und in den Informations- und Kommunikationsprozessen stößt bzw stoßen kann. Das betrifft auch Fragen der örtlichen Zuständigkeit bei Urheber-,**

<sup>60</sup> Bourdieu 113 ff.

<sup>61</sup> Pahlow UFITA 2006/III, 705 ff.

<sup>62</sup> Marten 35.

<sup>63</sup> Wirtz 16; Breyer-Mayländer/Seeger 27; Hagenhoff/Hogrefe/Riedel/Zibull 82.

<sup>64</sup> Zimmermann 2; Kelsen 95 ff; nach seiner Auffassung ist die dogmatische Jurisprudenz eine Normwissenschaft.

<sup>65</sup> Lessig 259.

<sup>66</sup> Hagenhoff/Dorschel 239.

<sup>67</sup> Mantz GRUR Int 2008, 24.

<sup>68</sup> Roesler-Graichen Börsenblatt Nr 5, 2007, 32.

<sup>69</sup> S Teil 3 Kap 1.

<sup>70</sup> S Teil 2 Kap 7.

<sup>71</sup> S Teil 2 Kap 1.

<sup>72</sup> S Teil 2 Kap 11.

<sup>73</sup> S Teil 7 Kap 3.

**Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet.**<sup>74</sup> Was innerhalb der Netze passiert, ist immer schwerer rechtlich zu steuern. Das gilt auch für das Internetstrafrecht zur Bekämpfung der **Computerkriminalität**, die Änderungen des materiellen und prozessualen Strafrechts<sup>75</sup> erforderlich machte.<sup>76</sup>

### 5. Vermarktung von Medienprodukten in der EU

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Verwertungskonditionen des Kapitals sind sowohl auf europäischer als auch auf internationaler Ebene festzustellen. Die **Europäische Union versucht mit ihren Richtlinien**<sup>77</sup> als Sekundärrecht die Grundlagen für die Regulierung der Märkte von Medienprodukten auf dem Gebiet des Fernsehens,<sup>78</sup> der elektronischen Kommunikation, der Presse, der Werbung und des Buchmarktes zu schaffen,<sup>79</sup> wobei die Kommission damit begonnen hat, die Richtlinien zu überprüfen und Vorschläge zur Verbesserung zu unterbreiten.<sup>80</sup> Dazu gehört vor allem die **Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste vom 11.12.2007**,<sup>81</sup> welche die bisherige Fernseh-Richtlinie geändert hat und bis zum 19.12.2009 umgesetzt werden muss.<sup>82</sup> Da die Richtlinie zu den Fernsehprogrammen derzeit insbesondere analoges und digitales Fernsehen, Live Streaming, Webcasting und den zeitversetzten Videoabruf („Near-video-on-demand“) zählt und Mediendienste auf Abruf erfasst sowie Regelungen zur **Werbung**, sind die rechtlichen und wirtschaftlichen Probleme der Mediendienste im kommerziellen und nicht kommerziellen Bereich noch nicht absehbar.<sup>83</sup> Dabei stellt sich auch die Frage, ob der deutsche Rundfunkbegriff noch richtlinienkonform sein kann.<sup>84</sup>

Die wirtschaftliche Bedeutung der **Medienmärkte** ist immens. Als Beispiel sei der Umsatz im europäischen Telekommunikations-Sektor genannt; dieser beträgt jährlich rund € 270 Mrd.<sup>85</sup> Auch der Umsatz von **Video- und Computerspielen** ist in Deutschland gestiegen.<sup>86</sup> Auf dem Gebiet des geistigen Eigentums sind ebenfalls bedeutende Richtlinien verabschiedet worden.<sup>87</sup> Allen Richtlinien ist gemeinsam, dass sie darauf abzielen die Unterschiede im Rechtsschutz zwischen den Mitgliedstaaten aufzuheben, um den **freien Verkehr** von Waren und Dienstleistungen in der Europäischen Union sicherzustellen. Hierzu gehört insbesondere die Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (**Durchsetzungs-Richtlinie**). Mit dieser Richtlinie werden Maßnahmen, Verfahren

<sup>74</sup> *Dankwerts* GRUR 2007, 104 ff.

<sup>75</sup> S Teil 7 Kap 3.

<sup>76</sup> *Gercke* ZUM 2007, 282.

<sup>77</sup> Siehe Teil 1 Kap 3.

<sup>78</sup> *Holtz-Bacha* Media Perspektiven 113. Die ökonomische Sichtweise der Kommission auf den Rundfunk und mit der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die Medien ist ein Dauerkonflikt zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten entstanden.

<sup>79</sup> *Breyer-Mayländer/Seeger* 27.

<sup>80</sup> *Enaux/Worok* CR 2006, 736.

<sup>81</sup> Vgl die Richtlinie 2007/65/EG vom 11.12.2007 zur Änderung der RL 89/552/EG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, Abl L 332/27.

<sup>82</sup> *Castendyk/Böttcher* MMR 2008, 13.

<sup>83</sup> *Schwartmann/Schwartmann* 1.2 Rn 25; *Castendyk/Böttcher* MMR 2008, 15; *Schulz* EuZW 2008, 107; *Weberling/Wallraf/Deters/von Heinegg* 108.

<sup>84</sup> *Castendyk/Böttcher* MMR 2008, 16.

<sup>85</sup> *Enaux/Worok* CR 2006, 736.

<sup>86</sup> Nach dem Creative Economy Report der UN von 2008 (S 4) sind auch die Creative industries um 12,3 % in der EU gestiegen. Der Bundesverband Interaktiver Unterhaltungssoftware eV verzeichnete 2006 einen Umsatz von € 1 126,- Mrd. Dies entspricht einem Zuwachs von 7,4 % gegenüber 2005. S *Otto* Politik und Kultur 2007, 14.

<sup>87</sup> *Wandtke/Bullinger/Wandtke* Einl UrhR Rn 21.

und Rechtsbehelfe beschrieben, die für die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums erforderlich sind.<sup>88</sup> Die Richtlinie entspricht der allgemeinen Tendenz, immaterielle Güter als Medienprodukte auch international zu schützen.<sup>89</sup> Angeknüpft wird an das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPs) vom 15.4.1994.<sup>90</sup> Es soll mit der Erweiterung der Rechte der Rechtsinhaber („TRIPs-Plus“) der Bedeutung des geistigen Eigentums für das Funktionieren des Binnenmarktes Rechnung getragen werden.<sup>91</sup> Alle Industriestaaten sind Mitglieder der **Welthandelsorganisation** (WTO) und nach dem TRIPs-Abkommen verpflichtet, geistige Leistungen in ihrem Staatsgebiet effektiv zu schützen.<sup>92</sup>

- 12** Im Prozess der **Vermarktung der Medienprodukte in der EU** spielen die Medienkonzerne im Hinblick auf die Meinungsmacht eine nicht zu unterschätzende Rolle. Durch die zunehmende **Medienkonzentration** ist die Meinungsvielfalt gefährdet. Deshalb hat die Europäische Kommission kürzlich einen **Drei-Stufen-Plan** zur Erhaltung des Medienpluralismus vorgestellt.<sup>93</sup> Als Grundlage dient ein Arbeitspapier, das neben den Regulierungszielen zur **Verhinderung von Informationsmonopolen** die Überarbeitung der Fernseh-Richtlinie enthält.<sup>94</sup> Im Interesse der Erhaltung des Medienpluralismus ist auch die Medienkonzentration im Internet zu verhindern. Denn mit dem Internet als **Rundfunkplattform** entstehen selektive Nutzungsmöglichkeiten, die das Fernsehen und den Hörfunk als Massenkommunikationsmittel in einem neuen Licht erscheinen lassen.<sup>95</sup> Die Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in einer dualen Rundfunkordnung spielt dabei eine immer wichtigere Rolle. Denn die technologischen Neuerungen der letzten Jahre und die dadurch ermöglichte Vermehrung der Übertragungskapazitäten sowie die Entwicklung der Medienmärkte haben an dem **verstärkten Schutz der Rundfunkfreiheit** nichts geändert. Rundfunkprogramme als Medienprodukte verfügen nach wie vor über eine Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft. Die bestehenden Behinderungen der Rundfunkfreiheit sind vielfältig. So steht zB die Aufrechterhaltung des Pluralismus im Rahmen der Kulturpolitik den Rundfunkveranstaltern zu, deren Programme durch die **Kabelnetzbetreiber** verbreitet werden müssen. Die nationalen Regelungen sind deshalb im Rahmen des Art 49 EG und Art 86 EG dahingehend auszulegen.<sup>96</sup> Aber nicht nur strukturelle Gefahren bestehen, die den Pluralismus der Kulturpolitik verhindern können. Ebenso besteht die Gefahr einer einseitigen Einflussnahme auf den Inhalt der Programme durch den **ökonomischen Wettbewerbsdruck**.<sup>97</sup> Eine Behinderung der Rundfunkfreiheit kann auch darin bestehen, dass politischer Druck auf die Sender ausgeübt wird und kritische Sendungen verboten werden. Insofern besteht zwischen der Rundfunkfreiheit und der Meinungsfreiheit ein unmittelbarer Zusammenhang. Die **Meinungsfreiheit** gilt ebenso für Sendungen, deren Informationen verletzen, schockieren oder beunruhigen. Pluralismus, Toleranz und offene Geisteshaltung sind Voraussetzungen einer demokratischen Gesellschaft.<sup>98</sup>

<sup>88</sup> Seichter WRP 2006, 391, 392.

<sup>89</sup> S Teil 1 Kap 4.

<sup>90</sup> BGBl 1994 II S 1730; ausf zum TRIPs-Abkommen: Busche/Stoll/*Busche* TRIPs Einl 2 Rn 1 ff.

<sup>91</sup> Seichter WRP 2006, 392.

<sup>92</sup> Ann GRUR Int 2004, 597 ff.

<sup>93</sup> Zagouras AfP 2007, 1.

<sup>94</sup> S das Dokument „Medienpluralismus in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union“, SEC (2007) 32, 11.

<sup>95</sup> Schwartmann/*Schwartmann* 1.2 Rn 39 f.

<sup>96</sup> S EuGH ZUM 2008, 131, 135; zur Übertragungspflicht der Kabelnetzbetreiber („must carry“).

<sup>97</sup> BVerfG ZUM 2007, 712, 721; *Bretschneider* WRP 2008, 761, 764.

<sup>98</sup> S EGMR NJW-RR 2007, 1524, 1528 – *L'honneur perdu de la Suisse*; EGMR JuS 2006, 1120, 1121 – *Meinungsfreiheit*; Dörr/*Kreile/Cole/Heer-Reißmann/Dörr/Schüller-Keber* 25.

## 6. Internationaler Markt und kulturelle Dimension der Medienprodukte

Das geistige Eigentum ist im globalen Maßstab von Bedeutung, weil weltweit nicht nur die wirtschaftliche Effizienz<sup>99</sup> der Medienprodukte (zB Rundfunkprogramme, Geschmacksmuster, Marken, Kennzeichen, Musik, Texte, Bilder, Filmwerke) im Fokus der Vermarktung steht, sondern auch die **kulturelle Wertschätzung** der immateriellen Güter zum Ausdruck gebracht wird.<sup>100</sup> **13**

Die UNESCO hat im Oktober 2003 in Paris die Konvention zum Schutz des immateriellen Kulturerbes<sup>101</sup> beschlossen. Die UNESCO ist zu Recht der Auffassung, dass die Prozesse der Globalisierung große Gefahren für den Verfall, den Verlust und die Zerstörung des **immateriellen Kulturerbes** mit sich bringen. Deshalb ist der Schutz des immateriellen Kulturerbes weltweit so bedeutsam. **14**

Der Gegenstand des Schutzes offenbart die Breite und Vielfalt immaterieller Güter. Dazu gehören folgende Bereiche: **15**

- mündlich überlieferte Traditionen und Ausdrucksformen einschließlich der Sprache,
- darstellende Künste,
- gesellschaftliche Bräuche, Rituale und Feste,
- Praktiken im Umgang mit der Natur und dem Universum sowie
- Fachwissen über traditionelle Handwerkstechniken.<sup>102</sup>

Auch die Konvention zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen der UNESCO vom 20.10.2005 weist auf die kulturelle und wirtschaftliche Bedeutung der kulturellen Vielfalt und der Produktion von derartigen Gütern und Dienstleistungen hin.<sup>103</sup> **16**

Auffallend ist dabei, dass ein direkter Zusammenhang zwischen dem Schutz der kulturellen Vielfalt und der allgemeinen Erklärung der **Menschenrechte** von 1948 und dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 sowie dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 hergestellt wird.<sup>104</sup> Es wird bei der Harmonisierung des nationalen Rechts insofern nicht um jeden Preis eine Angleichung möglich und erforderlich sein, um die Vielfalt kultureller Güter und Leistungen zu gewährleisten. Die **Europäische Union** verpflichtet sich, die Grundsätze des UNESCO-Übereinkommens zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen umzusetzen.<sup>105</sup> Der **EuGH** lässt sich in ständiger Rechtsprechung von dem Grundsatz leiten, die Grundrechte unter Wahrung gemeinsamer **Verfassungstraditionen** der Mitgliedstaaten unter Hinweis auf die Menschenrechte vor allem nach der EMRK anzuwenden bzw durchzusetzen. Das gilt für das Recht auf Eigentum<sup>106</sup>

<sup>99</sup> *Cornish/Llewelyn* Chap 1, Rn 1–3.

<sup>100</sup> S ausf BT-Drucks 16/7000, 259.

<sup>101</sup> Abrufbar: [www.unesco.de/442.html](http://www.unesco.de/442.html).

<sup>102</sup> Ziff 2 der Konvention.

<sup>103</sup> S Art 2 Ziff 5 iVm Art 4 Ziff 4 der Konvention.

<sup>104</sup> In der Präambel der Konvention über die kulturelle Vielfalt vom 20.10.2005 wird auf die Bedeutung der kulturellen Vielfalt für die volle Verwirklichung der in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und in anderen allgemein anerkannten Übereinkünften verkündeten Menschenrechte und Grundfreiheiten hingewiesen.

<sup>105</sup> S den Beschluss des Rates der Europäischen Union vom 18.5.2006 über den Abschluss des Übereinkommens zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen, GRUR Int 2007, 35. Ebenso hat die EU-Kommission in ihrer Mitteilung „Eine europäische Kulturagenda im Zeichen der Globalisierung“ vom 10.5.2007 den Zusammenhang zwischen kultureller und wirtschaftlicher Entwicklung zum Ausdruck gebracht.

<sup>106</sup> EuGH GRUR Int 2007, 237, 240 – Laserdisken/Kulturministerium.

genauso wie für die anderen Grundrechte, die Bestandteil der **Charta der Grundrechte** der Europäischen Union vom 18.12.2000 sind.<sup>107</sup> Mit der Änderung des Art 6 des Vertrages der Europäischen Union ist nunmehr die Charta der Grundrechte für die Mitgliedstaaten verbindlich.<sup>108</sup> Im Kern geht es um die Garantie der sozialen, ökonomischen, politischen und kulturellen Rechte in der Europäischen Union. Ein wesentlicher Aspekt im Grundrechtskatalog ist die Sicherung und Entwicklung eines unterschiedlichen kulturellen Schaffens in allen Mitgliedstaaten und nicht das Streben nach einer Einheitskultur. Denn überall findet man häufig gleiche kulturelle Erscheinungsformen. An Stelle der historisch gewachsenen Unterschiede in der kulturellen Entwicklung treten gesichtslose Städte, Einkaufszentren und Massenprodukte auf. Dieser Kulturverlust ist auch Ausdruck eines Marktversagens, dh, der Markt gewährleistet nicht die allokativen und produktiven Effizienz.<sup>109</sup> Es sind deshalb Rechtsregeln erforderlich, die die Vielfalt kultureller Ausdrucksformen und das kulturelle Erbe sichern, ohne dabei den Marktmechanismus als Motor wirtschaftlicher Entwicklung aufs Spiel zu setzen.<sup>110</sup> Eine Nivellierung, zB des Musikmarktes, wird durch eine Quotenregelung möglicherweise nicht zu verhindern sein. Solange die Einschaltquote im Rundfunk den Maßstab für ökonomische Effizienz bildet, bleibt die **kulturelle Vielfalt** auf der Strecke. Das gilt auch für die Formatierung von TV-Sendungen oder TV-Serien.<sup>111</sup> Der wirtschaftliche Wettbewerbsdruck ist mit dafür verantwortlich, dass bei einer Steuerung des Verhaltens der Rundfunkveranstalter allein über den Markt das für die Funktionsweise einer Demokratie besonders wichtige Ziel der inhaltlichen Vielfalt gefährdet ist.<sup>112</sup> Hierbei spielt die globale Marketingstrategie der US-TV-Industrie eine bedeutende Rolle.<sup>113</sup> Die **Schaffung europäischer Identität** zielt auf die Stärkung kultureller Kohäsion, ohne eine europäische Einheitskultur anzustreben.<sup>114</sup> Das gilt auch und gerade für den **internationalen Medienmarkt** (weltweite Angebote und Nachfragen von Medienprodukten) und den Markt der Medien (Wettbewerb der Hersteller von Medienprodukten). Die geistige Produktion und Reproduktion von Medienprodukten kann nicht nur unter ökonomischer Prosperität, sondern muss vor allem unter kultureller Produktivität, **zB Innovation und Vielfalt der Ausdrucksformen**, betrachtet werden. Dabei wird zu betonen sein, dass es einseitig wäre, die Substanz der Kultur lediglich in der Welt der Objekte, im gegenständlichen Dasein der Kultur zu suchen. Die Medienprodukte müssen an der Frage gemessen werden, inwieweit sie als Mittel der Produktion von Individualität dienen.<sup>115</sup> In dieser Richtung ist auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu betrachten.<sup>116</sup> Eine nur auf Wirtschaft und Wettbewerb ausgerichtete **Politik der EU** muss ihr Ziel verfehlen, wenn nicht die kulturelle Dimension der Kreativität und der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Erfinder, Urheber und Künstler als Regelungsgegenstand gesehen wird. Das gilt auch für den Schutzzweck der kollektiven Rechtswahrnehmung, die die kulturelle Vielfalt der Kreativen mittels der **Verwertungsgesellschaften** durchzusetzen in der Lage ist.<sup>117</sup> Der Wettbe-

<sup>107</sup> Calliess/Ruffert/*Calliess* Art 1 GRCh Rn 1.

<sup>108</sup> Am 13.12.2007 wurde der geänderte Vertrag der Europäischen Union in Lissabon angenommen.

<sup>109</sup> *Hofmann/Goldhammer*, 84. So ist die produktive Effizienz die Herstellung von Produkten so wirtschaftlich wie möglich. Die allokativen Effizienz meint die optimale Befriedigung der Bedürfnisse.

<sup>110</sup> *Schwintowski* 184, 185.

<sup>111</sup> AA *Spacek* 12.

<sup>112</sup> BVerfG ZUM 2007, 712, 721.

<sup>113</sup> *Eastman/Ferguson/Klein/Bellamy/Chabin* 293.

<sup>114</sup> *Calliess/Ruffert/Blanke* Art 151 EGV Rn 3.

<sup>115</sup> *Marten* 73.

<sup>116</sup> Aufgrund der Ablehnung der Verfassung der EU wurde der Vertrag der EU in Art 6 geändert, der die Verbindlichkeit der Charta der Grundrechte, die im Entwurf der Verfassung der EU geregelt waren, mit Ausnahme von Großbritannien und Polen, betont.

<sup>117</sup> S BT-Drucks 16/7000, 267.

werb führt dann zur kulturellen Verarmung, wenn nicht die Besonderheiten der wissenschaftlichen, literarischen und künstlerischen Produktion und Vermarktung der Medienprodukte berücksichtigt werden.<sup>118</sup> Der Zusammenhang zwischen **Wirtschaft und Kultur** ist nicht zu leugnen.<sup>119</sup> Jede Produktionsweise baut auf einer vorhandenen Kulturstufe auf, um die Schätze der Vergangenheit zu heben. Die Verfeinerung der Produktivkräfte erfolgt zunehmend international.

Die wirtschaftliche, soziale, politische und kulturelle Dimension des digitalen Zeitalters im Rahmen eines globalen Marktes ist evident.<sup>120</sup> Die rechtliche Ausgestaltung eines globalen Schutzes hat diese Seiten eines **ganzheitlichen Prozesses** zu berücksichtigen. In diesem ganzheitlichen Prozess sind die „Creative Industries“ als ein bedeutender Wirtschaftsfaktor anzusehen.<sup>121</sup> **17**

## II. Medienprodukte

### 1. Medienprodukte als Waren

**Medienprodukte** – wie alle Waren – in einer kapitalorientierten Produktionsweise verkörpern die Verdinglichung der gesellschaftlichen Produktion und die Versubjektivierung der materiellen Grundlagen der Produktion.<sup>122</sup> **18**

Die technologische Entwicklung verändert die Warenproduktion und ermöglicht einen völlig neuen Umgang mit den Medienprodukten, die „immer häufiger in digitaler Form produziert, distribuiert und konsumiert werden“.<sup>123</sup> Es ist kaum zu unterscheiden, was als Endprodukt des einen Prozesses und was als Rohmaterial des anderen gelten soll.<sup>124</sup> **19**

In der mikroökonomischen Betrachtungsweise besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass Firmen Produktionsentscheidungen treffen, um den Gewinn zu maximieren.<sup>125</sup> Zu diesen Produktionsentscheidungen gehören auch die **Vermarktungsstrategien der Unternehmen**, die Medienprodukte öffentlich zugänglich machen, anbieten und verkaufen. Medienprodukte können im weiteren und engeren Sinne verstanden werden. **20**

Medienprodukte im **weiteren Sinne** sind solche Produkte, die von Unternehmen produziert werden und vor allem den körperlichen und unkörperlichen **Träger von Medien** betreffen und Mediales verbreiten, zB Ton- und/oder Bild(ton)träger, Video-/Tonbänder, -plattformen, CDs, DVDs und Kassetten sowie mit Programmen und/oder Daten versehene maschinenlesbare Datenträger aller Art. Träger von Medienprodukten sind auch **Druckerzeugnisse**, zB Bücher, Zeitschriften, Zeitungen, Geld, Noten, Poster, Plakate, Tagebücher, Kalender, Karten, Lesezeichen und Fotos. Zu den Medienprodukten im weiteren Sinne gehören **Formgebungen** als Inhaltsmitteilungen, zB Gemälde, Webseiten, Gedichte, Romane, Sinfonien, Spielfilme. Neben den Trägern immaterieller Güter vermitteln vor allem **Zeichen jeglicher Art** einen bestimmten Bedeutungsgehalt und Informatio- **21**

<sup>118</sup> Geiss/Gerstenmaier/Winkler/Mailänder/  
Gerlach 530.

<sup>119</sup> Dietz GRUR Int 2006, 9; BT-Drucks  
16/7000, 53.

<sup>120</sup> Lucchi 141.

<sup>121</sup> S Creative Economy Report 2008 der UN,  
4; die Creative Industries are among the  
most dynamic sectors in world trade ...  
annual growth rate of 8,7 %; ebenso  
BT-Drucks 16/7000, 335.

<sup>122</sup> Marx Das Kapital 887.

<sup>123</sup> Hofmann/Stadler 303.

<sup>124</sup> Hofmann/Stadler 303.

<sup>125</sup> Eichenberger 101 – er ist der Auffassung,  
dass Firma und Produzent die Mikroökono-  
mik reflektieren und als Synonym gebraucht  
werden.

nen. Daher sind Wörter, Namen, Abbildungen, Zahlen, Hörzeichen, Farben usw. Gegenstand des Markenrechts, dh Marken, die geeignet sind, Waren und Dienstleistungen zu unterscheiden. Die **immateriellen Güter** als Medienprodukte sind gleichsam das Ergebnis der geistigen Arbeit, in der die Zeichen als Marke, Text, Musik usw. kombiniert bzw. komponiert werden. So wird mittels der Sprache ein Text, mittels Töne Musik oder Geräusche, mittels Farbe eine Grafik, ein Gemälde oder eine Zeichnung produziert.

- 22** Die Medienprodukte im weiteren Sinne können aber auch in der Form auftreten, dass die menschliche Kommunikation in der **Vermarktung von Merkmalen einer Persönlichkeit** (zB Name, Stimme, Gesicht) oder in der Vermarktung körperlicher Leistungen von ausübenden Künstlern (zB Sänger, Schauspieler und Tänzer) und Sportlern besteht<sup>126</sup>.
- 23** Produkte der **Medienindustrie im engeren Sinne** sind solche Medienprodukte, die die Fernseh- und Hörfunkanstalten,<sup>127</sup> die Filmindustrie<sup>128</sup> und die Print- und Online-Industrie produzieren und der **Massenkommunikation** dienen. So ist die öffentliche Wiedergabe von Musik im Internet ein Prozess, in dem die Musik als Medienprodukt<sup>129</sup> selbst seine Wirkung entfaltet und zB mit der **Recording-Software** für Internetradios und **Online-Videorecorder** für Fernsehprogramme Rechtskonflikte unvermeidbar sind.<sup>130</sup> Umgekehrt kann aber die Musik als Medienprodukt für andere Waren und Dienstleistungen wirtschaftliche Bedeutung haben, indem sie für die **Förderung des Absatzes** derselben benutzt wird. Das trifft vor allem auf **Merchandising** und auf die Werbung für andere Waren und Dienstleistungen zu.<sup>131</sup> Klingeltöne werden zB für die Förderung des Absatzes der **Mobiltelefone** und für andere Waren und Dienstleistungen benutzt.<sup>132</sup>
- 24** Sind Medienprodukte hergestellt, kommt es dann darauf an, die Botschaft des Medienprodukts zum Empfänger zu transportieren. Das kann dergestalt passieren, dass technische Geräte – sog. Sekundärmedien – für derartige Kommunikation nicht erforderlich sind.<sup>133</sup> Jeder kann die Bedeutung der Information aufnehmen, zB aus einem Foto<sup>134</sup>, einer Schrift, einer Grafik usw. Das gilt insbesondere für Druckerzeugnisse,<sup>135</sup> zB Zeitungen, Zeitschriften und Bücher.<sup>136</sup> Demgegenüber sind die **tertiären Medien** solche Medien, bei deren Nutzung oder Gebrauch sowohl der Sender als auch der Empfänger Geräte benötigen, um die Übertragung zu ermöglichen. Dies sind hauptsächlich die **elektronischen Kommunikationsmittel**.<sup>137</sup> Aus der Übertragung der Medienprodukte an den Empfänger werden die **Distributionsverhältnisse** angesprochen, die sich durch die Informations- und Kommunikationstechnologie<sup>138</sup> verändert haben.

<sup>126</sup> S Teil 6 Kap 2.

<sup>127</sup> S Teil 4 Kap 1.

<sup>128</sup> S Teil 2 Kap 2.

<sup>129</sup> S Teil 2 Kap 3.

<sup>130</sup> OLG Dresden ZUM 2007, 385; LG München I CR 2006,787; LG Leipzig ZUM 2006,763; von Zimmermann MMR 2007, 555.

<sup>131</sup> *Kreifels/Breuer/Maidl* Rn 250; *Schertz* 4.

<sup>132</sup> OLG Hamburg GRUR 2006, 323 – Klingeltöne II; BGH WRP 2006, 885 – Werbung für Klingeltöne.

<sup>133</sup> *Pross* 128; *Pross* verwendet den Begriff primäre Medien im Zusammenhang mit dem Ausdruck des Körpers, der Gangart, der Kopfhaltung usw.

<sup>134</sup> S Teil 2 Kap 4.

<sup>135</sup> *Pross* 128.

<sup>136</sup> S Teil 2 Kap 6.

<sup>137</sup> *Pross* 128.

<sup>138</sup> S Teil 5 Kap 1 u 2.

## 2. Ökonomischer Wert und Werteträger

Medienprodukte als Kulturgüter haben wie alle Waren einen Tausch- und Gebrauchswert. Der Gebrauchswert eines Medienprodukts kann einen möglichen ideellen Wert<sup>139</sup> bzw. eine ästhetische Formgebung aufweisen. Stellt die ästhetische Formgebung nicht allein in den Augen des Verkehrs die alleinige Ware dar, sondern erscheint sie nur als Zutat zu der Ware, deren Nutz- oder Verwendungszweck auf anderen Eigenschaften beruht, steht sie zB der Eintragung als Marke nicht entgegen.<sup>140</sup> Der eigentliche ökonomische „Wert“ eines Medienprodukts hängt zunächst mit der verausgabten geistigen und körperlichen Arbeit zusammen und mit der Fähigkeit, als Tausch- und Gebrauchswert auf dem Markt zu zirkulieren.<sup>141</sup> **Ökonomischer Wert** entsteht erst, wenn es gelingt, einen Gegenstand, ein Etwas, in das **Medium Ware** umzusetzen.<sup>142</sup> Schwierigkeiten bestehen vor allem bei der **Bewertung immaterieller Güter**, die zu den wichtigen Vermögensgegenständen eines Unternehmens gehören. Die entwickelten betriebswirtschaftlichen Methoden können dabei hilfreich sein.<sup>143</sup> Entscheidend ist aber nicht, dass Medienprodukte (zB Rundfunkprogramme, Kunstwerke, Fotos, Formgebungen eines Designs, Zeichen einer Marke, Geschäftsabzeichen) schlechthin produziert werden. Durch die Einbindung der Medienprodukte in die Warenproduktion wird ihr Charakter zum Zwecke der Produktion von Mehrwert bestimmt.<sup>144</sup> Der Profit ist der beherrschende Gedanke und das eigentliche Motiv der Medienunternehmen. Mit neuen Geschäftsmodellen soll dieses Ziel erreicht werden. Solch ein Geschäftsmodell ist zB der **Online-Videorecorder für Fernsehprogramme**,<sup>145</sup> die Nutzung der **Peer-to-Peer-Filsharing-Software**, die Nutzung der **Recording-Software** für die Aufnahme von Musikstücken aus einer großen Zahl von Internetradios<sup>146</sup> oder der **Verkauf personenbezogener Daten**, die einen monetär bewertbaren Produktionsfaktor darstellen.<sup>147</sup> Wegen der Besonderheit des Internets und der Telekommunikation bestehen andere Möglichkeiten und Schwierigkeiten des Schutzes und der Durchsetzung der Rechte. Der Bundesrat hat im Zusammenhang mit der Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung den **zivilrechtlichen Auskunftsanspruch** gegen den Internet-Provider angemahnt.<sup>148</sup> Der EuGH hat die Pflicht zur Regelung eines zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs aus dem Gemeinschaftsrecht für die Mitgliedstaaten verneint.<sup>149</sup>

Da die Medienprodukte einen **Tausch- und Gebrauchswert** verkörpern, ist das Interesse der Unternehmen und der Verbraucher auf die Aneignung des Gebrauchswertes des

<sup>139</sup> So aber BT-Drucks 16/7000, 259.

<sup>140</sup> BGH GRUR 2008, 71, 72 – Fronthaube.

<sup>141</sup> So besteht der wirtschaftliche Wert eines Sportereignisses allein in der Möglichkeit, die Wahrnehmung des Spiels in Bild und Ton durch das sportinteressierte Publikum zu verwerten. Siehe BGH NJW 2006, 377, 380 – Hörfunkrechte.

<sup>142</sup> *Fleischer* 216.

<sup>143</sup> *Menninger/Nägele* WRP 2007, 912, 915. Vgl. auch [www.idw.de](http://www.idw.de).

<sup>144</sup> *Marx* Das Kapital 886, 887.

<sup>145</sup> Statt wie früher Sendungen mit dem heimischen Videorecorder aufzunehmen, werden über das Netz von einem Anbieter die Aufnahmen angeboten. Siehe: *Wiebe* CR 2007, 28 ff; *Kamps/Koops* CR 2007, 581. Dieses Geschäftsmodell ist ein Verstoß

gegen das Urheberrecht: OLG Köln MMR 2006, 35; LG Leipzig CR 2006, 784; LG München I ZUM 2006, 583; LG Braunschweig ZUM-RD 2006, 396.

<sup>146</sup> *Von Zimmermann* MMR 2007, 553.

<sup>147</sup> *Hofmann/Cas/Peissl* 274.

<sup>148</sup> Siehe BR-Drucks. 798/1/07, 1.

<sup>149</sup> EuGH GRUR 2008, 241 – *Promusicae/Telefonica*. In der Entscheidung wird die Offenlegung der IP-Adresse durch den Internetprovider im Zusammenhang mit dem Schutz des Urheberrechts abgelehnt. Allerdings wird auf ein angemessenes Gleichgewicht nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen dem Grundrecht auf Schutz des geistigen Eigentums und dem Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre hingewiesen.

Medienprodukts gerichtet. Es kann der Tauschwert zur primären Eigenschaft eines Medienprodukts werden, ohne dass der Gebrauchswert eine geringere Bedeutung hätte, zB bei Kunstwerken.<sup>150</sup> Medienunternehmen, die den **Inhalts- und Bedeutungsgehalt** einer Information durch Medienprodukte vermitteln, sind Teil des sozialen Funktionssystems in der Wirtschaft und des ihm entsprechenden Kommunikationsprogramms. Nicht umsonst hat sich das **Äußerungsrecht** als selbstständige Materie entwickelt.<sup>151</sup> Medienunternehmen verkaufen **Äußerungen als Ware** (zB Reden, Artikel, Berichte, Nachrichten, Sendungen etc). Es gibt keine Medienunternehmen, die nicht den Kommunikationsmodus **Ware und Geld** im Kommunikationsprogramm Wirtschaft benutzen.<sup>152</sup> Im Unterschied zur Alltagskommunikation dient die Massenkommunikation ausschließlich zur Produktion und zum Erwerb von Äußerungen als Ware. Rundfunkprogramme haben im Vergleich zu anderen Waren besondere ökonomische Eigenschaften.<sup>153</sup>

- 27** Äußerungen in den verschiedenen Erscheinungsformen können zB selbst im Internet produziert, aber auch als Ware erworben und veräußert werden. Insoweit gilt nichts anderes als bei Autos.<sup>154</sup> Damit können nicht nur körperliche Sachen iSv § 90 BGB als Waren in Erscheinung treten.<sup>155</sup> Der Unterschied besteht jedoch darin, dass das Auto als körperliche Sache nur einmal erworben oder verkauft werden kann. Dagegen weisen Programme bzw Äußerungen oder andere **immaterielle Güter die ökonomische Eigenschaft** auf, dass sie bei gleicher Qualität unbegrenzt ohne nennenswerte Transaktionskosten erworben oder verkauft werden können. Die immateriellen Güter haben **Informationswert**, der Bestandteil des Gebrauchswertes ist. Der Informationswert kann in dem ästhetischen Gehalt einer Formgebung, im Inhalt eines Romans oder im Verwendungszweck liegen. Geistige Formgebungen, zB Musik-, Sprach-, Film-, Fernsehwerke, Geschmacksmuster,<sup>156</sup> Marken und Spiele,<sup>157</sup> bringen gleichsam ein Bündel von Informationen zum Ausdruck. Alle Medienprodukte, die in den Distributions- und Konsumtionsprozess gelangen, verkörpern einen Informationswert. Medienprodukte und Geld stehen dabei in einem direkten Zusammenhang. **Die Macht der Medienunternehmen** steht in einem direkten Verhältnis zur Macht des Geldes und umgekehrt. In dem Maße, wie die **Macht des Geldes** wächst, nimmt die Macht der Medienunternehmen und deren Bedürfnisse nach optimaler Verwertung der Medienprodukte zu. „Wie das Bedürfnis des Menschen wächst, nimmt die Macht des Geldes zu. Die Maßlosigkeit und die Unmäßigkeit des Geldes wird sein wahres Maß.“<sup>158</sup> Folge dieses **ganzheitlichen Prozesses** ist eine Angleichung durch **Vereinzelung und eine Entfremdung der Bedürfnisse**, die durch die Kulturindustrie geprägt und produziert werden.<sup>159</sup> Es ist dann kein langer Weg vom manipulatorischen Zynismus, zB der angebotenen Botschaften der Fernseh- und Werbeproduzenten, bis zu den perversesten Formen der scholastischen Illusion in ihrer populistischen Fassung.<sup>160</sup> Medienprodukte transportieren insofern Informationen und Inhalte als Werte, die die geistige Haltung der Verbraucher zu beeinflussen vermögen. Desinformation und Manipulation sind zwei Seiten einer Medaille, die den **demokratischen Willensbildungsprozess** zerstören. Bedürfnisse werden durch neue Medien-

<sup>150</sup> Marten 149.

<sup>151</sup> Wenzel/Burkhardt Einl Rn 20; eine Zuordnung des Äußerungsrechts zum Medienrecht wird abgelehnt, s Rn 19.

<sup>152</sup> Die Berichterstattung von Sportveranstaltungen verkörpert einen wirtschaftlichen Wert. So der BGH NJW 2006, 377, 379 – Hörfunkrechte.

<sup>153</sup> BVerfG ZUM 2007, 712, 721.

<sup>154</sup> Fischer 252.

<sup>155</sup> Spindler/Schuster/Weber § 312e BGB Rn 4.

<sup>156</sup> S Teil 2 Kap 11.

<sup>157</sup> S Schricker GRUR Int. 2008, 200, 202.

<sup>158</sup> Marx Ökonomisch-philosophische Manuskripte 419.

<sup>159</sup> Horkheimer/Adorno 128 ff.

<sup>160</sup> Bourdieu Über das Fernsehen 140.

produkte – auch Geschäftsmodelle genannt – geweckt und befriedigt. Ein neuer Markt wird erschlossen und die Gier nach Verwertung derselben kennt keine Grenzen. Dabei spielen menschliche Eigenschaften, zB der Spieltrieb, in der **Marketingstrategie** eine bedeutende Rolle. Höhepunkt dieser Entwicklung sind Medienprodukte als Computerspiele, zB „**Second life**“, die es dem Nutzer erlauben, in eine virtuelle Welt einzutauchen, in der alle Wünsche des Users (zB Kauf von Einfamilienhäusern, Autos und Kostümen) gegen ein Entgelt erfüllt werden können. Dies ist ein Geschäftsmodell, in dem der Kunde reales Geld verliert, aber zu einer Traumwelt Zugang hat. Damit sind zugleich gesellschaftliche Widersprüche verbunden, die **neue Rechtsfragen**<sup>161</sup> vor allem auf dem Gebiet des allgemeinen Zivil-, Urheber- und des Persönlichkeitsrechts sowie des **Schutzes der Jugendlichen**<sup>162</sup> aufwerfen.<sup>163</sup> So ist der Umfang der Prüfungspflichten der Internetplattformbetreiber im Zusammenhang mit den Anforderungen an das Altersverifikationssystem zu bestimmen, die sich aus dem Schutzzweck des Jugendschutzrechts ergeben.<sup>164</sup> Dazu gehört die zunehmende Verletzung der Menschenwürde durch Werbung<sup>165</sup> oder durch Kinderpornografie.<sup>166</sup> Die Rechtsfolgen für Verletzungen des Jugendschutzes durch Internetbetreiber von **Meinungsforen** und Betreibern von **Chatrooms** sind gleich zu behandeln.<sup>167</sup> Dabei spielt die **Medienethik** zunehmend eine Rolle.<sup>168</sup>

### 3. Konvergenz der Medien und Multimediaprodukte

In der Warenwelt werden zunehmend multifunktionelle Kommunikationsgeräte angeboten, zB MP3-Foto-Handy, iPod und iPhone. YouTube, Triple Play sowie Web 2.0 ermöglichen mit ihrer **interaktiven Gestaltung der Meinungsbildung**<sup>169</sup> einen globalen Zugriff auf Informationen. Sie erlauben nicht nur den **Abruf von Informationen**, sondern auch deren Verwendung. Jedermann kann **Webseiten** erstellen, die von jedermann weltweit abgerufen werden können. Ferner können mit dem **Mobiltelefon** Fotos angefertigt und übertragen sowie laufende Hörfunk- und Bewegtbildsendungen nicht nur abgerufen, sondern zum Abruf bereitgestellt oder in eine laufende Kommunikation eingebracht werden.<sup>170</sup> Eine **Konvergenz der Kommunikationsgeräte** ist Folge dieser technologischen Entwicklung.<sup>171</sup> Ein Gerät kann mehrere Funktionen übernehmen, die sonst von verschiedenen Geräten (Fotoapparat, Telefon, Computer, Fernseher, Videogerät) umgesetzt werden. Die technische Konvergenz der Medien hat sowohl Auswirkungen auf die Netze und Kommunikationsplattformen, als auch auf die Angebote und auf das Nutzungsverhalten der Teilnehmer am Kommunikationsprozess.<sup>172</sup>

28

<sup>161</sup> *Geis, I/Geis*, E CR 2007, 721.

<sup>162</sup> S Teil 7 Kap 2.

<sup>163</sup> *Hopf/Braml* ZUM 2007, 354, 360.

<sup>164</sup> BGH AfP 2007, 477, 482; OVG Lüneburg ZUM-RD 2008, 221, 223.

<sup>165</sup> *Scherer* WRP 2007, 598 f.

<sup>166</sup> *Ritlewski* K & R 2008, 96 f.

<sup>167</sup> *Hopf* ZUM 2008, 207, 216. Chatrooms sind gerade für Kinder und Jugendliche sehr beliebt. Hopf schlägt vor, dass sich Chatbetreiber im Vorfeld von Verstößen gegen den Jugendschutz aktiv beteiligen. So sollten die Chatbetreiber die Pflicht haben – ähnlich wie die Betreiber von Meinungsforen – ab Kenntnis von Jugendschutzverstößen diese zu beseitigen.

<sup>168</sup> *Heller/Goldbeck* ZUM 2007, 637.

<sup>169</sup> *Spindler* CR 2007, 239.

<sup>170</sup> *Handig* GRUR Int 2007, 206. Nach einer repräsentativen Studie der ARD/ZDF-Medienkommission hat das Handy mit Abstand den höchsten Verbreitungsgrad. 82 % der Bevölkerung ab 14 Jahren verfügen über ein Handy, 26 % über einen MP3-Player, 27 % über einen Laptop. S Media Perspektiven 2007, 13.

<sup>171</sup> *Hepp/Krotz/Moores/Winter/Winter* 79 f; *Bullinger*, M JZ 2006, 1137, 1139.

<sup>172</sup> *Mückl* JZ 2007, 1078.

- 29** **Multimedia** bezeichnet eine Synthese und ganzheitliche Nutzung verschiedener Medien. Bild, Film und Fotografie, Ton und Text sind nicht mehr getrennte Werkgrößen, sondern können dank einer **Digitalisierung** zu einer neuen Einheit verbunden bzw. miteinander kombiniert werden. Die Anwendungsmöglichkeiten sind vielfältig. Produkte mit multimedialem Charakter werden in verschiedenen Bereichen eingesetzt, zB im Bereich der Aus- und Weiterbildung, Medizin, Verwaltung, Verlagswesen, Musik- und Filmindustrie usw.
- 30** Multimediale Produkte werden als **Off- und Onlineprodukte** vertrieben, wobei feste Datenträger (meist CD-ROMs oder DVDs) oder unkörperliche Verwendungsformen vorliegen, die via Telekommunikation<sup>173</sup> die Medienprodukte verbreiten.<sup>174</sup> **Multimedia-Produkte** sind wesentliche Ergebnisse der geistigen Produktion mit Hilfe neuer Informations- und Kommunikationstechnologien. Die vielfältige **Kombination aller denkbaren Zeichensysteme**, zB Schriften, Grafiken, Töne, statische und bewegte Bilder, ist ein bestimmender Faktor gegenwärtiger und künftiger Informations- und Kommunikationsprozesse. Geht man von den medialen Kernelementen aus, wie der Schrift, dem statischen und bewegten Bild (Video) sowie dem Ton (Audio), dann sind in der Tat mit der Digitalisierung neue Technologien, nicht aber neue Medien entstanden.<sup>175</sup> Die Möglichkeiten zur Herstellung multimedialer Produkte verbessern sich erheblich. Denn nun kann ein Buch mit Video und/oder Audio verbunden werden.
- 31** Sinn und Zweck dieser Entwicklung ist nicht nur die **Verbesserung der Informationswege**, sondern es entstehen neue Märkte und der **Verdrängungswettbewerb**, zB auf dem **Handymarkt**, spitzt sich zu. Neben dieser Entwicklung ist ein Phänomen aufgetreten, das Grundfragen des Rechts der Medien<sup>176</sup> betrifft. Es ist gegenwärtig kaum feststellbar, welche Rechte entstehen, wenn mehrere Personen im Internet ein Medienprodukt (zB einen Text) produzieren und für jedermann zum Download anbieten. Da diesen geistigen Leistungen eine Ubiquität anhaftet, sind sie auch in Multimediaprodukten verwertbar. Die massenweise Produktion von Medienprodukten durch User im Internet hebt gleichsam einen **effektiven Rechtsschutz** auf. Der einzelne Schöpfer ist kaum feststellbar und die **individualistische Konzeption**, zB des Urheberrechts, befindet sich an ihren Grenzen. Die interaktiven Gestaltungsmöglichkeiten der Meinungsbildungs- und Willensbildungsprozesse mittels Multimediaprodukten schließen notwendigerweise rechtliche Regulierungsprobleme und Abgrenzungsfragen ein.<sup>177</sup> **Die Grenzen zwischen Telekommunikations-, Presse-, Rundfunk- und Telemedienrecht verschwimmen immer mehr.**<sup>178</sup> Es können zB Mobiltelefone Fernsehsendungen empfangen, dh Daten werden über UMTS auf das Handy gestreamt. Erst auf individuelle Anfrage des Nutzers wird gesendet (point-to-point). Demgegenüber besteht ein Broadcastingangebot, welches unabhängig von der konkreten Anforderung des Nutzers ausgestrahlt wird. Der Übertragungsweg erfolgt dann point-to-multipoint, was dem Rundfunkbegriff mehr entspricht. Ebenso gibt es Probleme bei der Abgrenzung zwischen **Fernsehwerbung** und **Teleshopping**.<sup>179</sup>

<sup>173</sup> S Teil 5 Kap 2.

<sup>174</sup> *Hoeren* Teil 14 Rn 2.

<sup>175</sup> *Delp/Titel* 83.

<sup>176</sup> S Teil 1 Kap 2.

<sup>177</sup> *Hoeren* MMR 2008, 139. Die klassischen Regulierungssysteme des Telekommunikations-, Rundfunk- und Onlinerechts stoßen

an ihre Grenzen. Davon ist auch das Urheberrecht mit seinen Normen betroffen.

<sup>178</sup> *Spindler/Schuster/Holznapel/Kibele* § 2 RStV Rn 9; *Spindler* CR 2007, 240; *Mückl* JZ 2007, 1083.

<sup>179</sup> EuGH GRUR Int 2008, 132, 135.

#### 4. Marke als Medienprodukt

Ein erfolgreiches **Markenmanagement** verlangt einen tiefen Einblick in die Möglichkeiten und Wirkungen der **Marke als Kommunikationsmittel**.<sup>180</sup> Da jedes Zeichen (zB Buchstaben, Wörter, Bilder, Töne usw) als Marke zur Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen benutzt werden kann, ist deren Wirkungsmechanismus für die **Marketingstrategie** der Unternehmen von Bedeutung.<sup>181</sup> **32**

Neben der rechtlichen Einordnung in eine unternehmerische Vermarktungsstrategie der Waren und Dienstleistungen sind die Medien von Interesse, welche die optischen Kommunikationsformen und **Medienkanäle** bedienen. Die Marke als Kommunikationsmittel wird in dem Maße erfolgreich sein, wie sie die emotionalen, visuellen und auditiven Faktoren berücksichtigt. Der Markeninhaber muss im Rahmen der digitalen Technologien und einem veränderten Medienkonsum nach **neuen Werbeformaten** und **Marketinginnovationen** suchen. **Online Advertising** und die **interaktive Zielgruppenkommunikation** werden mehr und mehr im Zentrum des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen stehen. **33**

Der Unternehmer wird in dem Maße Zuspruch erhalten, wie er den kulturellen Wandlungsprozess und das **Konsumverhalten** beachtet. Dabei stellen die Marken temporär begrenzte Identifikationsmuster mit einer Botschaft an den Verbraucher dar.<sup>182</sup> So werden bekannte Persönlichkeiten aus **Kultur, Kunst, Politik und Sport als Werbeträger** in die Vermarktungsstrategie eingebunden. **34**

Marken befinden sich in einem **öffentlichen Raum** – dem traditionellen und virtuellen Markt – und sind Teil eines kulturellen Gesamtprozesses der kapitalorientierten Produktionsweise. Dieser öffentliche Raum eröffnet dem Konsumenten **Projektionsräume** von Wünschen und Erwartungen, Geschmack und Geschmacklosigkeit sowie Dummheit. **35**

Mit den Informations- und Kommunikationstechnologien wird eine **Netzöffentlichkeit** installiert, die eine Herausforderung für die Werbung und „Public Relation“ der Unternehmen bedeutet.

#### 5. Urheberrechtliches Medienprodukt als Werk und künstlerische Leistung

Die Vorstellung eines medienspezifischen Urheberrechts<sup>183</sup> ist sachlich nicht gerechtfertigt, wenn Fragen des **Werkbegriffs** ausgeklammert werden.<sup>184</sup> Für das Urheberrecht ist nicht nur von Bedeutung, ob ein Medienprodukt – hier als Werk iSd § 2 Abs 2 UrhG – vorliegt und geschützt ist, oder ob die **Abgrenzungsfragen** zu einem anderen Ergebnis führen. Soweit zB **Spiele** urheberrechtlich zu bewerten sind, ist deren Schutzausschluss hinsichtlich der Werkkategorien der Literatur, Wissenschaft und Kunst nicht berechtigt.<sup>185</sup> Die Frage der Schutzfähigkeit geistiger Arbeitsergebnisse in den unterschiedlichsten Erscheinungsformen berührt Grundfragen des Urheberrechts, die zugleich auch das Recht der Medien einschließen. **36**

Es ist nicht überzeugend, wenn das Urheberrecht für das Medienrecht deshalb so interessant sein soll, weil die Verbreitung des Werkes im Fokus steht.<sup>186</sup> **37**

Der hier vertretene Ansatz knüpft an das urheberrechtlich relevante Sprach-, Musik-, Tanz- und Filmwerk, die Fotografie, Werke der bildenden und angewandten Kunst, Baukunst ua Werkarten, die als Medienprodukte für die Massen- und **Individualkommuni-** **38**

<sup>180</sup> Fezer Einl Rn 41; Hildebrandt § 3 Rn 3.

<sup>181</sup> S Teil 2 Kap 7.

<sup>182</sup> Spacek 23.

<sup>183</sup> S Teil 2 Kap 1.

<sup>184</sup> Petersen § 10 Rn 3.

<sup>185</sup> S Schrickler GRUR Int 2008, 200, 202.

<sup>186</sup> AA Petersen § 10 Rn 2.

kation von Bedeutung sind, an. Dabei erfassen auch sie den Prozess der Produktion, Distribution und Konsumtion. Vergleicht man die Verwertungsrechte der Kreativen (Urheber und Künstler), dann fällt auf, dass das Vervielfältigungs-, Verbreitungs-, Bearbeitungs- und Änderungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und das Aufführungsrecht alle Phasen eines Produktions- und Reproduktionsprozesses widerspiegeln. Es geht also nicht nur um die Vermittlung eines urheberrechtlichen Werkes<sup>187</sup>, das in der Distributionssphäre angesiedelt ist. Es sind vor allem die **Kreativen und die Medienunternehmen** (Hörfunk-, Fernsehanstalten, Filmhersteller und Presseunternehmen), die auf der Grundlage der vorhandenen geschützten oder nicht geschützten Medienprodukte einer Kulturstufe neue Werke „produzieren“, die in den Kreislauf des **traditionellen oder virtuellen Marktes** geraten.

- 39** Will zB das ZDF oder RTL ein Werk senden, muss der Sender die sprachlichen Vorlagen für das Medienprodukt „Fernsehserie“ bspw vom Urheber produzieren lassen. Das arbeitsteilige Kunstwerk wird dann gesendet, wenn alle ökonomischen und rechtlichen Voraussetzungen vorliegen. Umgekehrt ist aber auch möglich, dass das **Sprachwerk** (zB Drehbuch) bereits fertig gestellt ist und der Urheber es dem Sender anbietet. Dieser Akt der Produktion endet ebenfalls mit der Ausstrahlung der „Fernsehserie“, die die Zuschauer genießen bzw konsumieren können.
- 40** Da das Urheberrecht mit seinen Medienprodukten die Kommunikations- und Innovationsfunktion bedient und den **Schutz derartiger Formgebungen** beinhaltet,<sup>188</sup> eignet sich dieses Rechtsgebiet besonders für das Recht der Medien. Es ist anerkannt, dass der Gestaltung von Webseiten unabhängig von der Digitalisierung des Inhalts ein Urheberrechtsschutz<sup>189</sup> und die Bildschirmgestaltung im Internet kommuniziert werden kann.<sup>190</sup>

## 6. Designprodukt

- 41** Für die Vermarktung von Medienprodukten spielen das Kommunikations- (zB Werbefrafiken, Illustrationen, Karten, Webseiten) und vor allem das **Produktdesign** (zB Textil- und Modedesign, Möbel, Fahrzeuge, Schmuck, Spielzeug, Haushaltsgeräte) sowie Kunstwerke eine Rolle. Zum Schutz, zur Verbreitung und zur Verwertung derartiger kreativer Leistungen steht ein Strauß mehrerer Rechtsgebiete zur Verfügung.<sup>191</sup> Neben dem Geschmacksmusterrecht<sup>192</sup> sind das Urheberrecht und das Wettbewerbsrecht zu beachten. Der **Designschutz** hat insbesondere mit der **Harmonisierung des Geschmacksmusterrechts** in der EU das Verhältnis zwischen Geschmacksmusterschutz und Urheberrechtsschutz nicht aufgehoben. Selbst wenn das Geschmacksmuster zu den gewerblichen Schutzrechten zählt und eine Stärkung erfahren hat,<sup>193</sup> ist der Zusammenhang zum Urheberrecht evident. Denn wegen der Formgebung und der körperlichen Warenform im **Bereich der angewandten Kunst** ist ein **doppelter Rechtsschutz** (Urheberrechts- und Geschmacksmusterschutz) möglich.<sup>194</sup> Die Neukonzeption des Designschutzes erlaubt es nicht mehr, dass eine Abstufung zum Urheberrecht erfolgt.<sup>195</sup> Auch im Bereich des Design-

<sup>187</sup> AA *Petersen* § 10 Rn 2.

<sup>188</sup> Wandtke/Bullinger/Wandtke Einl Rn 17.

<sup>189</sup> OLG Rostock GRUR-RR 2008, 1; OLG Frankfurt aM GRUR-RR 2005, 299.

<sup>190</sup> OLG Rostock GRUR-RR 2008, 1.

<sup>191</sup> *Zentek* 7.

<sup>192</sup> S Teil 2 Kap 11.

<sup>193</sup> Pierson/Ahrens/Fischer/Pierson 5.

<sup>194</sup> Schrickler/Schricker Einl Rn 34.

<sup>195</sup> Wandtke/Bullinger/Wandtke Einl Rn 47; Schrickler/Schricker Einl UrhG Rn 34; Loewenheim/Götting § 3 Rn 17; *Stolz* 174; aA BVerfG ZUM 2005, 387.

schutzes ist es natürlich fraglich, ob alle Designprodukte urheber- und geschmacksmusterrechtlichen Schutz genießen können, aber dennoch vermarktet werden und **Vermögen für die Unternehmen** darstellen.

## 7. Merchandisingprodukte

Im Rahmen von **Vermarktungsstrategien** für Waren und Dienstleistungen werden zunehmend Medienprodukte dazu benutzt, den Verkauf derselben zu stärken.<sup>196</sup> Merchandising ist dabei die umfassende **Sekundärvermarktung** von populären Erscheinungen, insbesondere fiktiven Figuren, realen Persönlichkeiten, Namen, Titeln,<sup>197</sup> Signets und Logos,<sup>198</sup> Ausstattungselementen, Designs und Bildern.<sup>199</sup> Das **Merchandising** zielt darauf ab, den Absatz von Waren und Dienstleistungen zu fördern. Auf der einen Seite soll durch das Medienprodukt der Kaufentschluss beeinflusst und auf der anderen Seite eine bestimmte Qualität der Waren und Dienstleistungen suggeriert werden. Kein gesellschaftlicher Produktionsbereich ist von der Flut von **Merchandisingobjekten** ausgeschlossen. Insbesondere sind davon der Sport, die Kunst, die Politik, das Fernsehen, der Hörfunk, der Film, die Universitäten, die Organisationen ua betroffen. Die **Werbung für Merchandisingprodukte** spielt dabei im Rahmen einer Marketingstrategie eine wichtige Rolle. Zunehmend wird das **Internet als Werbemedium** benutzt, um Medienprodukte anzupreisen. Mit der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste der EU wird die Werbung und Werbeunterbrechung im Rundfunk und im Internet legalisiert, einschließlich „**Product Placement**“. Wirtschaftlich ist die Werbung für die Unternehmen im Internet eine Goldgrube. **Google**, ursprünglich eine Suchmaschine, hat den Wert des Internets als Werbemedium erkannt. Im ersten Quartal 2007 erwirtschaftete Google als Medien- und Werbeimperium einen Umsatz von \$ 2,28 Mrd. Das sind 99 % der Umsätze von Google.<sup>200</sup>

Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Werbung im Internet und der Sekundärverwertung von Medienprodukten treten auf dem **Gebiet des Wettbewerbs-, Marken- und Urheberrechts oder Geschmacksmusterrechts** auf. Hier ist ein Doppel- oder Mehrfachschutz möglich, einschließlich des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>201</sup> „Don't be evil“ hat sich Google als Motto verpasst. Es ist zu bezweifeln, ob Google diesen Anspruch immer erfüllt.

## 8. Medienprodukt und Patent

Medienprodukte als Ergebnis der geistigen Produktion bedürfen zu ihrer Verbreitung und ihrer Konsumtion bestimmter **technischer Erfindungen**. Sie sind in ihrer historischen Entwicklung eine **conditio sine qua non**. So wie der Buchdruck, das Telefon, der Film, das Fernsehen und das Radio eine besondere Art der Kommunikation und Verbreitung von Bildern, Musik und der Sprache ermöglichte, ist mit der technologischen Revolution das Internet erfunden worden, dessen ökonomische und kulturelle Folgen noch nicht absehbar sind. Die technischen Erfindungen im Rahmen der Informations- und Kommunikationstechnologie prägen das Gesicht der Medienlandschaft, vor allem der **IT-Sicherheit**. Der Begriff der **Telekommunikation** wird als „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in Form von Zeichen,

<sup>196</sup> *Eastman/Ferguson/Klein/Newton* 53.

<sup>197</sup> S Teil 2 Kap 8.

<sup>198</sup> S Teil 2 Kap 9.

<sup>199</sup> *Schertz* Rn 14.

<sup>200</sup> S der „Tagesspiegel“ vom 6.5.2007, 22.

<sup>201</sup> *Markfort* ZUM 2006, 829 ff.

Sprache, Bilder oder Töne mittels Telekommunikationsanlagen“ bezeichnet.<sup>202</sup> Die **Message des Patents** ist die Idee zur Lösung eines technischen Problems, die dem Medienprodukt zugrunde liegt. Ohne das Internet wäre ein virtueller Markt mit allen Facetten einer rechtlichen Gestaltung nicht möglich. Die Message der Patente innerhalb der Informations- und Kommunikationstechnologie ist vor allem für die wirtschaftlichen Beziehungen der Unternehmen von Bedeutung. Das Patentrecht hat insofern unmittelbare Bedeutung für das Recht der Medien. Innerhalb der gewerblichen Schutzrechte hat das Patent- und Gebrauchsmusterrecht eine besondere Stellung.<sup>203</sup> Mit der Ausführung der Erfindung entstehen erfinderische Erzeugnisse, die Objekt wirtschaftlicher Begierde sind. So sind zB die Raumform- und Stoffeigenschaften in der Erscheinung einzelner Maschinen, Arbeitsgeräte, Vorrichtungen, Gebrauchsgegenstände und Stoffe in der Industrie begehrt.<sup>204</sup> Das Patentgesetz soll geistige Leistungen schützen, die auf dem Gebiet der Technik erbracht werden. Im technischen Fortschritt wird das Ziel und der Zweck des Patentwesens gesehen, wobei das Patentwesen einen nennenswerten Beitrag zur technischen Information leistet.<sup>205</sup>

- 45** Der Erfinder soll für seine oft mit viel Kapital verbundenen Investitionen im Innovationsprozess belohnt werden.<sup>206</sup> Es gibt eine Fülle von praktischen Problemen, die den **Technikbegriff** auf den Prüfstand stellen, zB die Gentechnik oder Softwarepatente.<sup>207</sup> Mit dem Wiederaufgreifen der Bemühungen um das Europäische Gemeinschaftspatent ist erneut der Streit um die **Patentfähigkeit von Software** aufgeflammt. Die Verhinderung der Einführung der Richtlinie zur Patentierbarkeit von Software ist kein Ruhmesblatt der Europäischen Gemeinschaft. Auf diese Weise wird die „Never Ending Story“ weitergetrieben. Es bleibt abzuwarten, wie die Software „als solche“ letztlich geschützt wird.<sup>208</sup> Vor allem Verfahrenspatente sind denkbar, die einen verbesserten **Teletext** schützen, wonach zusätzlich zum digitalen Rundfunkprogramm ein Fernsehsender Zusatzdaten mit einer Menüführung an den Endkunden ausstrahlt.<sup>209</sup> Denkbar ist auch, dass ein Medienprodukt sowohl durch das Patentrecht als auch durch andere gewerbliche Schutzrechte und das Urheberrecht erfasst werden kann.

### III. Medienprodukte und Schutz anderer Rechtsgüter

#### 1. Persönlichkeitsrecht und dessen Erscheinungsformen

- 46** Das Interesse der Allgemeinheit an der Berichterstattung durch die Medien, insbesondere durch die Presse, den Rundfunk und das Internet, hat im Zeitalter der technologischen Revolution weiter zugenommen. Zur Berichterstattung und zu den Vermarktungsstrategien der Medienunternehmen gehört auch die Einhaltung der Persönlichkeitsrechte. Das gilt für den traditionellen und den virtuellen Markt. Für den europäischen Markt existiert bisher im EG-Vertrag als **Primärrecht** kein umfassender Rechtsschutz der Persönlichkeit. Nur im **Sekundärrecht** sind vereinzelte Anhaltspunkte zum Persönlichkeitschutz zu finden.<sup>210</sup> Deutschland hat dagegen ein abgestuftes Regulationssystem zum

<sup>202</sup> § 3 Nr 22 TKG.

<sup>203</sup> Junghans/Levy/Junghans 19 f.

<sup>204</sup> Götting 53.

<sup>205</sup> Kraßer 41.

<sup>206</sup> RGZ 85, 95, 99; Kraßer 37.

<sup>207</sup> S BPatG GRUR 2007, 316, 317 – Bedienoberfläche; BGHZ 159, 197, 203;

BGH GRUR 2005, 143 – Rentabilitätsermittlung.

<sup>208</sup> Ausf Darstellung des Streites: Benkard/Bacher/Melullis § 1 PatG Rn 142 f; Wimmer-Leonhardt WRP 2007, 273 ff.

<sup>209</sup> Haupt GRUR 2007, 187.

<sup>210</sup> Lettl WRP 2005, 1045, 1047.

Schutz der Persönlichkeitsrechte.<sup>211</sup> Da Medienprodukte unterschiedliche Erscheinungsformen annehmen können, sind auch unterschiedliche rechtliche Schutzmöglichkeiten für das Persönlichkeitsrecht möglich. Bspw können Medienprodukte in Gestalt eines Designs oder einer Marke nicht beim DPMA registriert werden, wenn sie gegen die **guten Sitten oder die öffentliche Ordnung** verstoßen (zB § 3 Abs 1 Nr 3 GeschmG,<sup>212</sup> §§ 8, 9 MarkenG).

Während das urheberrechtlich geschützte Werk nicht von solchen **Schutzhindernissen** **47** betroffen ist, können aber für alle immateriellen Güter als Medienprodukte das verfassungsrechtlich verbriefte Recht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts,<sup>213</sup> und dessen besondere Erscheinungsformen zB die **Äußerungsfreiheit**,<sup>214</sup> **der Bildnisschutz**<sup>215</sup>, **der Domainname**,<sup>216</sup> **der Jugend**<sup>217</sup> **und der Datenschutz**<sup>218</sup> von Bedeutung sein. Die natürliche Person hat ein allgemeines Persönlichkeitsrecht ebenso wie Unternehmen, die aber einer anderen Haftung unterliegen können.<sup>219</sup> Die Verletzung des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts**<sup>220</sup> kann an gewerblich und urheberrechtlich geschützten Medienprodukten auftreten. So ist in der Kunstproduktion zwischen dem **Inhalt einer Äußerung und der Formgebung** zu unterscheiden. Die Abwägung zwischen **Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht** bleibt eine Schwierigkeit bei der Lösung von Rechtskonflikten durch die Gerichte.<sup>221</sup> Das gilt gerade dann, wenn es sich um **Fiktion und Wirklichkeit** im Roman oder Film handelt.<sup>222</sup> Denn Kunstfreiheit wird hauptsächlich mit der freien schöpferischen Gestaltung in Verbindung gebracht, „in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formsprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“.<sup>223</sup> Insoweit können Kunstformen als Teil der Realität in Abwägung zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht auch Ausdrucksformen der Sexualität enthalten, die nicht unbedingt die Kunstfreiheit gegenüber dem Persönlichkeitsrecht zurücktreten lassen.<sup>224</sup> Wenn die Lektüre, **Karikatur oder Parodie** die Form darstellen, ist davon zu unterscheiden, ob eine Person davon betroffen ist. Zielt zB das Sprachwerk als Medienprodukt vordergründig auf eine Diffamierung der Person, sog Schmähhkritik<sup>225</sup>, kann sich der Betroffene zivilrechtlich auf sein allgemeines Persönlichkeitsrecht als „sonstiges Recht“ nach § 823 Abs 1 BGB iVm Art 2 Abs 1, Art 1 Abs 1 GG berufen.<sup>226</sup> Eine

<sup>211</sup> Die Rechtsgrundlagen in Deutschland sind vielfältig. Neben dem Grundgesetz, Art 1 Abs 1, Art 2 Abs 1 GG, gelten besondere Rechtsvorschriften zum Schutz der Rechte der Persönlichkeit.

<sup>212</sup> Vgl Teil 2 Kap 11 Rn 35 f.

<sup>213</sup> *Fechner* Geistiges Eigentum und Verfassung 218.

<sup>214</sup> *Wenzel/Burkhardt* Erster Teil Rn 7 ff.

<sup>215</sup> S Teil 6 Kap 3.

<sup>216</sup> BGH NJW 2007, 684, 685 – kinski-klaus.de; BGH ZUM 2007, 860, 861 – grundke.de; BGHZ 149, 191, 199 – shell.de; BGHZ 155, 273, 276 – maxem.de.

<sup>217</sup> S Teil 7 Kap 2.

<sup>218</sup> S Teil 7 Kap 1.

<sup>219</sup> BGH NJW 2006, 830; BGH NJW 1994, 1281; BGH NJW 1975, 1882; ausf dazu *Schaub* JZ 2007, 548 ff.

<sup>220</sup> S Teil 6 Kap 1.

<sup>221</sup> Für Persönlichkeitsrecht BVerfG NJW 2008, 39 – Esra; für Kunstfreiheit BVerfG Be-

schlüsse 1 BvR 350/02; 1 BvR 402/02; BVerfG GRUR-RR 2008, 206 – Theaterstück „Ehrenwache“; BGHZ 50, 133 – Mephisto; BVerfGE 30, 173 – Mephisto; *Jacobs/Papier/Schuster/Götting* 427 ff; *von Becker* KUR 2003, 81; *Wankel* NJW 2006, 578; *Frenzel/Singer* AfP 2005, 416.

<sup>222</sup> BVerfG ZUM-RD 2008, 113; BVerfG NJW 2008, 39 – Esra; kritische Anmerkungen zur Esra-Entscheidung (BGH NJW 2005, 2844); *von Becker* Fiktion und Wirklichkeit im Roman 100; *Obergfell* ZUM 2007, 912; BVerfG ZUM 2007, 730, 733 – Contagan-Film.

<sup>223</sup> BVerfGE 30, 173, 188; BVerfGE 31, 229, 238.

<sup>224</sup> Beschlüsse des BVerfG – 1 BvR 1533/07; BvR 350/02; BvR 402/02.

<sup>225</sup> BVerfG ZUM 2004, 917, 918.

<sup>226</sup> St Rspr seit BGHZ 13, 334, 338; BVerfG ZUM-RD 2006, 165.

ähnliche Rechtslage tritt zB dann ein, wenn ein Bildnis für ein Medienprodukt benutzt wird und das Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten verletzt,<sup>227</sup> wobei ein weiter **Bildnisbegriff** zu favorisieren ist, der auch die Darstellungsformen im Film, auf der Bühne und Literatur erfasst.<sup>228</sup> Ebenso kann die Kunstfreiheit nach Art 5 Abs 3 GG bei **Theaterauführungen** eine Beschränkung durch das gleichfalls verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht erfahren.<sup>229</sup>

- 48** Denn das allgemeine Persönlichkeitsrecht sichert die **Selbstbestimmung des Einzelnen** darüber, ob und wie er sich in der Öffentlichkeit darstellt.<sup>230</sup> Der Bildnisschutz als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistet dem Abgebildeten Einfluss und Entscheidungsmöglichkeiten, wenn von seiner Person Fotografien und Aufzeichnungen angefertigt und verwendet werden.<sup>231</sup> Dabei ist eine **Stärkung des Persönlichkeitsrechts** des Minderjährigen durch die Gerichte erforderlich.<sup>232</sup>
- 49** Die Maßstäbe für die Medienberichterstattung sind im Wesentlichen aus den Entscheidungen des **EGMR** zu entnehmen, worauf sich die nationalen Gerichte berufen.<sup>233</sup> Die Europäische Menschenrechtskonvention spielt als Ordnungsrahmen für das Internet eine besondere Rolle. Das Internet ermöglicht einen freien und grenzüberschreitenden Informationsfluss. Für die Ausübung der Meinungsfreiheit ist das Internet als wichtigstes Medium nicht mehr wegzudenken. Gefahren, die mit dem Internet einhergehen, sind evident.<sup>234</sup> Bestimmte Grenzen des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dürfen nicht überschritten werden, insbesondere in Bezug auf den Schutz des guten Rufes und der Rechte Dritter. Die Grenzen der erlaubten Kritik gegenüber Privatpersonen sind zwar enger zu ziehen als für Politiker, aber die journalistische Freiheit kann bis zu einem gewissen Grad Übertreibung oder sogar Provokation gegenüber Privatpersonen einschließen. Privatpersonen setzen sich zB der kritischen Beurteilung aus und haben infolge ihrer Handlungen einen höheren Grad an Toleranz zu zeigen, wenn sie die Bühne der öffentlichen Debatte betreten.<sup>235</sup> Der Konflikt zwischen dem Schutz der Privatsphäre und dem Schutz der Meinungs- bzw Pressefreiheit, die das **öffentliche Informationsinteresse**<sup>236</sup> einschließt, wird bleiben, wenn bei der Abwägung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht beachtet wird.<sup>237</sup> Soweit es die Pressefreiheit betrifft, ist es nicht nachvollziehbar, dass die Presse darüber entscheiden soll, „was sie des öffentlichen Interesses für wert hält.“<sup>238</sup> Nicht die Presse, sondern die Rechtsprechung sollte **normative Leitlinien** entwickeln.<sup>239</sup>

<sup>227</sup> BVerfG WRP 2006, 1361 – Marlene-Dietrich – Der blaue Engel.

<sup>228</sup> Schertz GRUR 2007, 563.

<sup>229</sup> LG Essen ZUM-RD 2007, 92; LG Hamburg ZUM-RD 2007, 94.

<sup>230</sup> BVerfGE 35, 202, 220 f; BVerfGE 101, 361, 380; BVerfG GRUR 2006, 1051, 1052.

<sup>231</sup> BVerfG ZUM 2007, 382; BVerfG GRUR 2000, 446 – Caroline von Monaco; BVerfG GRUR 2006, 1051, 1052.

<sup>232</sup> BVerfG NJW-RR 2007, 1057; *Beater* Rn 347.

<sup>233</sup> BVerfG NJW 2007, 2685; BVerfG NJW 2007, 2686; BVerfG ZUM 2007, 651, 654; EGMR GRUR 2004, 1051 – Caroline von Hannover; EGMR JUS 2006, 634 – Karhuvaara und Iltalehti/Finnland; BGH ZUM

2007, 382, 383; BGH WRP 2007, 648, 649 – 7 Tage; BGH ZUM-RD 2007, 397, 399.

<sup>234</sup> *Uerpmann-Witzack/Jankowska-Gilberg* MMR 2008, 83, 84.

<sup>235</sup> EGMR Medien und Recht 2006, 8, 10.

<sup>236</sup> BVerfG WRP 2008, 645, 653; BGH ZUM 2007, 382; KG Berlin ZUM-RD 2008, 1, 2.

<sup>237</sup> BVerfG WRP 2008, 645, 653; BVerfG NJW-RR 2007, 1191, 1193; BGH WRP 2007, 648, 650 – 7 Tage; BGH WRP 2007, 1216, 1218; *Gersdorf AfP* 2005, 221 f.

<sup>238</sup> AA offensichtlich: BVerfG WRP 2008, 645, 653; BGH GRUR 2007, 527, 529 mwN; BGH ZUM 2007, 858, 860.

<sup>239</sup> Anm *Götting* GRUR 2007, 531.

Die Informationen, welche die Presse zur Ausübung der Pressefreiheit benötigt, beruhen auf unterschiedlichen Quellen. Das trifft auch auf die Anbieter im Internet zu. Personenbezogene Daten stehen dabei zunehmend im Fokus der kommerziellen Nutzung. **50**

Die **kommerzielle Nutzung** und Verwertung personenbezogener Daten ist ein wesentliches Merkmal der Produktion von Äußerungen als Medienprodukte, die die Pressefreiheit genauso betreffen wie die Meinungsfreiheit. Die Datenbestände fungieren zunehmend als „**verselbstständigtes Informationskapital**“ und werfen eine Fülle von Rechtsfragen auf,<sup>240</sup> die das Recht insgesamt betreffen. Das **Recht** kann nur bedingt seine Schutzfunktion im Internet, in der Presse, im Film, im Theater etc erfüllen. **51**

## 2. Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts

Im Rahmen von Vermarktungsstrategien für Waren und Dienstleistungen werden zunehmend Medienprodukte dazu benutzt, den Verkauf derselben zu stärken. Namen, Bilder oder Stimmen von bekannten **Persönlichkeiten werden für die Werbung**<sup>241</sup> oder als Merchandisingprodukte auf dem traditionellen und virtuellen Markt in Übereinstimmung oder gegen den Willen der Betroffenen verwerter<sup>242</sup>. **52**

Das betrifft Politiker, Unternehmer, Künstler und Sportler. Die Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts ist dabei ein massenweises Phänomen in den Medien. Man mag die Kommerzialisierung der Persönlichkeitsrechte bedauern, aber als **Nichtvermögensrecht** hat es nicht seinen Marktcharakter verloren. Dabei spielt der Bildnisschutz nach §§ 22, 23 KUG eine besondere Rolle.<sup>243</sup> Hier sind es vor allem die Marlene-Dietrich-Entscheidungen,<sup>244</sup> die methodische und dogmatische Fragen aufwerfen. **53**

Die dogmatischen Fragen, die es zu beantworten gilt, betreffen zB sowohl die monistische oder dualistische **Konzeption der Persönlichkeitsrechte** mit ihren ideellen und vermögensrechtlichen Bestandteilen<sup>245</sup> als auch Fragen des postmortalen Schutzes bei Verletzung der Menschenwürde<sup>246</sup> und der Übertragbarkeit und Vererbbarkeit der vermögenswerten Bestandteile sowie deren **Schutzdauer**<sup>247</sup> und die Anwendung der Präventions- und Ausgleichsfunktion<sup>248</sup> beim zivilrechtlichen Schadensersatz. Dazu gehört letztlich auch die **Lizenzgebühr** als Schadensberechnungsart<sup>249</sup> und das Verhältnis zwi- **54**

<sup>240</sup> Moos MMR 2006, 718 ff.

<sup>241</sup> Spindler/Schuster/Nink § 823 BGB Rn 48; Scherer WRP 2007, 594.

<sup>242</sup> S Teil 6 Kap 2.

<sup>243</sup> S Teil 6 Kap 3.

<sup>244</sup> BVerfG WRP 2006, 1361; BGH NJW 2000, 2198 – Marlene Dietrich; BGH NJW 2000, 2201 – Der blaue Engel.

<sup>245</sup> BVerfG ZUM 2006, 211, 212 – Marlene Dietrich; BGH ZUM 2000, 586 – Marlene Dietrich; BGH ZUM 2007, 54 – kinski-klaus.de; BGH GRUR 2007, 139 – Rücktritt des Finanzministers; BGH ZUM 2006, 211; krit dazu Schack Rn 51a; Ahrens/Bornkamm/Kunz-Hallstein/Götting 65, 72; Peifer GRUR 2002, 495; Helle JZ 2007, 444; Reber GRUR Int 2007, 492, 496.

<sup>246</sup> BVerfG ZUM 2007, 380; BGH ZUM 2007, 54 – kinski-klaus.de.

<sup>247</sup> BGH ZUM 2007, 54, 55 – kinski-klaus.de; der BGH ist der Auffassung, dass bei den vermögensrechtlichen Bestandteilen des postmortalen Persönlichkeitsrechts nur eine Schutzfrist von 10 Jahren besteht, während bei der Verletzung der ideellen Interessen eine längere Schutzfrist besteht. Ebenso Schack Anm zum kinski-Klaus-Urteil JZ 2007, 366, 367; aA Götting GRUR 2007, 170; Wankel NJW 2007, 686; Reber GRUR Int 2007, 494.

<sup>248</sup> BVerfG ZUM-RD 2007, 1, 2; Wachs 241 ff mwN.

<sup>249</sup> BVerfG ZUM 2006, 865; BGH ZUM 2007, 55, 57 – Rücktritt des Finanzministers; s Ehrmann AfP 2007, 81. Es wird sowohl für den Schadensersatz als auch für das Bereicherungsrecht eine angemessene Lizenzgebühr als Berechnungsgrundlage

schen Werbung und Meinungsfreiheit.<sup>250</sup> Wenn auch das **kommerzialisierte Persönlichkeitsrecht** ein „res incorporales“ darstellt, ist es seinem Wesen nach nicht dem **System des Immaterialgüterrechts** zuzuordnen.<sup>251</sup> Es zeigt aber auf der anderen Seite, dass Persönlichkeitsmerkmale in einer kapitalorientierten Produktionsweise die Form von Medienprodukten als Waren annehmen können.

- 55** Medien sind daher immer Teil der **kulturellen Tradition und Bedeutungskonstruktion**. Sie verlinken die Menschen mit der Wirtschaft.<sup>252</sup>

#### IV. Technologie- und Kulturentwicklung

##### 1. Massenproduktion und massenweise Vermarktung

- 56** Die technologische Entwicklung erlaubte es, dass sich die Produktionsweise änderte. An die Stelle der Produktion von Einzelstücken trat die **Massenproduktion**.<sup>253</sup> So wie die Druckerpresse im 15. Jahrhundert es ermöglichte, die Ergebnisse der Literaturproduktion zunehmender und umfassender zu verbreiten,<sup>254</sup> war es erst am Anfang des 20. Jahrhunderts möglich, durch die Erfindung des Rundfunks und der Schallplatte die Leistung eines Komponisten oder Künstlers massenweise reproduzierbar zu machen. Die **Reproduzierbarkeit des Kunstwerks** im 20. Jahrhundert setzte an die Stelle seines einmaligen Vorkommens sein Massenhaftes, wie sich Walter Benjamin auszudrücken pflegte.<sup>255</sup>
- 57** Die technologische Entwicklung hatte im Laufe der Geschichte des Schutzes geistiger Leistungen und damit der Medienprodukte immer wieder **neue Verwertungsmöglichkeiten** eröffnet.
- 58** Im 19. Jahrhundert konnte die künstlerische Leistung eines Sängers noch nicht reproduziert werden, weil ein entsprechender materieller Träger fehlte. In seiner Mehrwerttheorie beschrieb Karl Marx diesen Vorgang wie folgt: „Was ich genieße, existiert nur in einer von dem Sänger selbst untrennbaren Aktion, und sobald seine Arbeit, das Singen, am Ende ist, ist auch mein Genuss am Ende. Ich genieße die Tätigkeit selbst.“<sup>256</sup> Mit den technischen Möglichkeiten im 20. und 21. Jahrhundert kann diese Leistung auf einen **materiellen Träger** fixiert werden und die Möglichkeit des Genusses bleibt bestehen. Der materielle Träger verändert die Art und Weise des Genusses und der Verwertung künstlerischer Leistungen. Die technische Qualität der Wiedergabe der künstlerischen Leistung wurde bzw wird immer mehr verbessert von analog zu digital.
- 59** Die massenhafte Produktion von immateriellen Gütern, die eine sachliche gegenständliche Erscheinungsform besitzen können,<sup>257</sup> hat eine neue Dimension erreicht und damit

bejaht, aber die Frage einer doppelten Lizenzgebühr wird nicht problematisiert. Die dogmatische Grundlage für eine doppelte Lizenzgebühr wäre die Markttheorie. S *Bodewig/Wandtke* GRUR 2008, 220, 228.

<sup>250</sup> BGH GRUR 2007, 139 – Rücktritt des Finanzministers; *Ladewig* ZUM 2007, 117, ist – wie der BGH – der Auffassung, dass die Meinungsfreiheit Vorrang vor der Werbung hat, mit der Folge, dass ein Schadensersatz auf der Grundlage einer Lizenzgebühr ausgeschlossen ist.

<sup>251</sup> Nach *Peifer* handelt es sich bei den Persönlichkeitsrechten aus ökonomischer Sicht um

„verdünnte Property Rights“; *Peifer* 306. Persönlichkeitsrechte sind nicht das Resultat innovativen Verhaltens, sondern Ergebnis rechtlicher Zuordnung zum Schutz der menschlichen Persönlichkeit, die ein geistiges Eigentum als Immaterialgüterrecht, zB an der Stimme oder Bildnis, ausschließen. Ebenso *Schack* Rn 51a.

<sup>252</sup> *Hepp/Krotz/Moores/Winter/Krotz* 2006, 36.

<sup>253</sup> *Holz* 225.

<sup>254</sup> *Wadle* 67.

<sup>255</sup> *Benjamin* 412.

<sup>256</sup> *Marx* Theorie über den Mehrwert 368.

<sup>257</sup> *Marten* 91.

einen besonderen Stellenwert des **Rechts in der Kultur- und Wirtschaftsordnung** hervorgerufen.

Erst mit der Möglichkeit der massenhaften Verwertung der literarischen, wissenschaftlichen, künstlerischen und technischen Medienprodukte wurden sie **Objekt wirtschaftlicher Begierde**. Heute ist es die **Computerkunst** oder die Kunst der Computer, die neue Medienprodukte hervorbringt.<sup>258</sup> Auch eine Änderung der **Werbung**<sup>259</sup> ist eingetreten. Die Werbung tritt nicht mehr nur mit Produkten oder Leistungen und deren Eigenschaften an die Öffentlichkeit, sondern sie präsentiert zunehmend Lebensstile, die mit dem Produkt verbunden werden.<sup>260</sup> Ebenso hat die Werbung der Ärzte in den Medien zugenommen. Die in der Presse veröffentlichten Artikel, die vordergründig sachliche Informationen über Behandlungs- und Operationsmethoden geben, stehen einer Werbung nicht<sup>261</sup> entgegen.

## 2. Neue Medienindustrien

Die **Kulturindustrie** will die Ware mit Gewinn auf den Markt bringen. Dies ist zunächst der schlichte ökonomische Vorgang in der **Distributions- bzw. Konsumtions-sphäre**, der auch Verwertungsprozess genannt wird. Der hier charakterisierte ökonomische Vorgang wiederholt sich in der Praxis millionenfach. Motor der ökonomischen Veränderungsprozesse sind technische Umwälzungen, die den traditionellen Medien neue Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen.<sup>262</sup>

Das betrifft die **Film-, Fernseh-, Print-, Computer- und Merchandisingindustrie** genauso wie die **Internetindustrie**, die auch einen neuen Markt hervorbrachte. Die Vermarktung erfolgt mit Hilfe der Technik so umfangreich, dass zB der Künstler gar nicht in der Lage ist, die Konsequenzen zu erkennen, geschweige denn eine Kontrolle auszuüben. Als Beispiel sei nur der Popkünstler genannt, dessen Erscheinungsbild von der Kulturindustrie bestimmt wird. Die Aufnahme eines Musikwerkes liegt in der Hand der Produzenten. Zur Musik werden **Videoclips** gedreht. Der veröffentlichte Song wird in der Werbung für andere Produkte zweitverwertet oder zusätzlich als **Soundtrack** für Spielfilme verwendet. Zudem werden vermögensrechtliche Elemente des Persönlichkeitsrechts der Künstler **durch Merchandising** vermarktet, wie die Marlene-Dietrich-Entscheidungen der Rechtsprechung erneut deutlich gemacht haben.<sup>263</sup> Das Bild des Künstlers findet sich auf T-Shirts, Kalendern, Bettwäsche, Getränkedosen etc. Auch für den Bereich der bildenden Kunst, der Filmkunst und der Musik lassen sich Beispiele finden. Die Bilder von Grosz, Picasso, Dalí, Matisse, Monet ua sind auf Textilien, Postern, Briefmarken, Schlüsselanhängern, T-Shirts und Aufklebern zu sehen. Szenen aus alten Filmen werden für die **Werbung** wiederentdeckt. Werke von Carl Orff werden für Eiskremwerbung benutzt. Möglich ist es aber auch, dass dies alles im Internet erscheint. Die Beispiele könnten fortgesetzt werden.

<sup>258</sup> Claus 123; Müller 37 f.

<sup>259</sup> S Teil 3 Kap 3 u 4.

<sup>260</sup> Ladeur ZUM 2007, 112.

<sup>261</sup> BVerfG NJW 2006, 282.

<sup>262</sup> Koch AfP 2007, 306.

<sup>263</sup> BVerfG WRP 2006, 1361, 1367 – Marlene Dietrich; BGHZ 143, 214 = GRUR 2000, 709 – Marlene Dietrich; BGH GRUR 2000, 715 m Anm Wagner = NJW 2000, 2201 – Der blaue Engel.

### 3. Typologisierung von Medienunternehmen

- 63** Mit Hilfe der Informations- und Kommunikationstechnologie wird nicht nur der Katalog der Verbreitungshandlung und damit der Distribution der Medienprodukte erweitert, sondern es entstehen **neue Werkarten und Medienindustrien**.<sup>264</sup> Die Typologisierung von Medienunternehmen beruhen auf unterschiedlichen **Unternehmensgegenständen**, dh auf den unterschiedlichen Produkten.<sup>265</sup> Typisches Beispiel hierfür ist die Entstehung der **Fernseh- und Filmindustrie** am Anfang des 20. Jahrhunderts, in deren Ergebnis Fernseh- bzw Filmwerke als neue Werkarten entstanden sind bzw entstehen und die einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor vor allem in den USA darstellen.<sup>266</sup> Die filmische Form eröffnete, wie Bertolt Brecht zu Recht formulierte, größere Verbreitungsmöglichkeiten und fügte den alten Reizen die Reize der neuen Technik hinzu.<sup>267</sup> Ähnlich ist es mit **der Entstehung der Unterhaltungs- und Softwareindustrie und dem Internet**.
- 64** Durch die Technik ist die **industrielle Massenproduktion** möglich geworden. Hier sei zB an die angewandte Kunst gedacht. Die funktionelle Sachlichkeit und die sachliche Ästhetik, die vom Bauhaus ausging, hat einige Warenformen revolutioniert. Ein Beispiel für die neue Formfindung sind die Stahlrohrmöbel, die schon vor 1930 von Marcel Breuer, Mies van de Rohe, Gerrit Rietveld und Mart Stamm entwickelt worden sind. Die einsetzende Massenproduktion brachte einen **Konkurrenzkampf** der Hersteller mit sich, der sich letztlich auch in urheber- und wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten äußerte.<sup>268</sup> Die Medienunternehmen sind gezwungen, das Marktverhalten anderer Unternehmen und der Verbraucher zu analysieren und deren Bedürfnisse zu befriedigen. Dazu gehört, dass sie neue Bedürfnisse wecken. Bspw haben Designprodukte das ästhetische Bewusstsein der Verbraucher verändert und das Kaufverhalten beeinflusst. Fiktive Figuren spielen bei der Vermarktung der Kunst eine nicht zu unterschätzende Rolle. Die Entscheidungen des BGH weisen darauf hin.<sup>269</sup> Das **Kaufverhalten** der Verbraucher und Unternehmen im Zusammenhang mit dem Internet hat sich sehr stark verändert. Viele Produkte und Dienstleistungen werden über das Internet abgewickelt. **Telemedien** dienen dabei den Unternehmen und Verbrauchern.

### 4. Konzentrationsprozesse und Produktpiraterie

- 65** Seit langem ist der Trend festzustellen, dass Medienkonzerne und Verlage weltweit fusionieren,<sup>270</sup> die auch den virtuellen Markt beherrschen. Neben den Expansionsstrategien des Suchmaschinenbetreibers „Google“<sup>271</sup> sind Konzentrationsprozesse auf dem Musikmarkt festzustellen, die einen **fairen Wettbewerb** unmöglich machen.<sup>272</sup> Die marktbeherrschende Position einiger **Musikkonzerne** wird durch die neuen technischen Möglichkeiten und die Digitalisierung noch gestärkt. Das **Medienkartellrecht**<sup>273</sup> kann diese Konzentrationsprozesse nur bedingt oder gar nicht unterbinden.<sup>274</sup> Die weltweit agierenden **5 Musiklabel** (Universal Music Group, BMG, Sony Music Entertainment, Warner

<sup>264</sup> *Horkheimer/Adorno* 128 ff; *Rüthers* Rechts-  
theorie Rn 40; *Koch* AfP 2007, 306.

<sup>265</sup> *Breyer-Mayländer/Seeger* 3.

<sup>266</sup> *Edelmann* 47; *Reber* 2.

<sup>267</sup> *Brecht* 448 f.

<sup>268</sup> *Wandtke* UFITA Bd 130 (1996), 57 ff.

<sup>269</sup> BGH GRUR 1994, 191 – Asterix; GRUR  
1994, 207 – Alcolix.

<sup>270</sup> *Hess/Fischer* AfP 2006, 439 ff.

<sup>271</sup> *Klickermann* MMR 2007, 751, 753.

<sup>272</sup> Gegenwärtig existieren fünf den Weltmarkt  
beherrschende Musikkonzerne. Sie haben  
einen Anteil von über 75 % am internatio-  
nalen Musikmarkt; siehe *Moser/Scheuer-*  
*mann/Neef/Blömer* 104.

<sup>273</sup> S Teil 3 Kap 2.

<sup>274</sup> *Bretschneider* WRP 2008, 761, 765;  
*Hess/Fischer* AfP 2007, 28.

Music, EMI) kontrollieren mit einem Anteil von 84,8 % den US-amerikanischen Musikmarkt. Eine ähnliche Entwicklung der **Medienkonzentration** ist auf dem Rundfunk- und Zeitungs- sowie Filmmarkt festzustellen. So verfügen zB die vier Holdings der Sender RTL, VOX, Super-RTL, n-tv sowie Sat 1, Pro 7, Kabel 1 und N24 über 80 % des TV-Werbemarktes, wobei für das Medienkartellrecht die Rabattverträge von Bedeutung sind, die es zwischen den beiden marktbeherrschenden **TV-Vermarktern und den Media-agenturen** gibt.<sup>275</sup> Auch der Buchmarkt ist davon betroffen.<sup>276</sup> Folgen dieser Entwicklung sind Gefahren für die Demokratie, insbesondere für die **Meinungsfreiheit und Meinungsbildung**, weil sich zunehmend nicht kritische und unabhängige Ansichten durchzusetzen in der Lage sind.<sup>277</sup> Hinzu kommt die **Produktpiraterieindustrie**, die ein nationales und internationales Problem der Verletzung des Immaterialgüterrechts ist. Der Ruf nach einem stärkeren Schutz wird immer lauter. In den USA sollen deshalb die zivil- und strafrechtlichen Sanktionen verschärft werden.<sup>278</sup> Die Herstellung und Verbreitung von Waren erfolgt unter Nichteinhaltung des Marken-, Patent-, Geschmacksmusters-, Gebrauchsmusters und Urheberrechts.<sup>279</sup> Ihr Unwesen hat nicht nur zu massenhaften Verletzungen der materiellen und geistigen Interessen der Schöpfer und Unternehmen geführt, sondern die Kulturindustrie ist von der Produktpiraterie in einer Weise betroffen, dass der Schutz des geistigen Eigentums zur **internationalen Handelsangelegenheit** geworden ist und künftig weiterhin im Mittelpunkt internationaler Auseinandersetzungen stehen wird. Die hinter diesem Konflikt stehenden Wirtschaftsinteressen offenbaren sich in ihrer ganzen Widersprüchlichkeit zwischen den **USA, Europa und China**.<sup>280</sup> Aber auch andere Widersprüche zeigen sich auf dem Gebiet des geistigen Eigentums. Es ist zB offensichtlich geworden, dass die USA immer wieder mit ihrer Auffassung vom Produzentencopyright in Widerspruch zu der kontinentaleuropäischen Urheberrechtskonzeption gerät,<sup>281</sup> obwohl eine Annäherung beider Urheberrechtsordnungen feststellbar ist. Während zB in der amerikanischen Filmindustrie der Filmproduzent als Urheber betrachtet wird, ist nach der kontinentaleuropäischen Urheberrechtsdoktrin der Filmregisseur Urheber. Beides ist unvereinbar. Die Lösung kann nur in einem Kompromiss liegen. Wie wichtig eine internationale Lösung künftig sein wird, zeigen die neuen Formen der Auseinandersetzungen zwischen der Filmindustrie in den USA und den Internetbetreibern. Es geht schlichtweg um **Anteile am Markt**. Noch bevor der Film des Jahres wie zB „Der Gladiator“ auf DVD verkauft wurde oder als Leihkassette in die Videotheken kam, konnten sich die User den Streifen aus dem Internet im DivX-Format besorgen und dann auf CD brennen. Die hinter DivX stehende Technik komprimiert die Streifen ähnlich stark wie das **MP3-Format** Musikstücke.

Die **Produktpiraterie** hat im Musikbereich eine neue Dimension erreicht, die im Internet auch durch technische Schutzmaßnahmen kaum zu unterbinden ist.<sup>282</sup> Dieser Aspekt der Verwertung von Informationen (Töne als Information) bedeutet, dass eine Gesellschaft zu entstehen im Begriff ist, in der sich die Produktpiraterie zu einem lukrativen Industriezweig entwickelt und kaum durch rechtliche Maßnahmen und Sanktionen zu

66

<sup>275</sup> S „Der Tagesspiegel“ vom 22.7.2007, 30.

<sup>276</sup> BGH NJW 2007, 1820 – National Geographic I; BGH NJW 2007, 1823 – National Geographic II.

<sup>277</sup> BVerfG ZUM-RD 2008, 281, 288; Lessig 166 f.

<sup>278</sup> Vertreter der Demokraten und Republikaner haben einen Gesetzesentwurf zur Verschärfung der Sanktionen gegen urheberrechtliche

Vergehen vorgelegt. Siehe [www.heise.de/newsticker/meldung/100131](http://www.heise.de/newsticker/meldung/100131).

<sup>279</sup> Von Welser/Gonzalez Rn 8.

<sup>280</sup> Von Welser/Gonzalez Rn 28. China hat sich zum Fälschungsland Nummer 1 entwickelt.

<sup>281</sup> Becker/Lerche/Mestmäcker/von Lewinsky 394.

<sup>282</sup> Lucchi 91 f.

unterbinden ist. Denn nunmehr ist die Industrieproduktion nicht mehr das entscheidende Strukturelement der bestehenden Produktionsweise,<sup>283</sup> sondern die geistige Produktion. Die geistige Produktion wird zunehmend durch die Digitaltechnik bestimmt, die Kern des technologischen Zeitalters ist.<sup>284</sup> Mit neuen Technologien ist auch die Produktpiraterie einfacher geworden, um Medienprodukte unerlaubterweise nachzuahmen. Erforderlich ist, dass die Unternehmen im Rahmen von **Public Relation auf ihren Webseiten** oder anderen medienwirksamen Aktionen (zB Presse und Rundfunk) die Verbraucher auf die Folgen der Produktpiraterie hinweisen.<sup>285</sup>

### 5. Änderungen der Produktions- und Distributionsstrukturen

- 67** Die Technik hat in ihrer Entwicklung nicht nur die Menschenkraft erspart.<sup>286</sup> Dieser Kulturwandel kann auch als **postmoderne Entwicklung** bezeichnet werden<sup>287</sup>, weil der **Wertschöpfungsprozess** selbst einem Wandel unterliegt. Die Verlagsproduktion ist zB nicht mehr von einer Druckerei abhängig.<sup>288</sup> Der Autor übergibt seine elektronische Datei mit dem Manuskript und der Verlag stellt den Text ins Internet oder der Autor produziert und verbreitet alles allein im Internet. Der Leser kann den Text herunterladen und ausdrucken. Auf Grund der neuen Informations- und Kommunikationstechnologien treten auch Veränderungen im Publizieren der Verlage auf. Nutzer konnten aktuelle Vorabveröffentlichungen des „Spiegel“ schon 1996 über den großen Online-Dienst CompuServe erhalten.<sup>289</sup> **Neue Online-Vertriebswege** bilden sich heraus, zB Online-Shopping, Online-Banking und vieles mehr.<sup>290</sup> Der Gesetzgeber hat mit dem **Telemediengesetz**<sup>291</sup> auf diese Entwicklung reagiert, wobei viele Fragen offen bleiben.<sup>292</sup>

### 6. Internet und Medienprodukte

- 68** Das Internet hat viele Vorzüge und Nachteile.<sup>293</sup> Zu den Vorteilen gehört, dass sich über **Suchmaschinen** jedermann in Sekundenschnelle ein Bild davon machen kann, was die Welt über ein Medienprodukt, ein Unternehmen oder über eine Person denkt oder zu wissen glaubt. Jedermann kann mit einer geringen **Investition** seinen spielerischen oder sonstigen Neigungen nachgehen und Informationen und Meinungen recherchieren. So nutzen zB 70 Millionen Erwachsene am Tag in den USA das Internet.<sup>294</sup> Der Leser kann Mitglied einer virtuellen Welt werden, in der er seine Wünsche gegen Entgelt zu erfüllen hofft. Internetforen schießen wie Pilze aus dem Boden, bspw **YouTube, MySpace, Tumblr, Bloomstreet**. In diesen Foren werden Inhalte wie Fotos, Texte, Film- oder Fernsehmaterial verbreitet bzw der Allgemeinheit zum Abruf bereitgestellt.<sup>295</sup> **„Blogs“ und „Wikis“** sind neue kommunikative Erscheinungsformen eines **„Web 2.0“** oder **„User Generated Content“**. Das Internet ist gleichsam mit seinen Möglichkeiten ein Tummel-

<sup>283</sup> Bell 353.

<sup>284</sup> Fiedler/Ullrich/Dreier 157.

<sup>285</sup> Von Welsler/Gonzalez Rn 852.

<sup>286</sup> So bereits Schopenhauer 254.

<sup>287</sup> Der Begriff der Postmoderne ist äußerst schillernd und höchst umstritten. Sie wird vor allem mit der Literaturwissenschaft, der Malerei, der Philosophie und Soziologie verbunden. Sie ist aber nicht darauf reduzierbar. Zimmerli 14; Welsch 1991, 9; Vester 1993, 119; Zima 1997, 8 ff; Baumann 113 ff.

<sup>288</sup> S Teil 2 Kap 6.

<sup>289</sup> S www.spiegel.de.

<sup>290</sup> Negroponte 218.

<sup>291</sup> Siehe Teil 5 Kap 1.

<sup>292</sup> Kitz ZUM 2007, 368.

<sup>293</sup> BT-Drucks 14/9200, 259 ff.

<sup>294</sup> Eastman/Ferguson/Klein/Masielat/Klein 225.

<sup>295</sup> Füllbier CR 2007, 515.

platz für den Austausch von Informationen und Medienprodukten. Das **Internet ist insofern ein ideales Distributionsmittel** für die Verbreitung von Informationen und Medienprodukten. Das wirklich Revolutionäre besteht aber darin, dass durch die Vernetzung und Digitalisierung die Möglichkeit besteht, dass jedermann Produzent geistiger Güter wird. Er kann selbst eine Produktionsweise betreiben, die ihm die technologischen Mittel erlauben. Jedermann kann in Personalunion Produzent, Verwerter und Konsument werden. Ein Beispiel hierfür ist **YouTube**. Nutzer können kostenlos Video-Clips ansehen und hochladen. Unter der Internetadresse [www.youtube.com](http://www.youtube.com) findet man Film- und Fernsehausschnitte, Musikvideos sowie selbstgedrehte Filme.<sup>296</sup> Damit ist das **technologische Zeitalter das Zeitalter der Auflösung alter Strukturen, Produktionsformen** und herkömmlicher Verhaltensmuster der Konsumenten. Es geht nicht mehr nur um die massenweise Reproduzierbarkeit von Kunstwerken, deren „Aura“ verloren gegangen ist, wie sich Walter Benjamin auszudrücken pflegte.<sup>297</sup> Neue Fähigkeiten und Fertigkeiten der Nutzer und Produzenten im Internet werden gefordert, die der traditionellen arbeitsteiligen geistigen Produktion gegenüberstehen (zB Film-, Buchproduktion). Wenn der Nutzer in der Lage ist, einen literarischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder technischen Beitrag – unabhängig von der Qualität derselben – allein oder mit vielen Nutzern zu produzieren und im Internet zu verbreiten, werden traditionelle Strukturen der geistigen Produktion in Frage gestellt. Eine Enzyklopädie kann zB weltweit mit Hilfe von **Wikipedia** produziert und weltweit verbreitet werden.<sup>298</sup> **Wissen wird weltweit öffentliches Gut**. Wenn das alles mit einer entsprechenden Software möglich ist, dann muss das notwendigerweise Folgen für die Rechtsgestaltung haben.

## 7. Vergesellschaftungsprozesse und individuelle Produktion

Die **Vergesellschaftungsprozesse** sind auf der Ebene der Produktion und auf der Ebene der Konsumtion festzustellen. So findet eine aufwendige und arbeitsteilige Produktion (zB Filmproduktion) von **massenhaften Medienprodukten** (zB Filmen) neben der massenhaften kostengünstigen Eigenproduktion (unbekannte Internetnutzer produzieren) einzelner Medienprodukte (zB ein Film oder ein Lexikon) statt. Die Vermarktung von Medienprodukten durch Unternehmen wird in der realen Welt immer schwieriger, weil die lebendige und die vergegenständlichte Arbeit nicht mehr in elektronischen Informations- und Kommunikationsprozessen getrennt werden kann. Die tatsächlichen oder vermeintlichen Literaten, Texter, Musiker, Maler als Produzenten verbreiten ihre geistigen Leistungen weltweit über das Netz. Sie können sich entscheiden, ob sie für das Herunterladen ihrer geistigen Leistungen ein Entgelt haben wollen oder nicht. Der unentgeltliche Zugang zu Medienprodukten wird dabei favorisiert. Die „**Open Access**“- oder „**Open Source**“-**Bewegung**“<sup>299</sup> ist ebenfalls eine Folge der technologischen Informations- und Kommunikationsprozesse, wonach ein unbeschränkter Zugang zu geistigen Leistungen angestrebt wird, vor allem Leistungen der Wissenschaftler.<sup>300</sup> Neue technologische Produktionsweisen werfen neue Fragen des Eigentumsrechts in der Zivilrechtsordnung

<sup>296</sup> YouTube wurde mit seiner Website im Februar 2005 gegründet. Mit einem geschätzten Marktanteil von 45 % ist YouTube der populärste Dienst dieser Art. Am 9.10.2006 gaben die Betreiber der Suchmaschine Google die Übernahme von YouTube bekannt (Wochepost vom 28.1.2007).

<sup>297</sup> Benjamin 411.

<sup>298</sup> Myers 190.

<sup>299</sup> Wandtke/Bullinger/Grützmacher § 69c UrhG Rn 73.

<sup>300</sup> Hagenhoff/Dorschel 235.

auf, die vorwiegend von der Rechtskonstruktion des Sacheigentums geprägt ist.<sup>301</sup> Projekte wie Wikipedia, MySpace und You Tube animieren alle zB zum Schreiben, Filmen, Fotografieren, Musizieren und Malen. Das Internet ist insofern nicht nur ein Vertriebskanal, sondern ein Ort, an dem sich Leute treffen, sich unterhalten und darstellen. Mit Web 2.0 besteht die Möglichkeit der Selbstdarstellung. Blogs und Podcasts erlauben es, in einer verlinkten Netz-Gemeinschaft in Windeseile Protest, Boykott und Unterstützung zu organisieren. Sie stehen für eine **Demokratisierung** der Massenkommunikationsmittel.<sup>302</sup> Der Trend, dass sich ein Wandel in der Wertschöpfungskette und in den Aneignungsprozessen der geistigen Güter vollzieht, ist Ausdruck der Vergesellschaftung. Die traditionelle Auffassung, dass das **verfassungsrechtlich geschützte Eigentum** in seinem Gehalt durch Privatnützigkeit gekennzeichnet sei, dh, dass eine Zuordnung zu einem individuellen Rechtsträger mit einer **Verfügungsbefugnis** über einen Eigentumsgegenstand erfolgen kann,<sup>303</sup> entspricht zumindest nicht mehr den realen Gegebenheiten im Internet. Im digitalen Zeitalter kann jeder mit jedem im Internet produzieren. Wer was produziert hat, kann häufig nicht mehr nachvollzogen werden. Nicht das private, sondern ein „gesellschaftliches“ Eigentum an den geistigen Arbeitsergebnissen bildet sich heraus. Jeder kann darüber verfügen. Das betrifft die Produktion und Vermarktung von Medienprodukten im Bereich der Zeitungen, der Zeitschriften, des Films, des Fernsehens, des Hörfunks und des Internets. Es entstehen **multimediale Wertschöpfungsketten**.<sup>304</sup> Der springende Punkt ist der, ob das Recht diese Prozesse gestaltend begleitet oder selbst an die Grenzen der Einflussnahme auf diese gesellschaftlichen Prozesse gerät. Zunächst ist es eine Illusion, anzunehmen, dass die geistige Produktion im Internet dazu führt, dass die Medienprodukte, unabhängig vom kulturellen Wert derselben, nur noch unentgeltlich angeboten und verbreitet werden. In dem Augenblick, wo ein neues **Geschäftsmodell** auf den Markt kommt, das ein User produziert hat, kann sich ein Medienunternehmen dem nicht entziehen. Entweder der User gründet ein eigenes Unternehmen oder das Geschäftsmodell wird von einem bestehenden Unternehmen gekauft oder schlichtweg kopiert und selbst kommerziell genutzt. Die Geschäftsmodelle von „Second life“ oder „Napster“ stehen stellvertretend für diesen Entwicklungsprozess. Eine andere Entwicklung hängt mit den **Verdrängungsprozessen im globalen Wettbewerb** zusammen. Jedes Unternehmen muss unter Strafe seines Untergangs einen Gewinn machen, um sein Überleben zu sichern. **Zentralisations- und Konzentrationsprozesse** auch in der Kulturindustrie sind das Ergebnis des Verdrängungsprozesses auf dem nationalen und internationalen Markt. Vertragsfreiheit und **Selbstregulierung** sind dabei die Wunderheilmittel, um die Verwertungsbedingungen des Kapitals flexibler zu gestalten. Die Selbstregulierung zwischen Kreativen bzw deren Organisationsformen und der Verwerterindustrie wird im Rahmen der Novellierung des Urheberrechtsgesetzes (sog Korb II) favorisiert, ohne das asymmetrische Vertragssystem zwischen Urheber und der Medienindustrie zu berücksichtigen.<sup>305</sup> Im Grunde steht dahinter eine **neoliberale Wirtschaftskonzeption** des „freien Marktes“ als „freie Kultur“ mit dem methodologischen Ansatz des Individualismus,<sup>306</sup> der sich mit Hilfe einer Vereinbarung derselben nach dem Motto

<sup>301</sup> *Siegrist/Götting* 151. So ist zweifelhaft, ob an virtuellen Erscheinungen eigentumsrechtliche Schutzpositionen durch das Hausrecht der Forenbetreiber möglich ist. Siehe *Klickermann MMR* 2007, 766, 767.

<sup>302</sup> *Hornig* Wir sind das Netz, Spiegel Special, Nr 3 2007, 11.

<sup>303</sup> *Mük/Kom* BGB, 4. Aufl 2004, § 903 Rn 3; BVerfGE 50, 290, 339.

<sup>304</sup> *Wirtz* 684.

<sup>305</sup> Siehe die Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drucks 16/1828, 16.

<sup>306</sup> *Lessig* 190.

„Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même“, durchzusetzen gedenkt. Dabei wird der Widerspruch zwischen den Interessen derjenigen, die zunehmend geistige Leistungen im Internet anbieten, und den Unternehmen und den Nutzern immer größer. Die Nutzer wollen unentgeltlich Zugang zu den Medienprodukten haben, während die Unternehmen und die geistigen Produzenten dafür, dass sie in das Medienprodukt investiert haben, vergütet werden. Es wird mehr und mehr die „**Kultur-Flatrate**“ im Verhältnis zu **den DRM-Systemen**<sup>307</sup> favorisiert, ohne zu hinterfragen, welche bestehenden gesetzlichen **Vergütungssysteme** als entsprechendes Äquivalent für die Verwertung von Ausschließlichkeitsrechten der Inhaber geistiger Leistungen bestehen.

Der Nachteil des Internets besteht darin, dass es eine Spielwiese unterschiedlicher Interessengruppen ist, die zu zügeln und auszugleichen Aufgabe des Rechts der Medien sein muss. Als **Verhaltenssteuerungsinstrument** steht das Recht vor einer unlösbaren Aufgabe. Destruktives Verhalten einzudämmen und schöpferische Prozesse zu fördern, gehören sicherlich zu den Grundaufgaben in einer kapitalorientierten Welt. Muss nicht das Recht hinter der technologischen Entwicklung herhinken? Reichen die bestehende Regelungen zum Schutz der geistigen Leistungen, des Persönlichkeitsrechts, des Wettbewerbs,<sup>308</sup> der Telemediendienste, des Jugendschutzes, des Medienstrafrechts etc aus? Sind neue **Haftungsregelungen** durch das Internet notwendig geworden? Verluste, Schäden oder sonstige Schwierigkeiten im Management eines Unternehmens sind immer in einer ex-post-Betrachtung zum ex-ante-Maßstab einer rechtlichen Regelung vorzunehmen. Das gilt auch für das Urheberrecht, in dem Regelungen über technische Schutzmaßnahmen in das Gesetz aufgenommen wurden, die sich im nachhinein als Behinderung einer fairen Nutzung herausstellen.<sup>309</sup> Entscheidend wird aber sein, wie das Recht innovatives Verhalten und Investitionen fördert und stimuliert.

## V. Individualkommunikation contra Massenkommunikation

### 1. Öffentliche Meinungsbildung

Zur öffentlichen Meinungsbildung gehören ohne Zweifel die **Massenmedien**, dh Einrichtungen in der Gesellschaft, die sich zur Verbreitung von Informationen technischer Mittel bedienen, zB Druckerzeugnisse, Bücher, Zeitungen, Zeitschriften, aber auch elektronische Kopierverfahren jeder Art, sofern sie Produkte in großer Zahl mit unbestimmten Adressaten erzeugen. Dazu gehört vor allem der Rundfunk,<sup>310</sup> Film<sup>311</sup> und unterschiedliche Multimediadienste,<sup>312</sup> aber auch das **Internet**.<sup>313</sup> Die Freiheit der Medien ist konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung.<sup>314</sup> Dazu gehört die Gewährleistung des Schutzes der im Rundfunk und in der Presse<sup>315</sup> tätigen Personen und den Informanten gem Art 5 Abs 1 S 2 GG.<sup>316</sup>

Angesichts der Rolle der Medien in einer demokratischen Gesellschaft wird es immer bedeutsamer, ob Probleme angesprochen werden, die für den **öffentlichen Willensbildungs-**

<sup>307</sup> Hofmann/Goldhammer 92.

<sup>308</sup> Brömmelmeyer 31. Er wirft generelle Fragen des Wettbewerbs im Internet auf. Die Ubiquität und die Konvergenz der Medien bringen Rechtsanwendungsprobleme mit sich.

<sup>309</sup> Lessig 160 ff.

<sup>310</sup> S Teil 4 Kap 1.

<sup>311</sup> S Teil 2 Kap 2.

<sup>312</sup> Lubmann 11; Fechner Medienrecht Rn 41.

<sup>313</sup> Die journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote im Internet sollen den Massenmedien zugeordnet werden, nicht dagegen sonstige Telemedien. Dies wird zu Recht kritisiert. Siehe Romyantsev ZUM 2008, 33.

<sup>314</sup> BVerfG ZUM 2007, 294, 297; st Rspr.

<sup>315</sup> S Teil 4 Kap 2.

<sup>316</sup> BVerfG ZUM 2007, 294, 298.

und Meinungsbildungsprozess wesentlich sind oder ob lediglich private Angelegenheiten von den Medien veröffentlicht werden, die die Neugier und Sensationslust befriedigen sollen.<sup>317</sup> Das betrifft die Privatsphäre der Künstler, Politiker, Sportler und Manager als Personen der Zeitgeschichte. Aber auch die Ehepartner der Personen der Zeitgeschichte und deren Kinder sind im Fokus der Berichterstattung. Es bedarf die Persönlichkeitsentfaltung der Kinder und Jugendlichen des besonderen Schutzes vor den Gefahren der Medienberichterstattung<sup>318</sup> und den Internetforen mit jugendgefährdenden Inhalten.<sup>319</sup> Die Gefahren sind vielfältig. Die von den Massenmedien angebotenen Realitätskonstruktionen haben durchgreifende Auswirkungen auf das, was in der Gesellschaft als Freiheit beobachtet werden kann und wie die Chancen personal zurechenbaren Handelns in der Gesellschaft verteilt sind.<sup>320</sup> Vorurteile und Manipulationen können ständig durch die Massenmedien reproduziert werden.<sup>321</sup> In dem Maße, wie die gesellschaftliche Entwicklung ausschließlich an dem wirtschaftlichen Erfolg gemessen wird, sind die Medienunternehmen nur Erfüllungshelfen einer verfehlten Medienpolitik.

**73** Denn die öffentliche Meinungsbildung erfolgt nicht mehr nur durch den linearen Rundfunk und die Presse im traditionellen sondern zunehmend im globalen virtuellen Markt. Die nichtlinearen, freien Mediendienste im Internet stellen teilweise eine echte Konkurrenz zum Meinungsmonopol der Presse und des Rundfunks dar.<sup>322</sup> So spielen zB die sog Blogs für den demokratischen Willensbildungsprozess eine hervorragende Rolle, weil die Möglichkeit besteht, kostenlos Informationen zu erhalten und gegen bestimmte herrschende Meinungsmacher eigene Positionen zu begründen und diese weltweit zu verbreiten.<sup>323</sup> Das Blogging nutzen Unternehmen in den USA, um mit den Kunden im Rahmen des Direktmarketings zu kommunizieren und entsprechende Bedürfnisse schneller befriedigen zu können.<sup>324</sup> Hörfunk und Fernsehen sowie Presse sind nicht mehr die ausschließlichen Meinungsmacher. Sie müssen mit dem Internet eine technische „Ehe“ eingehen, um den Einfluss auf die Meinungs- und Willensbildungsprozesse weiterhin ausüben zu können. So lässt die Internetverbindung den Abruf auch von Fernseh- oder Hörfunkprogrammen nebeneinander abwickeln, zB in Form des Streaming. Der Internetempfang tritt funktionell neben den Fernsehempfang.<sup>325</sup> Bei Radioprogrammen erfolgen zB sowohl Erstverwertungen im Internet (sog Internetradio oder Webcaster) als auch die Übertragung derselben als Zweitverwertung, dh der Inhalt von Hörprogrammen kann simultan im Internet übertragen werden.<sup>326</sup> Die typischen Strukturen des Rundfunks, nur für eine unbestimmte Anzahl von Verbrauchern Sendungen bereit zu halten, verändern sich.<sup>327</sup> Rundfunkähnliche Abrufdienste werfen Probleme auf, zB ob die nicht-linearen Dienste wie Radio- und Fernsehsendungen beim Handy oder PC genehmigungs- und gebührenpflichtig sind.<sup>328</sup> Die Multimediaprodukte verschärfen insofern das Problem

<sup>317</sup> BVerfG ZUM-RD 2007, 1, 2.

<sup>318</sup> BVerfGE 101, 361, 385; BVerfG ZUM-RD 2007, 1, 3.

<sup>319</sup> BGH WRP 2007, 1173, 1175.

<sup>320</sup> Lubmann 156.

<sup>321</sup> Schopenhauer erkannte schon früh die Ambivalenz der Pressefreiheit. Sie bedeutet einerseits, dass sich die Menschen mit den Worten wegen der Unzufriedenheit Luft machen können. Andererseits wirkt sie wie Gift für Geist und Gemüt. „Denn was lässt sich nicht dem kenntnis- und urteilslosen großen Haufen in den Kopf setzen? zumal wenn man ihm Vorteil und Gewinn vorspie-

gelt. Und zu welcher Untat ist der Mensch nicht fähig, dem man etwas in den Kopf gesetzt hat?“. Siehe Schopenhauer 259.

<sup>322</sup> Castendyk/Böttcher MMR 2008, 15.

<sup>323</sup> Lessig 53.

<sup>324</sup> Scoble/Israel 213. Mc Donald's vertat zB die Chance, mit den Kunden über deren geschmacklichen Bedürfnisse zu kommunizieren.

<sup>325</sup> Eberle ZUM 2007, 439.

<sup>326</sup> Handig 207.

<sup>327</sup> Pottthast ZUM 2007, 443.

<sup>328</sup> Bullinger, M JZ 2006, 1141. Das Bundesverfassungsgericht hat sich für eine Gebühr

einer rechtlichen effektiven Regulierung im Verhältnis zwischen Individual- und Massenkommunikation. Der Gesetzgeber hat sich mit dem **Telemediengesetz** für die Individualkommunikation entschieden und damit neue Probleme geschaffen,<sup>329</sup> insbesondere hinsichtlich der **Haftung des Internetforumbetreibers**.<sup>330</sup> Ebenso spielen die **Computerspiele** als Massenmedium und als modernes Freizeitangebot eine bedeutende Rolle. Sie nur auf die „Ego-Shooter“, sog **Killerspiele**, zu reduzieren, verkennt das Innovationspotenzial derselben. Denn es besteht kein monokausaler Wirkungszusammenhang zwischen der Mediengewalt und der Entstehung gewalttätigen Verhaltens. Medien sind Verstärker, nicht Verursacher von Gewalt.<sup>331</sup>

## 2. Medien als Antriebsfaktoren in der Meinungsbildung

Die sozialen und kulturellen Auswirkungen der Informations- und Kommunikationstechnologien sind noch nicht absehbar. Eines scheint aber schon jetzt feststellbar: Demokratische Prozesse der Meinungsbildung werden ausgelöst und **antidemokratische Gefahren** bestehen real und gefährden das **Gemeinwesen**. Die **Macht der Sprache** verkommt zunehmend zur Sprache der Macht. Lügen und Desinformationen sind deren Bestandteil. Demagogen haben wieder Konjunktur! Dazu gehören ohne Zweifel Falschinformationen über die Notwendigkeit eines Angriffskrieges gegen den Irak, dessen Bilder im Fernsehen und im Internet der Öffentlichkeit als neue „Ästhetik“ erscheinen, um dem Krieg das unmenschliche Antlitz und Verbrecherische zu nehmen sowie diesen als unvermeidbar darzustellen, obwohl es ein *ius ad bellum* im gegenwärtigen **Völkerrecht** nicht gibt.<sup>332</sup> Hegemoniale Werte- und Machtansprüche bleiben politisch und kulturell für die Weltgemeinschaft nicht folgenlos. Es hat sich offensichtlich seit der Antike nichts geändert.<sup>333</sup> Denn das Verbrechen hat auch einen ökonomischen Hintergrund für die Medien. Der Verbrecher produziert das Strafrecht, die Polizei und die Grundlagen für Kunst und Literatur, die Wirkung des Verbrechens kann global sein. Denn „ohne nationale Verbrechen, wäre je der Weltmarkt entstanden? Ja auch Nationen?“<sup>334</sup> Die „jüngsten Schandtaten von Staatsterrorismus- und Kriege sind nichts anderes als genau das! – wurden religiös drapiert.“<sup>335</sup> Das alte Feindbild wurde durch ein neues ersetzt. Die Simultanität von Religionsfundamentalismus und Marktradikalismus, mit dem die ganze Welt beglückt wird, ist das ein purer Zufall?<sup>336</sup> Mit einem Bedrohungsszenario werden wesentliche Menschenrechte eingeschränkt, zB das allgemeine Persönlichkeitsrecht beim **Datenschutz**.<sup>337</sup> Da-

---

für Rechner entschieden, die Rundfunkprogramme ausschließlich über Angebote aus dem Internet wiedergeben können; siehe ZUM 2007, 712, 722.

<sup>329</sup> Spindler CR 2007, 241.

<sup>330</sup> BGH MMR 2007; OLG Koblenz MMR 2008, 54.

<sup>331</sup> Erdemir K&R 2008, 224.

<sup>332</sup> Vitzthum/Bothe Rn 3 ff; Seidel 449; Bernhard/Randelzhofer p 1246.

<sup>333</sup> Der griechische Tragödiendichter Euripides (480–406) hatte schon in dem Stück „Die Hilfflehenden“ zur Frage des Krieges Folgendes formuliert: „Doch kennen alle wir von den Begriffen ‚gut‘ und ‚schlecht‘ den besseren und wissen auch, wie sehr der

Frieden für den Menschen besser ist als Krieg: Er ist ein treuer Freund der Musen, dann ein Feind der Rachegeister, freut sich wohlgeratener Kinder und liebt den Reichtum. Und wir Toren geben all dies preis, wir wählen Krieg, wir unterjochen den Geschlagenen, der Mensch den Menschen, Staat den Staat.“

<sup>334</sup> Marx Theorie über den Mehrwert 364.

<sup>335</sup> Klenner Juristenaufklärung über Gerechtigkeit 55.

<sup>336</sup> Klenner Juristenaufklärung über Gerechtigkeit 55.

<sup>337</sup> Gola/Schomerus BDSG Einl Rn 22; § 14 Abs 2 TMG enthält nunmehr die Möglichkeit, dass auf Anordnung der zuständigen

zu gehören die **Online-Durchsuchungen**,<sup>338</sup> die Eingriffe in die verfassungsrechtlich verbriefte Privatsphäre und das Fernmeldegeheimnis<sup>339</sup> sowie in das Recht des Bürgers auf informationelle Selbstbestimmung bedeuten.<sup>340</sup> Denn das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst die Befugnis des Einzelnen, über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten selbst zu bestimmen, dh, dass dieses Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Norm des objektiven Rechts seinen Rechtsgehalt auch im Privatrecht entfaltet.<sup>341</sup> Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschaffen worden, um Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu verhindern.<sup>342</sup>

- 75** „Die Medienunternehmen mit ihren spezifischen Angeboten sind mächtige Antriebsfaktoren für die verbreitete Neigung nach Performance und Events, immer wieder neue (Vor-)Bilder der Eskalationen dafür zu ventilieren, wie sie auch Plattformen dafür bieten, dass jedermann zum zeitweiligen Inszenierungsstar avanciert und sein **Persönliches und Intimstes** vermarkten kann“. <sup>343</sup> Der äußere Schein vieler Medienangebote entspricht der inneren Hohlheit der Texte, Äußerungen und Bilder. „Dschungelcamp“, „Big Brother“ und andere Fernsehsendungen auf diesem Niveau bringen eine zunehmend sensationsorientierte, exhibitionistische Medienwelt zum Ausdruck. Ein humanistisches auf Toleranz ausgerichtetes Weltbild bleibt dabei auf der Strecke.
- 76** Wenn mit dem „Bedeutungsverlust der Arbeit und des Arbeitsethos eine Sinnkrise schwelt, die sich Kompensationen im Erlebnishunger sucht, sind die Medien die perfekten Surrogate, mit der die Trostlosigkeit übertönt wird“. <sup>344</sup> Die Medienunternehmen reagieren ganz unterschiedlich auf den Zustand der Gesellschaft. Sie sind Teil der Gesellschaft und insofern Teil eines Problems einer **Medienkultur**, die in einem dialektischen Spiel von Angebot und Nachfrage zu verflachen droht. Denn der **Fortschritt der Verdummung** darf nicht hinter dem gleichzeitigen Fortschritt der Intelligenz zurückbleiben. <sup>345</sup> Die Menschen wissen teilweise nicht, worüber sie lachen und warum sie aufgehört haben nachzudenken. <sup>346</sup> Die Vernunft durchzusetzen, gelingt nicht, solange nicht vernünftige Verhältnisse existieren. Dringend bedarf es einer **Renaissance der Aufklärung durch die Medien!**

### 3. Interaktive Abrufdienste

- 77** Individualkommunikation ist ein Austausch von Informationen zwischen zwei oder mehreren bestimmten Beteiligten. <sup>347</sup> Sobald eine Selektionsmöglichkeit des Teilnehmers besteht, insbesondere eine individuelle Zusammenstellung gewünschter Informationen

Stelle der Dienstanbieter Auskunft über Bestandsdaten erteilen kann, soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben zB des Bundesnachrichtendienstes, der Verfassungsschutzbehörden und des Militärischen Abschirmdienstes erforderlich ist.

<sup>338</sup> S BVerfG NJW 2008, 822, 829.

<sup>339</sup> So bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Vorratsdatenspeicherung. S *Puschke/Singelstein* NJW 2008, 113, 118. Es ist ein Irrtum, anzunehmen, dass Dritte nicht die Möglichkeit erhalten, auf die persönlichen Daten im Internet

durch technische Mittel zugreifen zu können. Am Ende steht der gläserne Mensch, dessen persönlichsten Daten missbräuchlich im globalen Netz benutzt werden können.

<sup>340</sup> *Brinkel/Lammers* ZUM 2008, 11, 12.

<sup>341</sup> BVerfG NJW 2007, 3707; BVerfG NJW 1984, 419.

<sup>342</sup> S BVerfG NJW 2008, 822, 827.

<sup>343</sup> *Delp/Kübler* 306.

<sup>344</sup> *Delp/Kübler* 306.

<sup>345</sup> *Horkheimer/Adorno* 153.

<sup>346</sup> *Postman* 198.

<sup>347</sup> *Fechner* Medienrecht Rn 11.

ermöglicht wird, liegt **Individualkommunikation** vor. Das gilt vor allem für die interaktiven Abrufdienste im Audio- oder Videobereich, bei denen zB die Teilnehmer eine gewünschte Sendung über eine Datenleitung aus einem Datenspeicher abrufen. Ebenso trifft das auf die interaktiven **Teleshopping- oder Homeshopping-Angebote** zu, über die sich der Kunde selbst informiert, um die entsprechende Ware zu kaufen.<sup>348</sup> Durch das Internet als neues Medium stellt sich generell die Frage einer **andersartigen Präsentation** von Waren und neuer Marketingstrategien für die Unternehmen. Das Medienprodukt muss sich gleichsam selbst mit allen Vorzügen und Funktionen im Internet vermarkten können.

Die Informations- und Kommunikationstechnologien heben insofern **traditionelle Märkte** auf und schaffen neue. Presse und Rundfunk als klassische Massenkommunikationsmittel werden nicht verdrängt, sondern werden in die neuen Technologien integriert. Während in den traditionellen Medien die Informationen nur in mediumspezifischer Darbietung (zB als gesprochenes Wort, Bild, Foto, Film, Musik, Buch) übermittelt und rezipiert werden, können sie nun über **digitale Telekommunikationsnetze** abgerufen und über eine „Multimedia-Maschine“ dargeboten werden. Insofern lösen sich die Grenzen zwischen Print- und Ton-/Bildmedien, zwischen Telefon, Hörfunk, Fernsehen und Datendiensten tendenziell auf bzw die Abgrenzung zwischen Rundfunk und Telemedien wird immer schwieriger.<sup>349</sup> Es gibt Zwischenformen, die nicht der einen oder anderen Sphäre zugerechnet werden können, zB die **Chatrooms** im Internet, die der Allgemeinheit zugänglich sind.<sup>350</sup>

#### 4. Theaterproduktionen und Sportveranstaltungen

Den Begriff der Massenkommunikation nur unter dem Aspekt eines technischen Mittels inhaltlich zu bestimmen, mit dessen Hilfe eine räumliche Distanz überwunden werden kann,<sup>351</sup> ist nicht überzeugend. Es gibt Einrichtungen, die historisch gesehen, einen entscheidenden Beitrag zur **Meinungsbildung und der Vermittlung von Werten** geleistet haben und leisten. Zu den bedeutenden Medienunternehmen gehören auch die **Theater**,<sup>352</sup> **Galerien und Konzertveranstalter**.<sup>353</sup> Sie sind zwar nicht quantitativ mit der Anzahl der Zuschauer, Zuhörer oder Leser der Medienprodukte des Hörfunks, Fernsehens, der Presse und des Films vergleichbar, aber im Rahmen ihrer historischen Entwicklung haben sie bis heute das gleiche Prinzip. Die Zuschauer haben nur die Möglichkeit, die Inszenierung oder das Konzert zu sehen bzw zu hören, ohne Einfluss auf die Inszenierung oder Musikwerke zu haben. Der gleiche Inhalt wird an eine unbestimmte Zahl von Zuschauern vermittelt. Die Entscheidungsfreiheit, nicht ins Theater zu gehen (bzw es vor Ende der Aufführung zu verlassen), bleibt jedermann offen, obwohl man sich wünscht, dass die Theaterproduktionen einen stärkeren Einfluss auf das kulturelle Verhalten der Menschen auszuüben vermögen. Die räumliche Distanz wird durch die Inszenierung überwunden. Insofern spielt das Theater im Recht der Medien eine andere Rolle als der Rundfunk. Außerdem kann heute die Theaterinszenierung durch technische Mittel übertragen werden (zB Fernsehen, Internet oder Public Viewing).

<sup>348</sup> Prinz/Peters/*Funke* 146. Eine individuelle, elektronische Kommunikation ist der Dialog mittels einer E-Mail, SMS oder auch in Chat-Foren. Siehe Spindler/Schuster/*Weber* § 312e BGB Rn 5.

<sup>349</sup> Dörr/Kreile/*Cole/Janik* 115; Prinz/Peters/*Funke* 143.

<sup>350</sup> *Fechner* Medienrecht Rn 2.

<sup>351</sup> So aber *Fechner* Medienrecht Rn 10.

<sup>352</sup> *Ladeur* ZUM 2004, 1, 3.

<sup>353</sup> AA *Lubmann* 11; Theater gehört nach seiner Auffassung nicht zu den Massenmedien, weil es sich zur Verbreitung von Kommunikation nicht technischer Mittel bedient.

- 80** Die Frage der Massenkommunikation ist sicherlich mit der technischen Entwicklung verbunden, aber dieses Phänomen ist nicht allein darauf zu reduzieren, wenn man an die Entwicklung von Medienprodukten der Presse im 18. Jahrhundert denkt,<sup>354</sup> die früher als die Rundfunk- und Filmprodukte auf den Markt kamen. Eine ähnliche Massenwirksamkeit wie Filme haben Sportveranstaltungen, die mit Hilfe des Rundfunks und des Internets weltweit verbreitet werden.<sup>355</sup> Mit der zunehmenden **Kommerzialisierung des Sports** werden Fragen der rechtlichen Regulierung aufgeworfen, zB die Vermarktung der Persönlichkeitsrechte der Fußballer durch Werbemaßnahmen und die Rechte der Veranstalter. Es kann ein Konflikt zwischen den **Verwerterinteressen** der Veranstalter und der gesellschaftlichen Aufgabe unabhängiger Medien entstehen.<sup>356</sup>
- 81** Ein anderer bedeutender Aspekt für das Recht der Medien besteht gerade darin, dass sowohl die Massen- als auch die Individualkommunikation nur den Aspekt des Zugangs und der Verbreitung von Informationen beinhaltet. Es wird damit die **Distributionsphäre** untermauert. Sie ist zwar für die Meinungsbildung bedeutsam, aber das Recht der Medien kann nicht allein auf die Verbreitung von Medienprodukten reduziert werden, sondern sie beeinflusst die Politik und **die Politik beeinflusst die Medien**.

## VI. Informationsgesellschaft und geistige Produktion

### 1. Begriff der Informationsgesellschaft

- 82** Die Begriffe „Informationsgesellschaft“ oder „Wissensgesellschaft“ werden immer wieder inflationär benutzt, ohne wirklich zu hinterfragen, was sie inhaltlich auszusagen in der Lage sind.
- 83** All die Begriffe „Informationsgesellschaft“, „Wissensgesellschaft“, „Dienstleistungsgesellschaft“ oder „Mediengesellschaft“ verweisen auf einen tief greifenden gesellschaftlichen Wandel, dh die enorme Beschleunigung und die ständig steigende Kontingenz der Veränderungen künftiger Gesellschaften sowie die „wachsende, zumal öffentlich publizierte diskutierte Reflexivität, die wiederum die Medien unaufhörlich verbreiten und vervielfachen“.<sup>357</sup>
- 84** Der Begriff der Informationsgesellschaft wird nur als Arbeitsbegriff in diesem Sinne verwandt, dass sämtliche Lebensbereiche mit den Informations- und Kommunikationstechnologien ausgestattet und durchdrungen sind, insbesondere die gesellschaftliche Produktion und Reproduktion sowie die **globale Arbeitsteilung** mit der Überwindung herkömmlicher Strukturen. An ihre Stelle treten dezentrale, flexiblere, offenere, aber auch ungewisse Produktions- und Arbeitsweisen.<sup>358</sup> Die „Informationsgesellschaft“ zeichnet sich also dadurch aus, dass aufgrund der Informations- und Kommunikationstechnologien eine massenhafte Verbreitung von Inhalten (zB Filme, Romane, Musik) ohne territoriale Grenzen möglich ist. Informationen verfügen über bestimmte Inhalte unterschiedlicher rechtlicher Qualität.<sup>359</sup> Im Grunde werden mit dem **Informationsbegriff** verschiedene Vorgänge des Informierens, des Austausches von Gedanken, des Mit-

<sup>354</sup> Pross 108.

<sup>355</sup> Fritzweiler/Pfister/Summerer/Summerer 337.

<sup>356</sup> Dörr JZ 2007, 482; BGH NJW 2006, 377, 379 – Hörfunkrechte. Der BGH hat in seiner Entscheidung die Entgeltlichkeit der Hörfunkberichterstattung einer Sportver-

staltung auf der Grundlage des Hausrechts bejaht.

<sup>357</sup> Delp/Kübler 304.

<sup>358</sup> Kübler 308.

<sup>359</sup> Beater Rn 894.

teilens, des Übertragens ua Informationsprozesse bezeichnet.<sup>360</sup> Die unterschiedliche rechtliche Bewertung von Informationen und von Informationsträgern ist evident. Eine Nachricht über ein Tagesereignis in einer Zeitung oder im Internet ist erlaubt, dagegen ist es verboten, einen Roman in Buchform oder Online ohne Zustimmung des Urhebers bzw des Verlages zu verbreiten oder zum Download anzubieten. Bei Formgebungen, zB ein Freischwinger, wird der Betrachter durch die ästhetische Form angeregt, deren Nachbau ohne Zustimmung des Rechtsinhabers verboten ist. Die verschiedenen Zeichen (Wörter, Töne, Bilder, Farben, Persönlichkeitsmerkmale, Symbole uam) können unterschiedliche Inhalte vermitteln und in verschiedenen körperlichen und unkörperlichen Trägern (Medienprodukte) Gestalt annehmen. Die **Medienprodukte sind Informationsvermittler.**

## 2. Informationsgesellschaft und Wissensproduktion

Die Informationsgesellschaft befindet sich an einem Scheideweg, wenn es um die Vermarktungsstrategien von Medienprodukten geht. Es ist eine Tendenz feststellbar, wonach öffentliche **Aufgaben des Staates der Privatisierung** unterworfen werden. Das hängt offensichtlich mit einer liberalen Wirtschaftskonzeption zusammen. Wissenschaftler, Studenten, Universitäten und andere Institutionen befinden sich in einer Promotional Culture, die durch unterschiedliche Kommunikationsmittel der (Selbst-)Vermarktung gekennzeichnet wird.<sup>361</sup> **85**

So ist die Privatisierung öffentlicher Aufgaben der Kulturpolitik in den USA und Europa eng mit der **Kommerzialisierung der Medienkultur** und der Erlebnisgesellschaft verknüpft.<sup>362</sup> **86**

Aus historischer Sicht haben Universitätsverlage zB in den USA einen wichtigen Beitrag zum demokratischen Diskurs zu leisten. Dieser Auftrag wird mittlerweile in Frage gestellt, weil die Bildungspolitik zunehmend privatisiert wird und sich eine Globalisierung der kommerziellen **Informationsindustrie** durchzusetzen beginnt.<sup>363</sup> Die Informations- und Kommunikationstechnologien haben für die geistige Produktion zB von wissenschaftlichen Publikationen die Folge, dass die Informationen global erfassbar sind und die Entstehung, Verbreitung und Rezeption wissenschaftlicher Kommunikation immer mehr verschwimmen. Der Produktionsprozess wird beschleunigt und die Aktualität der Bücher als Medienprodukt wird immer kurzlebiger. Eine Informationsdichte ist die **Folge globaler Vernetzung** und eine daraus resultierende Überlastung mit unkontrollierbarer Informationskultur, die zur Irrationalität und **Desinformation** tendiert.<sup>364</sup> Wahrheit und Lüge können in den Medien globaler produziert und verbreitet werden. **87**

Das Buch als Medienprodukt ist Kommunikationsmittel und Objekt ökonomischer und kultureller Strategien. Mit der Umwandlung analoger Informationen in digitale Formen verändert sich die Option der **Speicherung und Verarbeitung** der Manuskripte. Was bis in die 80er Jahre des 20. Jahrhunderts noch das Geheimnis der Jünger Gutenbergs war, die Ästhetik der Seite, wird zu einem öffentlichen Gut.<sup>365</sup> Ob aber an Stelle des Papiers zB CD-ROMs treten können, ist fraglich.<sup>366</sup> **88**

<sup>360</sup> So wird der Begriff der Information nach § 1 Abs 1 InfoV anders geregelt als in § 2 Ziff 2 IFG.

<sup>361</sup> *Wernick* 154 ff.

<sup>362</sup> *Schulze* 524 ff.

<sup>363</sup> *Delp/Rectanus* 33.

<sup>364</sup> *Lasb* 146.

<sup>365</sup> *Delp/Titel* 80.

<sup>366</sup> *Delp/Titel* 80.

### 3. Books on Demand

- 89** Die Technologie **Books-on-Demand** hat eine unterschiedliche Auswirkung auf den Markt. Das **E-Book** hat als transportables Lesegerät für elektronische Texte einen neuen Markt gefunden. Die Nutzer vermochten offensichtlich teilweise den Vorteil gegenüber eines gebundenen Buches zum „Blättern“ erkennen. Das elektronische Publizieren im Internet im Bereich der Nachschlagewerke und der wissenschaftlichen Literatur spielt eine große Rolle. Denn es geht nicht um den Lesegenuss, sondern um das schnelle Auffinden und Verbreiten von Informationen. Dies gilt generell für das Internet. In diesem Sinne ist auch der Aufbau einer **digitalen Bibliothek in Europa** zu begrüßen, die die Schätze der Kunst, Literatur und Wissenschaft dem Nutzer zur Verfügung stellen soll.<sup>367</sup>
- 90** Die Buchproduktion und -verbreitung hat erhebliche Blessuren erlitten. Dabei spielt die Tauschbörse eine nicht zu unterschätzende Rolle. Immerhin sind im Jahr 2006 knapp 11 % der bei Deutschlands größten Tauschbörse BitTorrent getauschten Dateien Verlagsprodukte gewesen (7 % E-Books, 4 % Hörbücher).<sup>368</sup> Hinzu kommt, dass sich eine Tendenz mit Hilfe des Internets und der Digitalisierung durchzusetzen beginnt, die mit dem Begriff „**Desktop-Publishing**“ beschrieben werden kann, dh dass das Publishing tatsächlich am PC zuhause ermöglicht. Verlage und Laien publizieren.
- 91** Die Kehrseite dieser Entwicklung besteht darin, dass damit ein unbestreitbarer Verfall der Typografie und ein Verfall der inhaltlichen Qualität von Büchern verbunden ist.<sup>369</sup>
- 92** Die Konsequenz dieser Entwicklung bedeutet einen Verlust der Produktionsmittel für Verleger, wenn für jedermann die Produktion von Büchern preiswert wird und die Distributionskanäle für jedermann offen stehen. Es ist ein leichtes Spiel, durch Eröffnung einer eigenen Homepage mit einer bibliografischen Aufnahme eines Titels im Internet als einzelner Produzent aufzutreten, um jedermann die Medienprodukte zugänglich zu machen.
- 93** Steht nicht hinter dieser Entwicklung ein objektiver Prozess der Vergesellschaftung, wonach ohne große Mühe die Medienprodukte jedermann frei zugänglich sind und teilweise unentgeltlich zur Verfügung stehen?

### 4. Kommunikations- und Transaktionsplattformen

- 94** Das Internet spielt als neue **Kommunikations- und Transaktionsplattform** eine bedeutende Rolle im globalen Maßstab. Verbreitungsformen von Multimediaprodukten wurden durch E(lectronic)-Commerce verändert. Eine Erweiterung der Verbreitungsmöglichkeiten im globalen Maßstab findet statt. Das Vertriebsnetz ändert sich, zB durch alternative Formen, und Unternehmensstrategien müssen sich den neuen Bedingungen anpassen. Über das Internet als Informationskanal werden Werbe- und Marketingmaßnahmen realisiert.
- 95** Neue Kunden sollen gewonnen und vorhandene an das Unternehmen gebunden werden. E-Commerce als Kommunikationskanal bietet die Möglichkeit des Informationsaustausches durch interaktive Plattformen. Dies gilt sowohl für den **Business-to-Business-Bereich** (B2B-Bereich) als auch im **Business-to-Consumer-Bereich** (B2C-Bereich). Die Grundsätze werden im Transaktionskanal abgewickelt. Schließlich erlaubt die unmittel-

<sup>367</sup> S [www.leb.eu](http://www.leb.eu).

<sup>369</sup> Delp/Göbe 271 ff.

<sup>368</sup> S Ipoque P2P-Studie 2006, abrufbar unter [www.ipoque.com/media/internet\\_studies/p2p-studie\\_2006](http://www.ipoque.com/media/internet_studies/p2p-studie_2006).

bare Versendung eines Medienproduktes über elektronische Netzwerke eine neue Form der Distribution.<sup>370</sup>

**Online-Text-Versionen** werden sicherlich zunehmend genutzt, aber das Buch oder andere Druckerzeugnisse werden in der Zukunft Bestand haben. So wie das Fernsehen nicht den Kinobesucher verdrängt hat, wird der PC mit Zugang zum **World Wide Web** nicht das Buch verdrängen. Die Online-Vermarktung ist selbst eine neue „Ästhetik“ der Kommerzialisierung der Medienprodukte, die letztlich auch das Verhalten der User und Unternehmen beeinflusst. Die interaktiven Gestaltungsmöglichkeiten der Nutzer in **Internetforen** werfen neue Probleme auf, die das bestehende System der Rechtsinstitute in Frage stellen. Bspw wird das Eigentums- und Besitzrecht des Betreibers von Internetforen mit einem **virtuellen Hausrecht** in Verbindung gebracht.<sup>371</sup> Auch einen vollständigen **Ausschluss des Wettbewerbers** im Sinne eines virtuellen Hausverbots wird ein Unternehmer nicht bewirken und durchsetzen können, der einen **Internetshop** betreibt.<sup>372</sup> In jedem Fall sind die Besonderheiten des Mediums Internet zu berücksichtigen. So wird die Erschwerung des Zugangs zu der Homepage des Internetshops, zB die Sperrung bestimmter IP-Nummern oder sonstige technische Zugangsbeschränkungen, als wettbewerbswidrig angesehen.<sup>373</sup>

96

## § 2

### Geistiges Eigentum und Medienprodukte

#### I. System des geistigen Eigentums

##### 1. Immaterialgüterrecht

Während die geistige Produktion nur ein Teil des gesellschaftlichen Gesamtprozesses darstellt, in dem Medienprodukte in den Kreislauf der Distribution und Konsumtion gelangen, wird mit dem **System des geistigen Eigentums** die rechtliche Ausgestaltung der Aneignungs- und Verwertungsprozesse erfasst. Die Auffassung, dass das geistige Eigentum aus der Sicht des Rechts der Medien nicht mehr als solches entscheidend sein soll, sondern deren Vermittlung,<sup>374</sup> verkennt die Tragweite der geistigen Produktion und das System des geistigen Eigentums von immateriellen Gütern als Medienprodukte. Dabei kann und muss das System des geistigen Eigentums<sup>375</sup> hinterfragt werden, inwieweit es im Prozess der kapitalorientierten Verwertung bzw Vermarktung oder Nutzung derselben auch und gerade für ein Recht der Medien relevant sein kann oder nicht. In dem hier verstandenen Sinne wird das System des geistigen Eigentums als **Aneignungs- und Verwertungsprozess** in der geistigen Produktion und Reproduktion der Medienprodukte

97

<sup>370</sup> *Kuhn* 129 ff.

<sup>371</sup> LG München I CR 2007, 264; LG Bonn CR 2000, 245; OLG Köln CR 2000, 843; *Redeker* krit Anmerkung zum Urteil des LG München I CR 2007, 266.

<sup>372</sup> OLG Hamm MMR 2008, 175, 176. Ein virtuelles Hausverbot ist zulässig, wenn die Sperrung der IP-Nummer unter dem Gesichtspunkt der Betriebsstörung erfolgt.

<sup>373</sup> OLG Hamburg MMR 2008, 58, 60.

<sup>374</sup> AA *Petersen* 150.

<sup>375</sup> Zum Recht des geistigen Eigentums zählen die **gewerblichen Schutzrechte** (zB Patent-, Gebrauchsmuster-, Marken-, Geschmacksmuster-, Halbleiter- und Sortenschutzrechte) und das **Urheberrecht**; siehe *Cornish/Llewellyn* Chap 1, Rn 1–4; *Fink/Maskus* 41 f; *Grzeszick* ZUM 2007, 344, 351; *Götting* GRUR 2006, 353; *Seichter* WRP 2006, 392.

betrachtet. Der Aneignungs- und Verwertungsprozess der Medienprodukte findet auf verschiedenen gesellschaftlichen Stufen statt. So herrschen in einer arbeitsteilig organisierten Kunstproduktion (zB Film-, Theaterproduktion) oder Wissenschafts- bzw Literaturproduktion andere Bedingungen, die rechtlich den Kreativen schützen, als die Bedingungen, die den Nutzer, den Leser, den Zuhörer oder den Zuschauer betreffen.

## 2. Formgebungen

- 98** Das System des geistigen Eigentums wird im Schrifttum mit dem Immaterialgüterrecht umschrieben, dessen Bestandteile die gewerblichen Schutzrechte (zB Patent, Geschmacksmuster, Marken ua) und das Urheberrecht sind.<sup>376</sup>
- 99** Ein Teil dieser **immateriellen Güter** werden als Medienprodukte bezeichnet, soweit sie Informationen und Inhalte verkörpern, die im Informations- und Kommunikationsprozess vordergründig eine Rolle spielen.
- 100** Die geistigen Leistungen, die in Medienprodukten zum Ausdruck gebracht werden, können sehr verschieden sein. Allen ist gemeinsam, dass sich ihre Bedeutung für die Medien nicht allein vom materiellen Träger ableiten lässt (zB Papier, Holz, Vorrichtungen).<sup>377</sup>
- 101** Ihre Bedeutung liegt in der Verkörperung der literarischen, künstlerischen, wissenschaftlichen, politischen, ökonomischen und sozialen Ideen sowie Gedanken. Diese Ideen und Gedanken manifestieren sich in bestimmten literarischen (zB Roman), künstlerischen (zB Theaterinszenierung), wissenschaftlichen (zB Forschungsbericht) oder ästhetischen (zB Designermöbel) Formgebungen. Die **Formgebungen** können körperlich oder unkörperlich in der Wirklichkeit abgebildet sein. Die kreativen Leistungen weisen dabei ganz unterschiedliche ökonomische, kulturelle und rechtliche sowie moralische Wertungs- und Bewertungsebenen auf, die für den Informations- und Kommunikationsprozess in der Medienlandschaft typisch sind. Das Ergebnis **der geistigen Arbeit** im Allgemeinen (zB künstlerische oder wissenschaftliche Leistung) und im Besonderen (Schreiben eines Briefes, eines Romanes oder Herstellen einer Software, eines Designs, einer Nachricht usw) kann wirtschaftlich insofern interessant sein, als die Medienprodukte in den Strom der Ware-Geld-Beziehung gelangen und zB sehr unterschiedliche Töne, Zeichen, Bilder ua Informationen mitteilen. **Das Medienmanagement** konzentriert sich dabei auf den Gewinn, den es mit der Vision „to make people happy“ zu erreichen glaubt.<sup>378</sup>

## 3. Naturrecht und Ausschließlichkeitsrechte

- 102** Die entscheidende rechtstheoretische Frage ist die, ob alle Medienprodukte und die damit verbundenen gesellschaftlichen Verhältnisse dem System des geistigen Eigentums bzw Immaterialgüterrechts zugeordnet werden können. Denn der Begriff des geistigen Eigentums erfasst nicht mehr und nicht weniger als die zeitlich begrenzte Herrschaftsmacht des durch das Gesetz Berechtigten, der wiederum mit **Ausschließlichkeitsrechten** ausgestattet ist.<sup>379</sup> Das Immaterialgüterrecht impliziert im Ergebnis eine Monopolstellung des Kreativen. Die im Schrifttum berechnete Kritik ist dann nicht von der Hand zu weisen, wenn ein aus dem Naturrecht geprägtes überrechtliches Gebilde nebulös bleibt.<sup>380</sup>

<sup>376</sup> Pierson/Ahrens/Fischer/Pierson 1; Wandtke/Bullinger/Wandtke Einl UrhG Rn 44.

<sup>377</sup> Fechner Medienrecht Rn 9.

<sup>378</sup> Wirtz 79.

<sup>379</sup> Fechner Geistiges Eigentum und Verfassung 111; Götting GRUR 2006, 353.

<sup>380</sup> Klenner 9.

Schon Schopenhauer hatte auf die Lebensverhältnisse hingewiesen, die der Produktion von Recht zugrunde liegen und nicht das Naturrecht.<sup>381</sup> Die gesetzgeberische Inhaltsbestimmung ist nicht aus der Natur der Sache ableitbar, sondern aus dem jeweiligen kulturellen, technischen und ökonomischen Entwicklungsstand der gesellschaftlichen Verhältnisse sowie deren prägenden Interessen. Das Naturrecht wird häufig im Gegensatz zum **Rechtspositivismus** gesehen, wobei vor allem die Beziehung zwischen dem gesetzten Recht und dem Sittlichem hergestellt wird.<sup>382</sup> Rechtliche und ethische Maßstäbe können, müssen aber nicht übereinstimmen. Denn nicht alles, was gesetztes und wirkendes Recht ist, ist vernünftig und richtig.<sup>383</sup> Das **Naturrecht** kann deshalb nicht die Aufgabe haben, als Maßstab und Kontrollinstrument gegenüber dem staatlich gesetzten Recht zu dienen.<sup>384</sup> Insofern gibt es auch ein Dilemma in der Überwindung des Naturrecht-Positivismus-Streits.<sup>385</sup> Deshalb ist es auch nicht hilfreich, wenn mit dem Begriff des geistigen Eigentums ein dem positiven Recht übergeordnetes Naturrecht behauptet wird,<sup>386</sup> obwohl es in der Geschichte eine revolutionäre Bedeutung hatte.<sup>387</sup> Es wurde insbesondere mit der geistigen Arbeit und der Aufhebung feudaler Privilegien in Verbindung gebracht.<sup>388</sup> Der Begriff des geistigen Eigentums kann in dem hier verstandenen Sinne – im Gegensatz zum Sacheigentum – nur als Bündel von ausschließlichen und relativen Rechten verstanden werden, die Verwertungsrechte und soweit erforderlich auch Persönlichkeitsrechte implizieren. Aufgrund der asymmetrischen Interessenlage zwischen der Verwerterindustrie und den Kreativen ist der viel gepriesene **Interessenausgleich** im Recht eine Illusion. Das geistige Eigentum war und ist teilweise in seiner Rechtskonstruktion zunächst gegen den Schöpfer gerichtet. Der Kreative ist der eigentliche Produzent kultureller Güter. Der Verwerter hat ausschließlich **derivative Rechte**. Denkbar ist der Interessenausgleich zwischen den Kreativen und der Allgemeinheit nur dann, wenn die Monopolstellung der Kreativen zugunsten der Allgemeinheit und damit auch der einzelnen Nutzer teilweise aufgehoben wird.

Die Frage ist aber, ob die geistige Produktion Leistungen hervorbringt, die das geltende System des Immaterialgüterrechts erweitern und damit das System des geistigen Eigentums. Nur eine einseitige Ausrichtung auf die wirtschaftliche Verwertung von Medienprodukten mag zwar dem Zweck der Verwertung entsprechen, aber die Lösung kann es nicht sein. Es würde sonst der wirkliche Prozess der Aneignung und Verwertung sowie Nutzung der Medienprodukte nicht erfasst, wie dies in der berechtigten Kritik an der nicht angenommenen Verfassung der EU zum Ausdruck gebracht wird.<sup>389</sup> Deren gleichlautende Regelung zum Schutz des geistigen Eigentums ist in Art 17 Abs 2 der Grundrechtscharta der Europäischen Union aufgenommen worden,<sup>390</sup> auf die nunmehr Art 6 Abs 1 des reformierten Vertrages der Europäischen Union hinweist.<sup>391</sup> Die Tatsache, dass im System des geistigen Eigentums die Persönlichkeitsrechte der Schöpfer nicht integriert sind und nur der vermögensrechtliche Aspekt eine Rolle spielt,<sup>392</sup> lässt nichts Gutes für die Zukunft erahnen. Tatsache ist, dass das Bundesverfassungsgericht in Auslegung des

103

<sup>381</sup> *Schopenhauer* 247.

<sup>382</sup> *Seelmann* 140.

<sup>383</sup> *Naucke/Harzer* 65. Sie sind der Meinung, dass sich das Naturrecht mit dem positiven Recht verbindet.

<sup>384</sup> *AA Rütters* 189.

<sup>385</sup> *Kaufmann/Hassemmer/Neumann/Kaufmann* 106 ff.

<sup>386</sup> So zu Recht *Rehbinder* Rn 97; aA *Götting* GRUR 2006, 353 ff mwN.

<sup>387</sup> *Hofmann/Siegrist* 67.

<sup>388</sup> *Boncompain* 335; *Ann GRUR Int* 2004, 597.

<sup>389</sup> *Dietz* GRUR Int 2006, 1, 8.

<sup>390</sup> S *Calliess/Ruffert/Cremer* GRCh Art 17 Rn 3.

<sup>391</sup> Der reformierte Vertrag der Europäischen Union ist am 13.12.2007 in Lissabon angenommen worden.

<sup>392</sup> Ebenso *Rehbinder* § 1 Rn 28.

Art 14 GG von einem naturrechtlich geprägten, geistigen Eigentumsbegriff ausgeht und damit die vermögensrechtliche Seite des Immaterialgüterrechts betont.<sup>393</sup> Das gilt auch auf europäischer und internationaler Ebene (TRIPs).<sup>394</sup>

- 104** Unabhängig davon, wie der Begriff des geistigen Eigentums inhaltlich bewertet wird, bleibt er ein wichtiger Bezugspunkt, der mit den Medienprodukten und deren Verwertung bzw. Vermarktung oder Nutzung in unmittelbarer Beziehung steht.

#### 4. Erweiterung der Schutzrechte

- 105** a) **Zeitlich begrenzte Schutzrechte.** Soweit die Medienprodukte mit den gewerblichen Schutzrechten und dem Urheberrecht belastet sind, sind damit auch zeitliche Grenzen des Schutzes verbunden. Solange diese **Schutzrechte** wirksam sind, hat der Rechteinhaber aber Ausschließlichkeitsrechte und kann gegen jedermann wegen Verletzungen seines Immaterialgüterrechtes vorgehen.
- 106** b) **Gemeinfreie Leistungen.** Nach Ablauf der Schutzfrist oder bei Eintreten anderer Erlöschensgründe bleibt das Medienprodukt weiter im Kreislauf der Produktions-, Distributions- und Konsumtionsprozesse. Die nicht mehr geschützten Medienprodukte stehen der **Allgemeinheit**, aber auch den Unternehmen zur Verfügung. Hierzu kann das **Wettbewerbsrecht** den Unternehmen helfen. Denn der wettbewerbsrechtliche Schutz für Werke und Leistungen ist möglich, wenn sie gemeinfrei geworden sind. Auch das **Markenrecht** wäre zu beachten. So kann beim Markenrecht ein unbefristeter Schutz bestehen. Ein abgelaufenes Geschmacksmuster oder ein urheberrechtlich **gemeinfreies Werk** kann verwertet werden und bleibt damit wirtschaftlich und kulturell für die Unternehmen und Nutzer interessant. Muss nicht auch dies zum System des geistigen Eigentums gerechnet werden?
- 107** Wenn auch Medienprodukte Gegenstand der vermögenswerten Vermarktung sind, obwohl **Ausschließlichkeitsrechte** oder andere Rechte daran nicht mehr bestehen, müsste diese Form der gesellschaftlichen Aneignungsprozesse vom geistigen Eigentum erfasst werden. Es wird von einem geistigen Eigentum auszugehen sein, das jedermann benutzen und verwerten kann. Das **Geistesprodukt** hat die Bestimmung, von anderen Individuen zu eigen gemacht zu werden. An diesem Geistesprodukt kann wiederum ein spezielles geistiges Eigentum des reproduzierenden Individuums entstehen.<sup>395</sup>
- 108** Es besteht ein Interesse der Allgemeinheit, dass nach Ablauf der Schutzfrist die urheberrechtlichen Medienprodukte geistiges und kulturelles Allgemeingut werden.<sup>396</sup>
- 109** c) **Private Nutzung und Sozialbindung.** Eine ähnliche „Rechtskonstruktion“ besteht in den Fällen, in denen der Gesetzgeber erlaubt, dass die Allgemeinheit Medienprodukte nutzt bzw. verwertet, ohne mit den Rechten der Kreativen in Kollision zu geraten. So sind zB Patente in ihrer Wirkung nicht auf Handlungen im privaten Bereich gerichtet, soweit sie nicht zu kommerziellen Zwecken vorgenommen werden.<sup>397</sup>
- 110** Die private Nutzung geschützter Medienprodukte hat vor allem auf dem Gebiet des Urheberrechts Kontroversen über den richtigen Weg des Schutzes des geistigen Eigentums ausgelöst. Als Stichpunkte mögen bspw **Filesharing**, **rechtswidrige Vorlage** einer

<sup>393</sup> BVerfGE 49, 382, 392; BVerfGE 79, 29, 41 f.

<sup>394</sup> Dietz GRUR Int 2006, 1.

<sup>395</sup> Hegel 103.

<sup>396</sup> BVerfGE 31, 229, 242; BVerfGE 49, 382, 394; BVerfGE 79, 29, 42.

<sup>397</sup> Benkard/Scharen § 11 PatG Rn 2.

**Privatkopie** und **technische Schutzmaßnahmen** ausreichen.<sup>398</sup> Allen Immaterialgüterrechten, die eine private Nutzung erlauben, ist gemeinsam, dass sie sich der **Sozialbindung** des Eigentums nach Art 14 Abs 2 GG verpflichtet fühlen.<sup>399</sup> Mit der Veröffentlichung tritt zB das urheberrechtliche Werk bestimmungsgemäß in den gesellschaftlichen Raum und löst sich mit der Zeit von der **privatrechtlichen Verfügbarkeit**. Es wird geistiges und kulturelles Allgemeingut.<sup>400</sup> Für den künstlerischen Schaffensprozess kann das bedeuten, dass Künstler als Urheber Eingriffe in ihre Kunstwerke hinzunehmen haben, sofern keine merklichen wirtschaftlichen Nachteile entstehen.<sup>401</sup> Der zulässige Eingriff wird durch die urheberrechtlichen Schrankenregelungen (§§ 44a ff UrhG) bestimmt.

In dem Augenblick, in dem eine kommerzielle Verwertung geschützter Medienprodukte durch Medienunternehmen oder private Nutzer angestrebt wird, bleibt die privatrechtliche Verfügungsmacht der Kreativen mit ihren Vermögensrechten bestehen. Denn nunmehr soll der Kreative an der wirtschaftlichen Verwertung seiner geschützten Medienprodukte beteiligt werden. **111**

d) **Free Culture**. Internet-Techniken sind nicht dafür verantwortlich, dass die **Kultur** zerstört wird.<sup>402</sup> Entscheidend ist, wie und mit welchem Ziel die Informations- und Kommunikationstechnologien im wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Gesamtprozess eingebunden sind. Damit sich die **Kreativität** frei entfalten kann, sind die gesellschaftlichen Bedingungen zu untersuchen, die diesen Prozess behindern. Es ist ein Trugschluss anzunehmen, dass ein freier Markt eine freie Kultur impliziert, wie sich *Lessig* auszudrücken pflegt.<sup>403</sup> Die Ursachen für fehlende Kreativität und Innovation ist nicht am Begriff des freien Marktes – was auch immer das sein mag – festzumachen, sondern an gesellschaftlichen Widersprüchen, die Rechtsprobleme einschließen. Die Stimulierung und Motivation kreativer und innovativer Arbeit sowie deren Anerkennung und Vergütung ist ein Aspekt in der geistigen Produktion. Der andere Aspekt ist der Zugang und die Verbreitung von kulturellen Leistungen. Hierbei spielt das **System des geistigen Eigentums** eine erhebliche Rolle. Die historisch bedingte Produktionsweise mit ihren politischen, ökonomischen, wissenschaftlichen, literarischen und künstlerischen Verhältnissen bestimmt den Inhalt und das Wesen einer freien Kultur, in der zum Ausdruck kommt, ob jedermann die Möglichkeit und Fähigkeit hat Schöpfer zu sein. Der Kreative mit seinen geistigen Arbeitsergebnissen (zB als Musik, Gedicht, Artikel, Rezension, Marke, Geschmacksmuster ua Medienprodukte) erfährt dann eine gesellschaftliche Anerkennung. Der technologische Entwicklungsstand kann die Kreativität und Innovation befördern oder behindern. Das hängt wiederum von den jeweiligen Interessen ab, die sich im Recht widerzuspiegeln vermögen. Wenn die Interessen der Kulturindustrie (zB technische Schutzmaßnahmen) im Urheberrecht im Vordergrund stehen und in rechtlichen Regelungen zum Ausdruck gebracht werden, können damit auch Behinderungen für die Kreativität auftreten. Die Aneignung und Verwertung immaterieller Güter erfolgt nicht nur auf der Ebene des rechtlichen Schutzes. Die freie Kultur erfasst ebenso immaterielle Güter, die keinem rechtlichen Schutz unterliegen. Zum System des geistigen Eigentums als Prozess der Aneignung und Verwertung der Medienprodukte sollte deshalb auch der wirt- **112**

<sup>398</sup> Wandtke/Bullinger/*Obst* § 95a UrhG Rn 3; Schrickler/*Götting* Vor §§ 95a ff Rn 16; Dreier/*Schulze/Dreier* § 95a UrhG Rn 2; Dreyer/*Kotthoff/Meckel/Dreyer* Vor §§ 95a UrhG Rn 8.

<sup>399</sup> *Pahud* 49 ff; *Fechner* Geistiges Eigentum und Verfassung 239 ff.

<sup>400</sup> BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – Germania 3.

<sup>401</sup> BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – Germania 3.

<sup>402</sup> So aber *Lessig* 176.

<sup>403</sup> *Lessig* 190.

schaftliche und kulturelle Reproduktionsprozess gerechnet werden, in dem zwar **keine Schutzrechte** an den Texten, Bildern, Tönen ua Zeichen durch das Immaterialgüterrecht entstehen, aber für die Unternehmen, die Allgemeinheit und jeden einzelnen Nutzer von Bedeutung sind. Das gilt auch zwischen Wettbewerbern.<sup>404</sup> Zur freien Kultur gehört natürlich in erster Linie der **freie Zugang zu kulturellen Leistungen**. Die Informationsfreiheit ist gleichsam die *conditio sine qua non* eines demokratischen Gemeinwesens. Die vorhandene Information als Bild, Symbol, Zeichen, Kunstwerk, Töne uvm ist der Rohstoff für künftige kulturelle Leistungen. Das öffentliche Interesse besteht an einem freien Zugang zu immateriellen Gütern ohne Beschränkungen durch das Recht. Um das Gleichgewicht zwischen Rechteinhabern und Nutzern wieder herzustellen, könnte ein freier und möglicherweise ein kostenloser Zugriff auf Informationen erfolgen. In diese Richtung zielen sämtliche **Open Source-, Open Content- und Open Publishing-Strategien**. Dazu gehört auch das **Creative Commons-Projekt**, wonach der Urheber seine Werke unter Zurückbehaltung einiger Rechte, zB des Namensnennungsrechts oder des Rechts der kommerziellen Verwertung, frei zur Verfügung stellt.<sup>405</sup> Diese Prozesse weisen auf die Notwendigkeit hin, die gegenwärtigen Strukturen des Immaterialgüterrechts zu überdenken und den neuen Gegebenheiten anzupassen. Das bedeutet aber nicht, dass generell ein kostenloser Zugang zu den Kulturgütern erfolgen kann. Denn die Informationsfreiheit nach Art 5 GG bedeutet, dass ua der Bürger vor Informationsbeschränkungen und staatlichen Meinungslenkungen geschützt werden soll.<sup>406</sup> Die Informationsfreiheit garantiert aber keinen kostenlosen Zugang zu allen gewünschten Informationen. Denn der Zugang zu einer Information ist von den Leistungsentgelten zu unterscheiden. Das Recht auf Privatkopie ist deshalb nicht mit dem Recht auf Werkzugang gleichzusetzen. Das gilt auch für das Bezahlfernsehen als allgemein zugängliche Quelle.<sup>407</sup> Die **Medienunternehmen** sind daran interessiert, dass sie unbeschränkt Medienprodukte verkaufen oder der Öffentlichkeit anbieten können. Damit wird ein grundsätzliches Problem der Rechtsgestaltung des geistigen Eigentums im Zeitalter der Vernetzung und Digitalisierung sowie der **Konvergenz der Medien** aufgeworfen. Führt die Informations- und Kommunikationstechnologie zu einer Ausdehnung der Schutzrechte an immateriellen Gütern? Die kreativen Prozesse mit ihren unterschiedlichen quantitativen und qualitativen Ergebnissen führen nicht notwendigerweise zu mehr Schutzrechten an immateriellen Gütern.

**113** „Free Culture“ kann nicht bedeuten, dass alle in der geistigen Produktion hervorgebrachten Medienprodukte per se urheberrechtsschutzfähig sind. Nicht jede Nachricht oder jede E-Mail oder jede Kritelei unterliegt automatisch dem Urheberrecht.<sup>408</sup> Die Information als solche ist zwar **nicht schutzfähig**, aber dennoch muss das konkrete Medienprodukt immer einer rechtlichen Bewertung zugänglich sein. Für die geistigen Arbeiter ist es von Bedeutung, dass ihr Produkt mit einem Schutzrecht behaftet ist, wenn damit auch für diese Personen die Kreativität gefördert und die wirtschaftliche Beteiligung an der Verwertung ihre Medienprodukte gesichert wird. Andererseits kann die rechtliche Bewertung des Medienprodukts dazu führen, dass aus rechtspolitischen Gründen, zB Sicherung der Befriedigung kultureller Bedürfnisse der Allgemeinheit, dem Krea-

<sup>404</sup> Die Rechtsprechung wendet die Grundsätze des Verbots von Zugangsbeschränkungen auf die Bedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs modifiziert an, insbesondere auf den Handel über Internetshops (OLG Hamburg MMR 2008, 58).

<sup>405</sup> Lessig 276; Mantz GRUR Int 2008, 20; Hofman/Dreier/Nolte 61.

<sup>406</sup> BVerfG 27, 71, 80.

<sup>407</sup> BT-Drucks 16/1828, 20 f.

<sup>408</sup> So aber Lessig 144.

tiven keine Schutzrechte gewährt werden. Dieser Aspekt spielt wegen des Wandels in der Produktion, des Austauschs, der Verteilung und der Konsumtion durch die Informations- und Kommunikationstechnologie eine zunehmende Rolle.

e) **Materiell-rechtliche Voraussetzungen des Schutzes von Medienprodukten.** Die gewerblichen Schutzrechte sind nach einem strengen Regime der materiell-rechtlichen Voraussetzungen der **Schutzfähigkeit** geregelt. Werden diese materiell-rechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, liegen zwar Erzeugnisse der geistigen Produktion vor, aber ein Schutz und damit das Entstehen von Schutzrechten entfällt bzw andere Schutzwirkungen können entstehen. **114**

Die **Erfindung** wird zB als Gegenstand des Patents als eine „Lehre“ (Anweisung, Regel) zum technischen Handeln bezeichnet, wobei sie aber ein Immaterialgut darstellt. Als Immaterialgut muss sie gedanklich von körperlichen Mitteilungsträgern wie der schriftlichen Beschreibung und von Sachen (zB eine konstruierte Maschine) unterschieden werden.<sup>409</sup> Das Medienprodukt ist dann nicht die konstruierte Maschine, sondern die Erfindung, die schließlich als Patent in der Patenterteilung erfolgt und mit der Veröffentlichung im Patentblatt die gesetzlichen Wirkungen desselben eintreten.<sup>410</sup> Sie kann innerhalb der verschiedenen Erfindungsarten gleichsam die Grundlage für die Informations- und Kommunikationstechnologie sein. Sie ist insofern nur zum Teil für medienrechtliche Beziehungen von Bedeutung. Demgegenüber ist die Form (Muster und Modelle) im **Geschmacksmusterrecht** zentrales Schutzgut als Medienprodukt. Es können neue ästhetische Formgebungen geschützt sein. **115**

Anders als die gewerblichen Schutzrechte haben sich die Gerichte beim **Urheberrecht** bei der Feststellung, ob ein geschütztes Werk als Medienprodukt der Literatur, Kunst und Wissenschaft vorliegt oder nicht, mit dem Begriff der „persönlichen geistigen Schöpfung“ auseinanderzusetzen.<sup>411</sup> Abgesehen von den vielen Schwierigkeiten, die dieser Begriff der Rechtsprechung bereitet, sind immer wieder Kriterien herangezogen worden, die die Schutzfähigkeit eines Werkes bejahen. Da das Urheberrecht das Ergebnis der Literatur-, Kunst- und Wissenschaftsprodukte ohne Form- oder Anmeldevoraussetzungen schützt, bietet sich dieser Gegenstand ideal für die Medienunternehmen an (zB Sender, Filmhersteller, Softwarehersteller, Verlage, Theater, Internetprovider). **116**

f) **Geringe Schutzwelle.** Wirtschaftlich interessant ist nicht nur das geschützte Werk, selbst wenn es gerade noch die Schutzwelle der kleinen Münze<sup>412</sup> erreicht hat. Neben der bereits erwähnten Gemeinfreiheit urheberrechtlicher Werke werden vor allem solche Medienprodukte wirtschaftlich verwertet, die nicht die Schutzwelle des Urheberrechts erreichen. So spielt zB in der Vermarktung der Medienprodukte die Musik eine herausragende Rolle, die für die Werbung oder sonstige **Marketingstrategien** eingesetzt wird. Das gilt insbesondere für die Vermarktung der **Klingeltöne**, die für den Handymarkt ein einträgliches Geschäft bedeuten. Die Vermarktung von Klingeltönen kann Verletzungen des Wettbewerbsrechts<sup>413</sup> und des Urheberrechts auslösen. Soweit es das Urheberrecht betrifft, erreichen sie häufig nicht einmal die Schutzwelle der kleinen Münze.<sup>414</sup> **117**

<sup>409</sup> *Kraßer* 3.

<sup>410</sup> *Kraßer* 546.

<sup>411</sup> *Wandtke/Bullinger/Wandtke* § 2 UrhG Rn 5.

<sup>412</sup> *Wandtke/Bullinger/Bullinger* § 4 UrhG Rn 5.

<sup>413</sup> S BGH GRUR 2006, 775 – Werbung für Klingeltöne; *Mankowski* GRUR 2007, 1013.

<sup>414</sup> *Wandtke/Schunke* UFITA 2007/I, 61; *Landfermann* 53; *Castendyk* ZUM 2005, 9 ff; *von Einem* ZUM 2005, 540 ff; *Hertin* KUR 2004, 101 ff.

- 118** Das gilt auch für andere Werkkategorien. Liegt aber kein schutzfähiges Werk vor, kann das Produkt zwar vermarktet werden, aber eine Lizenzierung von Rechten an Dritte wäre dann ausgeschlossen. **Abstracts** können nur mit einer Lizenzierung Dritten gegenüber belastet werden, wenn dieselben eine Eigengestaltung darstellen. Bei abstracts im Bereich der Belletristik ist dies ausgeschlossen, wenn wesentliche Formulierungen der Originalkritik übernommen werden.<sup>415</sup> Auf dem Gebiet des Patentrechts hat – im Gegensatz zum Urheberrecht – ein Paradigmenwechsel stattgefunden. Die Schutzhöhe des Gebrauchsmusters als „kleines Patent“ (§ 1 GebrMG) ist dem „großen Patent“ (§ 4 S 1 PatG) angeglichen worden.<sup>416</sup>
- 119** Es stellt sich generell die Frage, ob die von der EU angestrebte **Senkung der Schutzhöhe** urheberrechtlicher Werke der richtige Weg ist.<sup>417</sup> Da der Herstellungsaufwand für ein Medienprodukt aus urheberrechtlicher Sicht nicht relevant ist,<sup>418</sup> ist in den Fällen, in denen die Schutzfähigkeit versagt wird, möglicherweise wegen der **Transaktionskosten** ein besonderes Leistungsschutzrecht im Sinne eines **Investitionsschutzes** zu diskutieren, wie dies bereits mit der Umsetzung der Richtlinie über Datenbanken geschehen ist. Danach ist der Investor geschützt.<sup>419</sup> Die Aufnahme eines Leistungsschutzrechts als Investitionsschutzrecht sollte aber nicht im Urheberrecht erfolgen, weil es sonst zunehmend von fremden Rechtstatsachen überfrachtet wird. Der **Leistungsbegriff** sollte auf den Prüfstand, weil Unterschiede hinsichtlich der sachlichen und rechtlichen Qualifizierung des Leistungsbegriffs bestehen.<sup>420</sup> Die Frage ist zu beantworten, ob nur die schöpferischen Leistungen zum Eigentumsbegriff im Sinne des geistigen Eigentums nach Art 14 GG gehören oder auch unternehmerische Leistungen.<sup>421</sup> Soweit der Gesetzgeber eine Zuordnung im System des Immaterialgüterrechts geregelt hat, sind zumindest beide Leistungsbegriffe erfasst (zB Patent, urheberrechtliches Werk, Marke, Geschmacksmuster, Leistungsschutzrechte der Filmhersteller, Sender). Fraglich ist aber, ob alle anderen Leistungen, die außerhalb des Immaterialgüterrechts liegen, mit dem geistigen Eigentum nach Art 14 GG in Verbindung gebracht werden können. Wenn mit dem Leistungsbegriff im Aneignungsprozess ein wirtschaftlicher Wert verbunden ist,<sup>422</sup> wird man dazu neigen können. Denn häufig ist zwischen Innovation und Investition und deren konkreten Erscheinungsformen nicht immer klar zu trennen.

## II. Geistiges Eigentum und Information

### 1. Information and property rights

- 120** Bei vielen Informationen besteht ein ökonomischer Wert, der es rechtfertigt, property rights für Informationen zu gewähren.<sup>423</sup>
- 121** Die Frage nach den **Ausschließlichkeitsrechten** an Informationen wird als zentraler Leitgedanke des Informationsrechts betrachtet, wobei die Immaterialgüter-, Persönlichkeitsrechte und der Geheimnisschutz dazu gerechnet werden.<sup>424</sup>

<sup>415</sup> AA OLG Frankfurt aM NJW 2008, 770, 772; LG Frankfurt aM ZUM 2007, 65, 67.

<sup>416</sup> BGH WRP 2006, 1237 – Demonstrations-schrank; krit dazu *Pablow* WRP 2007, 739.

<sup>417</sup> Wandtke/Bullinger/Wandtke Einl UrhG Rn 4.

<sup>418</sup> OLG Hamburg ZUM 2004, 386 – Handy Logos.

<sup>419</sup> Wandtke/Bullinger/Thum Vor §§ 87a ff UrhG Rn 18.

<sup>420</sup> Hilty/Geiger/Schulze 117 f.

<sup>421</sup> *Grzeszick* ZUM 2007, 344, 353.

<sup>422</sup> *Grzeszick* ZUM 2007, 344, 352.

<sup>423</sup> *Cornish/Llewelyn* Chap 1, Rn 1–10; *Hoeren* JuS 2002, 947, 948.

<sup>424</sup> *Hoeren* JuS 2002, 948.

Richtig ist, dass das Immaterialgüterrecht die **Magna Charta** der Informationsgesellschaft zu werden beginnt.<sup>425</sup> Dies hängt ohne Zweifel mit dem Wandel der kapitalorientierten Produktions- und Reproduktionsverhältnisse zusammen, die die geistige Produktion mehr und mehr in den Fokus der ökonomischen, kulturellen und sozialen Entwicklung rücken. 122

Da aber die Existenz und Produktion von Informationen nur bestimmte Aspekte der geistigen Produktion sind, ist es fraglich, daraus ein Informationsrecht zu installieren.<sup>426</sup> Denn das Recht als Ergebnis der geistigen Produktion ist auch die Verkörperung von Informationen. Insoweit wäre das **Informationsrecht** eine tautologische Konstruktion. Außerdem ist der Begriff Information weit zu fassen. Erst wenn Informationen in der geistigen Produktion verarbeitet bzw kombiniert worden sind, kann die Frage des Schutzes des geistigen Eigentums auftreten. Es gibt verschiedene Informationssysteme in der Natur, in der Technik, in der Umwelt und in der Gesellschaft.<sup>427</sup> Sie sind als solche nicht geschützt. „Der Grundsatz der Gemeinfreiheit gilt zunächst für Informationen aller Art.“<sup>428</sup> Sie sind gleichsam eine *condicio sine qua non* im Meinungsbildungsprozess und der Rohstoff für Wahrheiten und Lügen. 123

Interessant sind die jeweiligen Anknüpfungspunkte für dieses oder jenes rechtliche Gebilde. Für das Informationsrecht wird zB die Tatsache gewertet, dass das **BGB** mit dem Fokus auf Sachen und Rechte den Bedürfnissen der Warengesellschaft entspricht und damit veraltet ist.<sup>429</sup> Eine Anpassung an die neue Realität ist auch für das Zivilrecht erforderlich. Es ist aber eine verkürzte Darstellung, wenn das BGB nicht auf Vertragsverhältnisse im elektronischen Geschäftsverkehr reagieren kann und deshalb ein Informationsrecht notwendig erscheint.<sup>430</sup> Bedeutsam ist für das BGB, wie für alle Gesetze, welche Verhältnisse zu regeln erforderlich sind, um den neuen technischen Herausforderungen gerecht zu werden. 124

## 2. Medienprodukte als Träger von Informationen

Während ein Teil des BGB die Warenproduktion und den Warenaustausch sowie die Verteilung derselben regelt (zB die Verteilung der körperlichen beweglichen und unbeweglichen Sachen durch Vertrag), fehlt in der Tat ein Hinweis auf die Immaterialgüter als Waren. Diese Waren sind Informationsträger oder selbst eine Information als Ware. Wer aber zB konkret Musik, Texte, Fotos, Filme, Patente, Marken, Geschmacksmuster ua geistige Produkte als Schöpfer oder ganz allgemein als Produzent herstellt, begibt sich damit in die Welt der Waren. Diese Waren verkörpern gleichsam eine Komposition von Informationen, die eines körperlichen oder unkörperlichen Trägers bedürfen. So ist zB unsere Sprache verbunden mit der körperlichen Existenz und die Musik abhängig von einem Instrument (einschließlich des Computers). Die Produkte der geistigen Produktion werden Medienprodukte genannt, weil sie Träger von Informationen und damit von Inhalten unterschiedlicher Couleur sind. Das geistige Eigentum erfasst die Verhältnisse, in denen der Schutz der immateriellen Güter im Vordergrund steht und diese das Ergebnis geistiger Arbeit sind. Musikwerke sind das Ergebnis geistiger Arbeit und zugleich **Trans-** 125

<sup>425</sup> Hoeren JuS 2002, 948.

<sup>426</sup> So aber Hoeren JuS 2002, 948; *Kloepfer* § 1 Rn 67.

<sup>427</sup> *Lochmann* 45.

<sup>428</sup> *Beater* Rn 1198.

<sup>429</sup> Hoeren JuS 2002, 948.

<sup>430</sup> Hoeren JuS 2002, 948. So gibt es Informationspflichten für den Unternehmer beim Abschluss von Fernabsatzverträgen (§§ 312b ff BGB), die den Verbraucher stärken sollen.

**porteur von Informationen.** Sie werden in Verkehr gebracht und damit der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Dazu gehören auch die virtuellen Gegenstände zB in „Second Life“.<sup>431</sup> Sie zielen auf Kommunikation. Im Gegensatz dazu werden Informationen als **personenbezogene Daten** geschützt, die aber selbst nicht das Ergebnis der geistigen Arbeit sind,<sup>432</sup> aber ein Wirtschaftsgut werden können.<sup>433</sup> Denn jedes Marktverhalten beruht auf der Verarbeitung personenbezogener Daten.<sup>434</sup> Der Schutz personenbezogener Daten kann aber nicht bedeuten, dass Rechte Dritter weniger schützenswert sind als personenbezogene Daten. Der Vorschlag ist völlig berechtigt, dass der Urheber einen zivilrechtlichen **Auskunftsanspruch** – wie ihn Art 8 der Durchsetzungs-Richtlinie vorsieht – **gegen Provider** haben sollte, wenn Rechtsverletzungen auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts vorliegen. Denn nur der Provider weiß, welcher Nutzer sich hinter der IP-Adresse verbirgt.<sup>435</sup> Wie wichtig die Einbindung der Provider als mittelbare Profiteure von Rechtsverletzungen zulasten der Musik-, Film-, Softwareunternehmen und der Verlage gerechtfertigt ist, zeigt eine Untersuchung aus dem Jahr 2007. So wird das Internet zum überwiegenden Teil für Filesharing genutzt, in Spitzenzeiten bis zu 95 %.<sup>436</sup>

- 126** Bei Medienprodukten kann ein Anspruch auf Informationszugang dann ausgeschlossen sein, wenn Rechte aus dem geistigen Eigentum betroffen sind. So regelt das **Informationsfreiheitsgesetz (IFG)** vom 5.9.2005 den Anspruch gegen die Behörde des Bundes auf Zugang von amtlichen Informationen.<sup>437</sup> Der Anspruch auf Informationszugang gem § 6 S 1 IFG kann den Urheberpersönlichkeitsrechten, insbesondere dem Veröffentlichungsrecht, und den Verwertungsrechten des Urhebers entgegenstehen.<sup>438</sup>

- 127** Die Schwierigkeiten einer **dogmatischen Einordnung** der Informationen als solche sind auch dem Medienrecht nicht neu. Ein eigenständiges Gepräge zu geben, hängt aber nicht mit der dogmatischen Einordnung zusammen, sondern mit dem Gegenstand, der zu regeln notwendig erscheint. Es spricht mehr dafür, ein **Recht der Medien** zu konkretisieren, in dem ein mögliches Informationsgesetz Bestandteil desselben ist. Wenn der konventionelle rechtssystematische Ansatz nicht länger aufrechterhalten werden kann, die Rechtsgebiete mit Gesetzen gleichzusetzen oder vom Privat- oder öffentlichen Recht abhängig zu machen, spricht mehr dafür, Regelungen, die den Zugang, die Verarbeitung und Verbreitung von Informationen zum Inhalt haben, im Recht der Medien aufzunehmen. Die Abgrenzung zwischen Informationsrecht und Recht der Medien ist insoweit schwierig, wenn beiden Rechtsgebieten ähnliche Regelungskomplexe zugeordnet werden.<sup>439</sup> Im Grunde ist alles Information, unabhängig davon, wie die Zeichen, Daten und Inhalte rechtlich bewertet werden. Recht ist – wie Kapital und Arbeit – Produktionsfaktor und trägt zum volkswirtschaftlichen Gesamteinkommen bei.<sup>440</sup> Mit der fort-

<sup>431</sup> *Geis, I/Geis, E CR* 2007, 722.

<sup>432</sup> Nach § 3 BDSG sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person.

<sup>433</sup> *Giesen JZ* 2007, 919.

<sup>434</sup> *Giesen JZ* 2007, 919.

<sup>435</sup> *Brinkel/Lammers ZUM* 2008, 11, 16. Der EuGH hat die Frage eines zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs gegen den Internetprovider den Mitgliedstaaten überlassen. Eine Pflicht zur Weitergabe personenbezogener Daten im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens durch den Internetprovider existiert nicht im Gemeinschaftsrecht.

Siehe EuGH GRUR 2008, 241, 244 – Promusicae/Telefonica.

<sup>436</sup> S Ipoque Internetstudie 2007, abrufbar unter [www.ipoque.com/media/internet\\_studies/internet\\_study\\_2007](http://www.ipoque.com/media/internet_studies/internet_study_2007).

<sup>437</sup> BGBl I S 2722. Nach § 2 IFG sind amtliche Informationen jede amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnungen, unabhängig von Speicherung, Entwürfen und Notizen.

<sup>438</sup> VG Braunschweig ZUM 2008, 254, 256.

<sup>439</sup> So aber *Kloepfer* § 1 Rn 68 und 70.

<sup>440</sup> *Schwintowski* 171; *Schwintowski* Methodenlehre 40. Nach ihm sind Regeln vorzuziehen, die mehr nützen als kosten.

schreitenden technologischen Entwicklung ist eine Einteilung zwischen Privat- und öffentlichem Recht nicht hilfreich.<sup>441</sup> Für ein Recht der Medien oder Medienrecht spricht die Tatsache, dass die geistige Produktion am Ende des 20. Jahrhunderts ein neues Zeitalter der Warenwelt eingeläutet hat. Die technologische Revolution ist unumkehrbar und prägt in der einen und anderen Art die Informations- und Kommunikationsprozesse in der kapitalorientierten Produktionsweise. Das betrifft Aufgaben des Staates ebenso wie das Recht als Gestaltungs- und Konfliktlösungsinstrument. Medienprodukte sind gewissermaßen das Ergebnis dieser Produktionsweise, was wiederum Einfluss auf Rechtsverhältnisse hat und umgekehrt. Mit der Verbesserung der Aufnahme- und Wiedergabetechnik oder der Speichermethoden (**analog oder digital**) der Übertragungsformen und -wege (terrestisch, Kabel, Satellit, Internet) oder der Benutzermöglichkeiten (zB **interaktive Nutzung, on demand**) oder der Multifunktionalität (zB **Mobiltelefon, Laptop, Blackberry**) werden nicht nur neue Strukturen in der Arbeitswelt<sup>442</sup> geschaffen, sondern die Produktivkräfte agieren global, dh alle Stufen der **Wertschöpfungskette** sind globaler geworden.<sup>443</sup> In diese Wertschöpfungskette gehören auch die Werbemaßnahmen der Unternehmen. Die jeweilige Werbung für eine Ware ist gleichsam ein Medienprodukt (zB Product Placement im Rundfunk und im Internet). Die Werbefreiheit in Deutschland und Europa wirft neue grundrechtliche Fragen der Meinungsfreiheit auf.<sup>444</sup> Das Wettbewerbsrecht hat insgesamt auf den traditionellen und virtuellen Märkten Tendenzen der Konzentration und Zentralisation von Medienunternehmen sowie der einseitigen Meinungsmacht entgegenzuwirken.

### III. Innovation oder Investition als Schutzvoraussetzung von Medienprodukten

#### 1. Ökonomische Analyse des Rechts der Medien

Die Beziehung zwischen Innovation und Investition kann nicht nur bei den immateriellen Gütern auf das Immaterialgüterrecht reduziert werden, obwohl es das wesentliche Rechtsgebiet erfasst.<sup>445</sup> Notwendig ist eine Sichtweise, die die geistige Produktion oder – wie *Bourdieu* formuliert – kulturelle Produktion<sup>446</sup> insgesamt erfasst, in der sowohl geschützte als auch nicht geschützte Leistungen, die in Medienprodukte einfließen, der Vermarktung unterliegen. Selbst wenn die ökonomischen Ziele des Immaterialgüterrechts evident sind, ist der kulturelle Gesamtprozess im Kreislauf von innovativem Handeln und Produktions- und Reproduktionsprozess nicht aus dem Auge zu verlieren. In diese Richtung erfolgt seit Jahren eine Forschung auf dem Gebiet der „intellectual property rights“ durch **SERCI**.<sup>447</sup> Die neue Institutionenökonomik kann nicht auf eine Kosten-Nutzen-Analyse reduziert werden.<sup>448</sup> Es handelt sich um eine **Gerechtigkeitstheorie**,<sup>449</sup> was immer man darunter versteht.<sup>450</sup> Was fehlt, ist ein gesellschaftliches Gesamtkonzept

128

<sup>441</sup> Soweit es Rechtsvorschriften gibt, die eine unterschiedliche Zuständigkeit, zB der Zivil- und Verwaltungsgerichte vorschreiben, mag die Einteilung noch eine Berechtigung haben.

<sup>442</sup> BT-Drucks 13/11004, 49 ff.

<sup>443</sup> BT-Drucks 13/11004, 44.

<sup>444</sup> *Fassbender* GRUR Int 2006, 965 ff.

<sup>445</sup> AA *Kirchner* GRUR 2004, 603.

<sup>446</sup> *Bourdieu* 9.

<sup>447</sup> Society for Economic Research on Copyright Issues, [www.serci.org](http://www.serci.org).

<sup>448</sup> *Schäfer/Ott* 10; zu Recht die kritische Analyse der ÖAR, *Assmann/Kirchner/Schanzel/Kirchner* 62; *Hoeren/Stallberg* 136; *Schwintowski* 155; *Assmann/Kirchner/Schanzel/Kirchner* 65.

<sup>449</sup> *Seelmann* 184.

<sup>450</sup> *Klenner* Juristenaufklärung über Gerechtigkeit 35, 58.

der dialektischen Zusammenhänge zwischen den Wandlungsprozessen in der technologischen Entwicklung und den rechtlichen, sozialen, ökonomischen und kulturellen Auswirkungen im Verhalten der Menschen. Denkbar ist, dass das Recht ökonomische Prozesse effektiv steuert, aber kulturelle Auswirkungen hat, die das bisher bekannte Verhalten in den Schatten stellt. Es können technische Schutzmaßnahmen (DRM) für das Unternehmen beim Angebot von Medienprodukten ökonomisch effektiv sein, weil über das Internet die Verluste in der analogen Welt kompensiert werden, indem die Nutzer ein Entgelt für die privaten Kopien zahlen müssen. Die Teilhabe des Nutzers an den immateriellen Kulturgütern könnte aber dadurch eingeschränkt werden. Umgekehrt kann eine rechtliche Regelung wiederum zu Verlusten der Medienunternehmen führen. Universal hat von dem DRM-System Abstand genommen, weil die Verluste zu groß waren. Der Wettbewerb auf dem **Musikmarkt** in den USA hat dazu geführt, dass Apple als unangefochtener Marktführer bei legalen Musik-Downloads mit einem Anteil von 70 % den Preis für kopierschutzfreie Musik gesenkt hat.<sup>451</sup>

- 129** Ebenso ist der **Innovationsschutz**, der sich im Immaterialgüterrecht widerspiegelt, nicht nur ökonomisch ausgerichtet, sondern der Persönlichkeitsschutz – mittelbar über die geistigen Leistungen – gehört ebenso dazu, wenngleich dies zwischen den gewerblichen Schutzrechten und dem Urheberrecht unterschiedlich ausgewiesen wird. Der institutionenökonomische Ansatz hat die Auswirkungen auf den Schutz des Innovators und die Wettbewerber zu berücksichtigen.<sup>452</sup> Dabei spielt die Lehre von den Verfügungsrechten (**property rights**) eine zentrale Rolle.<sup>453</sup> Will man einen Schutz der Medienprodukte, der zugleich Ansporn für innovatives Verhalten bedeutet, dann muss notwendigerweise ein Unterschied gemacht werden zwischen den geistigen Leistungen und den Arbeitsergebnissen, die über ein Schutzniveau verfügen, dessen Höhe einen rechtlichen Schutz notwendig und möglich macht und den Leistungen, die nicht geschützt werden können, aber wegen einer bestimmten Investition schützenswert sind. Schließlich werden Leistungen in Medienprodukten festzustellen sein, die weder einen immaterialgüterrechtlichen Schutz noch einen Investitionsschutz rechtfertigen. Diese Leistungen müssten dann für jedermann frei sein. Hier wird das Recht in bestimmten Fällen überfordert. Bestimmte Zeichen oder Geräusche der Natur können nicht monopolisiert werden, es sei denn, dass sie bearbeitet werden und zB für das Kennzeichen- oder Wettbewerbsrecht relevant sind. Mit der Entscheidung des EGMR über die Eigentumsfähigkeit des Nutzungsrechts (vertragliche Forderungen) an Internetdomains wird die Rechtsprechung des BGH<sup>454</sup> und des BVerfG<sup>455</sup> bestätigt.<sup>456</sup> Der Kreis der property rights hat sich damit erweitert.

## 2. Schutzkonzeption

- 130** Historisch gesehen hat es immer schon die Tendenz in der Entwicklung des Immaterialgüterrechts gegeben, den Schutzzumfang und die Schutzfähigkeit zu erweitern. So ist ein Ausbau von Schutzrechten mit einer eigentumsähnlichen Zuweisung festzustellen.<sup>457</sup> Einige Probleme weisen auf Widersprüche hin, wenn es um **den Schutzbedarf, das Schutzkonzept und die Schutzwirkung** geht.<sup>458</sup> Will man kreatives Verhalten fördern und steuern, könnten absolute Rechte für den Kreativen die Folge sein. Kommt man zu dem Ergebnis, dass ein neuer Innovationsmarkt durch die Digitalisierung und das Internet

<sup>451</sup> S [www.heise.de/newsticker/meldung/97497](http://www.heise.de/newsticker/meldung/97497).

<sup>452</sup> *Kirchner* GRUR Int 2004, 606.

<sup>453</sup> *Peifer* 21.

<sup>454</sup> BGH NJW 2005, 3353.

<sup>455</sup> BVerfG ZUM-RD 2005, 121.

<sup>456</sup> EGMR MMR 2008, 30.

<sup>457</sup> *Hilty* GRUR Int 2004, 607.

<sup>458</sup> *Leistner/Hansen* GRUR 2008, 479, 487.

entstanden ist und damit neue Produktionsformen, die eine Kontrolle der **Rechteverwertung** ausschließen, könnte nicht nur die Sicherung einer angemessenen Vergütung als Ansporn für kreatives Verhalten im Vordergrund stehen. So wichtig die monetären Gründe für die Motivation eines Kreativen sind, müssen noch andere Aspekte für die Motivation innovativen Verhaltens berücksichtigt werden (zB gesellschaftliche Reputation, Idealismus, Ruhm).

Die Diskussion über eine **moderne Schutzkonzeption** von geistigen Leistungen der Kreativen hängt mit der wirtschaftlichen Ausrichtung des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts zusammen.<sup>459</sup> Es gibt Auffassungen im Schrifttum, die für eine möglichst einheitliche und niedrige Schutzwelle und damit für die Beibehaltung der sog „**kleinen Münze**“ plädieren.<sup>460</sup> Gegen diese Auffassung wird das Argument ins Feld geführt, dass die Hersteller gewerblicher Produkte zwar **geringe Transaktionskosten** haben und derartige Leistungen formfrei seien. Ob aber das Urheberrecht das zweckmäßige Schutzrecht ist, wird bezweifelt.<sup>461</sup> Die rigorose Abschaffung der „kleinen Münze“ ist auch nicht der richtige Weg, aber eine Zurückdrängung derselben wäre möglich.<sup>462</sup> Es geht ja nicht darum, ob das Alltägliche, Banale und Gewöhnliche urheberrechtlich geschützt werden kann, sondern die Schwierigkeit besteht in der Bestimmung der Individualität, die in einem Medienprodukt zum Ausdruck kommen kann. Natürlich soll das Urheberrecht nicht das schützen, was kulturell bedeutungslos ist.<sup>463</sup> Aber was ist kulturell bedeutungsvoll? Wird damit nicht eine subjektive Wertung eingeführt, die rechtlich auch nicht weiter führt? „Kulturell wertvoll, gut und schön zu sein, sind keine realen Eigenschaften bestimmter Gegenstände, sondern nur subjektiv beigemessene Prädikate auf Grund eines positiven Gefühlsverhältnisses des Wertenden zum Wertungsgegenstand.“<sup>464</sup> Der Rechtsprechung wird es letztlich überlassen bleiben müssen, ob das geistige Gebilde dem Urheberrechtsschutz zugänglich ist oder nicht. Jedenfalls hat die Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, dass das Alltägliche, Banale, das rein Handwerkliche oder die routinemäßige Leistung nicht urheberrechtlich geschützt sein kann.<sup>465</sup> Dort, wo die Leistung nicht den Stempel der Individualität in Gestalt einer originellen Formgebung aufweist, wird der urheberrechtliche Schutz zu versagen sein. Davon völlig unabhängig<sup>466</sup> kann ein geschmacksmusterrechtlicher<sup>467</sup> oder wettbewerbsrechtlicher<sup>468</sup> Schutz greifen, wenn deren Voraussetzungen vorliegen. Was ist aber, wenn weder das Wettbewerbsrecht noch das Urheberrecht oder andere Immaterialgüterrechte anwendbar sind? Eine moderne Schutzkonzeption müsste weitere unternehmerische Schutzrechte einschließen. Sie könnten im allgemeinen **Deliktsrecht** angesiedelt sein.<sup>469</sup> Denn das Recht am Unternehmen ist zB ein sonstiges Recht nach § 823 Abs 1 BGB und soll die bestehende Lücke zum gewerblichen Rechtsschutz schließen.<sup>470</sup> Das **Veranstalterrecht**

131

<sup>459</sup> Leistner/Hansen GRUR 2008, 479 ff.

<sup>460</sup> Schrickler/Schrickler Einl Rn 30.

<sup>461</sup> Schack Rn 264; Rehbinder Rn 61; Knöbl 308 ff.

<sup>462</sup> Peifer UFITA 2007/II, 354; Knöbl 308 ff; Schack Rn 265; Rehbinder Rn 61.

<sup>463</sup> Schack Rn 265; Rassow 28.

<sup>464</sup> Rehbinder Rn 55.

<sup>465</sup> BGH GRUR 1987, 704, 706 – Warenzeichenlexika; BGH GRUR 1993, 34, 36 – Bedienungsanweisung; LG Berlin ZUM-RD 2006, 573, 574 – Webseite.

<sup>466</sup> Die Stufentheorie im Verhältnis von Ur-

heberrecht und Geschmacksmusterrecht bei Werken der angewandten Kunst wird abgelehnt. Die Auffassung über die unterschiedliche Gestaltungshöhe zwischen Werken der bildenden und angewandten Kunst ist ebenfalls nicht überzeugend (aA BVerfG ZUM 2005, 387; Schack Kunst und Recht Rn 806).

<sup>467</sup> Siehe Teil 2 Kap 11.

<sup>468</sup> Siehe Teil 3 Kap 1.

<sup>469</sup> Beater Rn 1403.

<sup>470</sup> BGH NJW 2006, 830, 840; Palandt/Sprau § 823 BGB Rn 126.

bzw das Fernsehvermarktungsrecht wird teilweise mit dem Hausrecht begründet.<sup>471</sup> Der Anknüpfungspunkt für ein unternehmerisches Schutzrecht kann insofern sehr verschieden sein, wobei ein Leistungsschutzrecht ebenso möglich wäre.

### 3. Leistungsschutzrechte

**132** Die unternehmerischen Schutzrechte erfassen gleichsam verschiedene Leistungen der Medienunternehmen. Es wäre zB ein besonderes Leistungsschutzrecht – im Gegensatz zum Hausrecht – für den Sportveranstalter denkbar, der nicht nur den Zutritt für die Zuschauer und für die Presse- und Fernseh- und Hörfunkteams ermöglicht, sondern eine Vielfalt von Leistungen erbringt, die mit dem Hausrecht nicht mehr erfasst werden können.<sup>472</sup> Die Leistung selbst kann quantitativ und qualitativ sehr verschieden sein. Wenn eine banale oder alltägliche Leistung weder urheberrechtlichen noch geschmacksmuster- und wettbewerbsrechtlichen Schutz genießt, aber eine Investition für das Unternehmen bedeutet, wäre ein besonderes Leistungsschutzrecht unter bestimmten Bedingungen denkbar.<sup>473</sup> Von dem Grundsatz, dass der Urheberrechtsschutz dem Grunde nach ein Schutz der kreativen Leistung und kein Investitionsschutz ist,<sup>474</sup> wurde leider im Laufe der Entwicklung des Urheberrechts Abstand genommen. Urheberrecht wird mehr und mehr ein Industrierecht, weil stärker die Verwerterinteressen berücksichtigt werden und die kreativen Leistungen in der kapitalorientierten Produktionsweise Gewinn für die Medienunternehmen versprechen. Die Anerkennung selbstständiger Leistungsschutzrechte der Tonträgerhersteller und der Sendeunternehmen hat diese Tendenz verstärkt.<sup>475</sup> Rechtlich interessant sind die Folgen eines Leistungsschutzrechtes. Ein besonderes Leistungsschutzrecht für den Datenbankhersteller wurde installiert, das vom **Investitionsschutz** geprägt ist.<sup>476</sup> Wo keine schöpferischen Leistungen iSd Urheberrechts vorliegen, aber Investitionen iSv § 87b UrhG darstellen, wurde ein eigenes Leistungsschutzrecht für die Unternehmer entwickelt. Mit dem Schutzrecht wird dem Unternehmer eine besondere Verwertungsmöglichkeit in die Hand gegeben. Es hätte sich ein besonderes Leistungsschutzrecht der Unternehmen außerhalb des Urheberrechts angeboten, deren organisatorischen und finanziellen Aufwendungen sowie Kosten für das Personal gebührend rechtlich zu berücksichtigen wären.<sup>477</sup> Das gilt auch für die fragwürdige Aufnahme der Leistungsschutzrechte der Tonträgerhersteller und der Sendeunternehmen in den Kreis der „verwandten Schutzrechte“.<sup>478</sup> Dazu wäre der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz besser in der Lage gewesen. Inwieweit ein Leistungsschutzrecht für **Verleger**<sup>479</sup> in der Zukunft geregelt werden kann, bleibt abzuwarten. Vieles spricht dafür. Deren Investitionen zur Verwertung von Sprachwerken und die wirtschaftlich-organisatorischen

<sup>471</sup> BGH NJW 2006, 377, 379 – Hörfunkrechte; BGHZ 110, 371, 383 – Sportübertragungen; Fritzsche/Pfister/Summerer/Summerer 355; Buchroithner/Albiez/Miceli K&R 2008, 212; aA Beater Rn 1404.

<sup>472</sup> Buchroithner/Albiez/Miceli K&R 2008, 212.

<sup>473</sup> Krit dazu: Hilty/Geiger/Kur 202 f.

<sup>474</sup> BGH ZUM 1986, 39 – Inkassoprogramm.

<sup>475</sup> Wadle Urheberrecht zwischen Gestern und Morgen 24.

<sup>476</sup> BGH WRP 2007, 88, 89 – Bodenrichtwertsammlung; EuGH, CR 2005, 412 –

Fixtures – Fußballspielpläne II; EuGH GRUR 2005, 252 – Fixtures-Fußballspielpläne I; EuGH CR 2005, 10 – BHB-Pferdewetten; BGH CR 2005, 849 – Hitbilanz.

<sup>477</sup> Junghans/Levy/Levy 137 f.

<sup>478</sup> Wadle Urheberrecht zwischen Gestern und Morgen 24.

<sup>479</sup> Wandtke/Bullinger/Wandtke Einl UrhG Rn 11; Siegrist/Berger/Glas 165; aA Schack Rn 1008, er plädiert nicht für ein eigenes Leistungsschutzrecht, sondern für einen wettbewerbsrechtlichen Schutz der Verleger.

Leistungen sind vergleichbar mit anderen Leistungsschutzrechten im Urheberrecht (zB Filmhersteller, Fernsehen, Hörfunk). Soweit es auch die Frage der Beteiligung der Verleger an der gesetzlichen Vergütung betrifft, müsste die Rechtsnatur der Rechte der Verleger geklärt werden.<sup>480</sup> Der Beteiligungsanspruch der Verleger könnte sich originär aus ihren Leistungsschutzrechten oder aus der Rechteinräumung der Verlagsrechte (derivativ) ergeben. Im Grunde geht es darum, ob das Unternehmen einen Ausgleich für Innovation und Investition erhält. In eine ähnliche Richtung geht die Auseinandersetzung um den Werkbegriff im Urheberrecht.<sup>481</sup> Kann ein Unternehmen Vermögensrechte geltend machen, wenn eine geistige Leistung nicht die Schutzwelle im Urheberrecht erreicht, aber in den Kreislauf der Investition und Vermarktung gerät? Wann beginnt der Schutz und wann ist er ausgeschlossen? Die Schutzwelle im Urheberrecht durch die Gerichte abzusenken, wäre ein kultureller Irrweg und ein zu großer Spielraum für Banalitäten von Medienprodukten. Eine Einschränkung des Wettbewerbs wäre möglicherweise die Folge. Es wäre auch zu hinterfragen, ob die nicht urheberrechtlich geschützten Medienprodukte zum Vermögen gehören und damit zum Eigentum nach Art 14 Abs 1 GG. Gehören zB Kunstwerke, die nicht die Schutzwelle des § 2 Abs 2 UrhG erreichen, zum Vermögen des Schöpfers bzw des Unternehmens? Ist nicht mit einem Herauswachsen von Schutzgegenständen aus dem Immaterialgüterrecht der Bereich des geistigen Eigentums zu erweitern? Dies ist eine Frage, die nicht nur das nationale Recht betrifft. Es wird verstärkt die Frage aufgeworfen, wie die geistigen Leistungen rechtlich zu schützen sind, die **das Kulturgut** von Volksgruppen oder das sog „traditionelle Wissen“ darstellen und Vermarktungsstrategien unterliegen. So spielen die unterschiedlichen Ausdrucksformen in der Folklore eine bedeutende Rolle, die zum geistigen **Gemeineigentum** gehören sollen.<sup>482</sup> Soweit kein urheberrechtlicher (zB Bearbeitung), wettbewerbsrechtlicher oder markenrechtlicher Schutz in Frage kommt, wird ein Rechtsschutz sui generis vorgeschlagen, wobei das Deliktsrecht<sup>483</sup> oder ein Verfügungsrecht der Gruppe favorisiert wird.<sup>484</sup>

#### 4. Know-how-Schutz

Auch andere Erscheinungen der Warenwelt der Medienprodukte werfen Fragen des Schutzes auf. Es ist schwierig, den Schutz von Know-how rechtlich einzuordnen.<sup>485</sup> Der Know-how-Schutz erfasst ohne Beschränkung von Gestalt und Umfang Kenntnisse, Erfahrungen und Informationen aller Art.<sup>486</sup> Auch hier haben wir es mit einem Herauswachsen von Schutzgegenständen aus dem Kanon der gewerblichen Schutzrechte zu tun. Ob ein Know-how-Schutz zum gewerblichen Rechtsschutz gehört, mag dahinstehen. Jedenfalls hat der Know-how-Inhaber ein faktisches Monopol, wobei er bei zufällig inhaltsgleichen Information diese nur sperren kann, wenn schutzrechtsgeeignete erfinderrische, ästhetische, kennzeichnungsrelevante oder pflanzengenetische Informationen vorliegen.<sup>487</sup> Der **Know-how-Vertrag** spielt jedenfalls in der Praxis eine bedeutende Rolle.<sup>488</sup>

133

<sup>480</sup> *Hanewinkel GRUR* 2007, 379. Mit der seit dem 1.1.2008 umgesetzten Reform des Urheberrechts ist § 63a UrhG geändert worden, um die Verleger an der Ausschüttung der gesetzlichen Vergütung in der VG-Wort zu beteiligen. Ein Leistungsschutzrecht hat der Gesetzgeber aber nicht geregelt (BT-Drucks 16/1828, 32).

<sup>481</sup> S auch Teil 2 Kap 1.

<sup>482</sup> *Buscher/Stoll/Stoll TRIPs Einl Rn* 37; *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/*

*Lehmann/Fikentscher* 3 ff; *Siegrist/Dreier* 189 – Dreier schlägt eine kollektive Rechtsträgerschaft vor.

<sup>483</sup> *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann/Fikentscher* 5.

<sup>484</sup> *Buscher/Stoll/Stoll TRIPs Einl Rn* 37.

<sup>485</sup> *Ann GRUR* 2007, 39 ff.

<sup>486</sup> *Westermann* 2.

<sup>487</sup> *Westermann* 3.

<sup>488</sup> *Bartenbach/Gennen Rn* 2530 ff; *Westermann* 80.

Es könnte auch ein Schutzrecht *sui generis* sein.<sup>489</sup> Im US-amerikanischen Recht des geistigen Eigentums wird neben dem Urheberrecht, dem Patentrecht und dem Markenrecht auch der Schutz von Geschäftsgeheimnissen (*trade secret law*) geregelt.<sup>490</sup> Entscheidend ist die Frage, ob es ein rechtliches Instrumentarium gibt, das den Schutz von Informationen einschließt. Da der Know-how-Schutz nur gegen die unlautere Offenbarung von Informationen besteht, die den **Geheimnisschutz** betreffen, erlischt der Schutz von Informationen, wenn die Information in lauterer Weise bekannt gemacht wurde. Der Schutzgegenstand wird auch von Art 39 TRIPs geregelt, wobei von wirtschaftlich wertvollen Informationen ausgegangen wird.<sup>491</sup> Der Know-how-Schutz wird zu Recht vom System der „**property rights**“ erfasst<sup>492</sup> und ist insofern sehr wohl dem geistigen Eigentum zuzurechnen und nach Art 14 Abs 1 GG zu schützen.<sup>493</sup> Neben dem wettbewerbsrechtlichen Schutz<sup>494</sup> und § 823 Abs 2 iVm dem UWG sowie § 823 Abs 1 BGB (Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) werden know-how-geschützte Informationen als „sonstiges“ von § 823 Abs 1 BGB geschütztes Recht erfasst.<sup>495</sup> Ein Verlag könnte gegen denjenigen vorgehen, der Testseiten in Kurzform zusammenfasst, die zB Testergebnisse von Software als Computerspiele und Hardware wiedergeben. Eine derartige Kurzform der Testergebnisse, die möglicherweise nicht urheberrechtlich geschützt sind, würde eine unlautere Leistungsübernahme bedeuten. Ist dieses Recht des Unternehmens ein **absolutes oder relatives Recht**? Gegen ein absolutes Recht spricht das Wesen des Know-how-Schutzes, weil nicht der schöpferische Schutzgegenstand mit seinem Zuweisungsgehalt und seiner Ausschlusswirkung entscheidend ist<sup>496</sup> – wie bei den gewerblichen Schutzrechten und dem Urheberrecht –, sondern die Information als solche ist für das Unternehmen wirtschaftlich wertvoll. Art 39 TRIPs wurde als relatives Schutzrecht ausgestaltet, wonach der Nachweis der Unlauterkeit des Verletzerverhaltens für nicht offenbarte Informationen dem Verwertungsverbot<sup>497</sup> zu Grunde liegt. Als Vermögensrecht des Unternehmens<sup>498</sup> ist der Know-how-Schutz eine weitere Möglichkeit, Informationen zu verwerten und daraus *property rights* abzuleiten. Aber nicht in jedem Fall sind geschäftliche und technische Informationen ein Vermögenswert.<sup>499</sup> Generell wird man davon ausgehen können, dass dann, wenn das Unternehmen vorgefundene Informationen, kulturelle Leistungen, gemeinfreie Werke ua Formgebungen in Medienprodukten einfließen lässt, ein Schutz *sui generis* möglich sein sollte. Ein Mindestmaß an Leistung des Unternehmens müsste vorliegen. Eine schlichte Adressenliste, die jederzeit ohne großen Aufwand erstellt wird, kann nicht vom Know-how-Schutz erfasst werden.<sup>500</sup> Dieses Leistungsschutzrecht wäre ein Investitionsschutzrecht,<sup>501</sup> welches das System des geistigen Eigentums erweitern würde. Zum Schutz der **Computersoftware und der Datenbanken** wäre ein derartiges Leistungsschutzrecht besser gewesen als die Aufnahme derselben in das Urheberrecht.<sup>502</sup> Die Forderung nach Ausdehnung der Leistungsschutzrechte könnte dort berechtigt sein, wo ein ausreichender Schutz durch das Wettbewerbsrecht fehlt.<sup>503</sup>

<sup>489</sup> *Cornish/Llewelyn* Chap 1 Rn 1–10.

<sup>490</sup> *Schmolke* GRUR Int 2007, 34.

<sup>491</sup> *Busche/Stoll/Peter* TRIPs Rn 8; *Schmolke* 41.

<sup>492</sup> *Busche/Stoll/Peter* TRIPs Art 39 Rn 3; *Schäfer/Ott* 98.

<sup>493</sup> *Ann* GRUR 2007, 42; aA *Schäfer/Ott* 100 – sie lehnen den Begriff Eigentum für die *property rights* ab.

<sup>494</sup> *Harte-Bavedamm/Henning-Bodewig* § 17 UWG Rn 44; *Grunewald* WRP 2007, 1309.

<sup>495</sup> *Westermann* 116.

<sup>496</sup> *Ann* GRUR 2007, 43 mwN.

<sup>497</sup> *Busche/Stoll/Peter* TRIPs Art 9 Rn 9.

<sup>498</sup> *Grunewald* WRP 2007, 1307.

<sup>499</sup> *Westermann* GRUR 2007, 116, 117.

<sup>500</sup> BGH GRUR 2006, 1044 – Kundendatenprogramm.

<sup>501</sup> *Ahrens/Bornkamm/Kunz-Hallstein/Hilty* 666.

<sup>502</sup> *Peifer* UFITA 2007/II, 354.

<sup>503</sup> *Schack* Rn 59.

## IV. Recht der Medien

### 1. Prozessbezogene Verhaltenssteuerung

Die zunehmende Bedeutung des Rechts der Medien hängt mit den modernen Massenmedien zusammen<sup>504</sup> und mit deren zunehmender wirtschaftlichen Bedeutung in einer kapitalorientierten Produktionsweise im 21. Jahrhundert. Die **modernen Medien** verschärfen den Konflikt zwischen den sich neu herausgebildeten Produktivkräften und die in den Rechtsverhältnissen zum Ausdruck gebrachte Kulturstufe der Produktions- und Reproduktionsverhältnisse. 134

Mit den Informations- und Kommunikationstechnologien wird nicht nur das Wesen der Produktionsweise in Frage gestellt, sondern **alle gesellschaftlichen Lebensverhältnisse** werden durch die technologische Revolution umgewälzt. 135

Das **Recht der Medien** oder Medienrecht ist zwar in aller Munde, aber die entscheidende Frage, ob es sich um ein Rechtsgebiet handelt, das inhaltliche Maßstäbe und Zielsetzungen hat, wird nur teilweise beantwortet.<sup>505</sup> Welches sind aber die sachlichen Zusammenhänge, die dem Recht der Medien das Gepräge geben? Hat es **Maßstäbe und Funktionen**, die auf einen einheitlichen Regelungskomplex hinweisen, gleichsam den roten Faden des Medienrechts zum Ausdruck bringen?<sup>506</sup> Die **rechtstheoretischen und -systematischen Ansätze** sind sehr verschieden. Ein gemeinsamer Bezugspunkt der rechtlichen Ordnung der Medien wird im Phänomen **der Massenkommunikation** gesehen, in der die Öffentlichkeit und ein anonymes Publikum angesprochen werden.<sup>507</sup> Da aber die Massenkommunikation nicht mehr nur durch die klassischen Medien (Presse<sup>508</sup> und Rundfunk<sup>509</sup>) bestimmt werden, mag dies nicht überzeugen. Durch die **Konvergenz** der technischen Medienträger (Mobiltelefon, Computer etc), die in einem Gerät mehrere Medien multifunktionell einsetzen können, ist die Massenkommunikation **nicht mehr auf die klassischen Massenmedien (zB Rundfunk, Presse, Film)** zu reduzieren. Der Nutzer kann zB mit einem Mobiltelefon Musik hören, Filme herunterladen, fotografieren uvm. Entscheidend ist aber, dass der Nutzer **interaktiv** die Programme, die er für bedeutsam hält, selbst bestimmen kann. Der Nutzer kann Zuhörer, Zuschauer, Spieler und Produzent in einem Prozess sein. Die klassischen Medien bekommen das mit dem Internet zu spüren. Jeder kann jeden manipulieren. Die Grenzen zwischen der **Individual- und Massenkommunikation** werden immer durchlässiger. Das Internet ist ein individuelles Kommunikationsmittel und ein Massenkommunikationsmittel. Der Empfänger, Rezipient oder Adressat entscheidet zunehmend über den Inhalt. Er ist nicht in der passiven Situation, sondern aktiv im Kommunikationsprozess. Die Verletzung des Rechts im Internet durch entsprechende Software ist darin eingeschlossen. Mit der **Recording-Software** – ähnlich wie die vormalig vielgenutzte **Peer-to-Peer-Fileshering-Software** – kann zB Musik aus **Internetradios** aufgenommen werden.<sup>510</sup> Durch das **Internet** ist diese Form der Massenkommunikation aller mit allen erst möglich geworden. Unabhängig davon, ob eine Massen- oder Individualkommunikation vorliegt, ist der prägende Grundgedanke eines möglichen Rechts der Medien als eigenständiges Rechtsgebiet das Verhalten der Unter- 136

<sup>504</sup> AA Beater Rn 8; Petersen § 1 Rn 1.

<sup>505</sup> Beater JZ 2005, 822; Fechner Medienrecht Rn 40.

<sup>506</sup> Beater JZ 2005, 826.

<sup>507</sup> Beater Rn 898; er schließt die Individualkommunikation als Gegenstand des

Medienrechts aus; Paschke ZUM 1990, 209, 212; Funke 148; aA Petersen § 1 Rn 16.

<sup>508</sup> S Teil 4 Kap 2.

<sup>509</sup> S Teil 4 Kap 1.

<sup>510</sup> Von Zimmermann MMR 2007, 558.

nehmer untereinander und zwischen Unternehmen und Nutzern in Bezug auf Medienprodukte, die produziert, verteilt, ausgetauscht und konsumiert werden.

- 137** Aufgabe der Unternehmen ist es in erster Linie zur **Meinungsbildung** beizutragen und nach Regeln zu handeln, die das **Wettbewerbsrecht**<sup>511</sup> und andere Rechtsgebiete vorschreiben.<sup>512</sup> Insofern kann das **Recht der Medien auch als Unternehmensrecht** bezeichnet werden, das aber weiter gefasst werden sollte als das Recht der Unternehmen im Bereich der Presse, des Rundfunks und der Telemedien.<sup>513</sup> Das Hauptgeschäft der Unternehmen ist es, Informationen zu erlangen, zu verarbeiten und als Medienprodukt zu veröffentlichen, zu verbreiten bzw zu vermarkten. Die Informationen bilden gewissermaßen den Rohstoff für das Produkt, zB für die Zeitung oder für ein Rundfunkprogramm.<sup>514</sup> Von zentraler Bedeutung sind dabei die sog **Kommunikationsgrundrechte und das allgemeine Persönlichkeitsrecht**. Die Betroffenen können sich gegen staatliche Eingriffe wehren.<sup>515</sup> Dabei handelt es sich insbesondere um den Schutz personenbezogener Daten, die im Focus der Online-Untersuchungen stehen. Es sind in erster Linie Normen, die nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der verschiedenen Rechtsgüter wahren.<sup>516</sup> Im Interesse des Datenschutzes ist auch die Löschung von Telekommunikations-Verkehrsdaten nach Ende der Verbindung vorzunehmen.<sup>517</sup>

## 2. Rechtlicher Schutz der Medienprodukte

- 138** Da die Medienprodukte unterschiedliche Erscheinungsformen der geistigen Produktion aufweisen (zB Produkte der Wissenschafts-, Literatur- und Kunstproduktion sowie Datenproduktion), sind auch unterschiedliche rechtliche Zuordnungen und Bewertungen der Medienprodukte erforderlich. Es muss ein Unterschied gemacht werden, ob die Information einen rechtlichen Schutz genießt oder nicht. Zunächst wird man davon ausgehen können, dass die **Information als Zeichen** keinen rechtlichen Schutz genießt, sondern gemeinfrei ist.<sup>518</sup> Umgekehrt findet in der geistigen Produktion ein Prozess des Produzierens von Informationen statt, der einen rechtlichen Schutz erforderlich macht. Sie werfen neue Fragen des Systems des geistigen Eigentums auf, das durch die Informations- und Kommunikationstechnologie möglicherweise neu bestimmt werden muss.
- 139** Die Veränderungen der digitalen Welt haben auch Anforderungen an das Verhalten der Unternehmer und der Verbraucher hervorgebracht. Seit jeher ist es Aufgabe des Rechts, den **technologischen Herausforderungen** und Neuerungen zu entsprechen. Schon die Erfindung des Buchdrucks hatte die wirtschaftlichen Verhältnisse radikal verändert. Neben den technischen Erfindungen in der Industrieproduktion war es vor allem die Literatur-, Kunst- und Wissenschaftsproduktion, die von den Errungenschaften der Technik profitiert haben. Es wäre aber ein Trugschluss anzunehmen, dass die **Informations- und Kommunikationstechnologie** des 21. Jahrhunderts vollständig neue rechtliche Grundsätze hervorbringt. So wie die technologische Revolution unter ganz bestimmten ökonomischen, kulturellen und politischen Bedingungen entstehen konnte, ist der **Reifegrad der rechtlichen Wirklichkeit** und der Wirkung des Rechts davon wiederum ab-

<sup>511</sup> S Teil 3 Kap 1.

<sup>512</sup> Dazu gehören auch Meinungsäußerungen in einem kommerziellen Kontext und Wirtschaftswerbung, wenn sie einen wertenden, auf Meinungsbildung gerichteten Inhalt verkörpern (BVerfG GRUR 2008, 81).

<sup>513</sup> *Beater* Rn 8.

<sup>514</sup> *Beater* Rn 10; *Beater* JZ 2005, 823; er sieht vor allem das Medienrecht als Sonderunternehmensrecht der Massenmedien.

<sup>515</sup> *Fechner* Medienrecht Rn 58.

<sup>516</sup> BVerfG NJW 2008, 822, 829.

<sup>517</sup> BVerfG NJW 2007, 3051, 3055.

<sup>518</sup> *Beater* JZ 2005, 824.

hängig. Nicht die Technik produziert das Recht, und umgekehrt produziert nicht das Recht die Technik. Technologische Wunder können, müssen aber nicht unbedingt positive Wirkungen auf die Rechtsentwicklung erzielen. Die Kommunikationsprozesse mit Hilfe des Internets und der Digitalisierung sowie die **Rechtsgestaltung** sind zwei Seiten eines dialektischen Gesamtprozesses. Deshalb sind Auffassungen ernst zu nehmen, dass sich zB das Urheberrecht in der Auflösung befindet, weil es mit den herkömmlichen Gestaltungsinstrumenten nicht für die „**Access-Welt**“ geschaffen ist.<sup>519</sup> Die Konflikte zwischen den Verwertern, den Schöpfern und den Nutzern werden sich sicherlich weiter verschärfen, vor allem dann, wenn die rechtspolitische Vorstellung darin besteht, eine liberale **Wirtschaftskonzeption** durchzusetzen und den entfesselten Marktkräften die Regeln bestimmen zu lassen. Den freien Zugang zu Informationen in einer **Ware-Geld-Welt** zu postulieren, entspricht nicht der Realität. Diesen Konflikt mit Hilfe von technischen Schutzmaßnahmen (DRM) im Interesse der **Medienindustrie** zu lösen, wird nicht möglich sein, wenn dadurch die Privatkopie oder andere Schrankenregelungen ausgehebelt werden.<sup>520</sup> Ob die **Content-Flatrate** der richtige, zukunftsweisende Weg ist, bleibt abzuwarten.<sup>521</sup>

### 3. Freier Zugang zu den Medienprodukten

Der freie Zugang zu Medienprodukten ist im Kern mit der Informationsfreiheit nach Art 5 Abs 1 S 1 Halbs 2 GG vergleichbar. Die hier bezeichneten Medienprodukte sind Informationsquellen, die allgemein zugänglich sein müssen, dh, wenn der **Informationsträger** technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit Informationen zu verschaffen.<sup>522</sup> Die Allgemeinheit und nicht ein bestimmbarer Personenkreis ist von der **Informationsfreiheit** erfasst. Dies gilt vor allem für die Massenkommunikationsmittel wie Zeitung, Hörfunk, Fernsehen, Film uvm.<sup>523</sup> Was privat und an einzelne adressiert ist, fällt nicht unter das Grundrecht der Informationsfreiheit. Da die Informationsfreiheit Grundlage für die freie Meinungsbildung ist, wird die **Informationsbeschaffung, -aufbereitung und die -speicherung** unter den Bedingungen neuer Informations- und Kommunikationstechnologien immer bedeutender. Das Grundrecht auf freien Zugang von Informationen bedeutet nicht, dass ein Anspruch auf kostenlose Unterrichtung besteht.<sup>524</sup> Eine Zeitung ist als Medienprodukt eine Informationsquelle, die idR nur gegen ein Entgelt erwerbbar ist. Sie ist allgemein zugänglich. Hiervon ist die unentgeltliche oder entgeltliche Nutzung von geschützten immateriellen Gütern als Medienprodukten zu unterscheiden. Jedermann kann ein geschütztes Werk zum privaten Gebrauch vervielfältigen, ohne für diesen Vorgang etwas zu bezahlen. Damit der Vervielfältigungsvorgang erfolgen kann, ist ein entsprechendes Gerät, zB ein PC, erforderlich, das der Verbraucher gekauft hat. Hat ein Künstler sein Werk ins Internet zum unentgeltlichen Downloaden angeboten, ist auch dies möglich, soweit keine **kommerziellen Zwecke** des privaten Nutzers bestehen. Die verschiedenen Vergütungsmodelle im Zusammenhang mit der Nutzung von Medienprodukten sind dabei zu berücksichtigen. Ob bei der **Online-Nutzung** die Individual (DRM)- oder Pauschalvergütung der richtige Weg ist, wird die Zukunft zeigen. Hierbei werden aus der Sicht des Schutzes der Kreativen die **Verwertungsgesellschaften** bei der Online-Nutzung eine entscheidende Rolle spielen. Es wäre aber rechtspolitisch ein Irrweg, die Verwertungsgesellschaften mit wettbewerbsrechtlichen Monopolen

<sup>519</sup> Heinz 1 mwN.

<sup>520</sup> Heinz 29 f.

<sup>521</sup> Runge GRUR Int 2007, 130, 135.

<sup>522</sup> BVerfGE 33, 52, 65; BVerfGE 90, 27, 32.

<sup>523</sup> BVerfGE 90, 27, 32.

<sup>524</sup> BVerfGE 29, 214, 218.

zu vergleichen und die Harmonisierung des Rechts derselben in der EU nur unter dem Aspekt der Musik zu betrachten.<sup>525</sup> Die Veränderungen, die durch die Informations- und Kommunikationstechnologie entstanden sind, haben Auswirkungen auf das Recht. Es zeigt, wie verkrustet **Rechtsstrukturen** sein können, wenn nicht das Recht und dessen **Gesetzgeber** auf die neuen technischen Herausforderungen reagiert. Natürlich werden die **Produktions-, Zirkulations-, Distributions- und Konsumtionsverhältnisse** durch die Informations- und Kommunikationstechnologie verändert, aber sie sind nur Hilfsmittel, Mittel zum Zweck, aber nicht Zweck und Ziel selbst. Sie mögen die Speicherung, Strukturierung und Vermittlung von Informationen erleichtern, beschleunigen und potenzieren, aber ohne menschliche Vernunft und Sinnzuweisung bleiben sie tot, dumm und bedeutungslos.<sup>526</sup> Da das **Recht** selbst eine Fülle von Informationen enthält und Teil der geistigen Produktion ist, sind dessen Ziele zu formulieren, um den neuen Herausforderungen der technologischen Revolution Rechnung tragen zu können.

- 141** Das Recht als Steuerungs- und Gestaltungsinstrument muss deshalb das Verhalten der Menschen regeln, dh das Verhalten der Betroffenen in Bezug auf Medienprodukte. Das ist keine technische, sondern **rechtspolitische Aufgabe des Gesetzgebers**.
- 142** Die **Produktion von Recht** als bestimmtes Gebiet innerhalb der geistigen Produktion hat in jeder Epoche ein kulturelles, soziales, wissenschaftliches und ökonomisches **Informationsmaterial** zur Verfügung, das von seinen Vorgängern überliefert wurde und wovon auszugehen ist. Die Technik schafft nichts a novo, sie bestimmt aber die Art und Weise der Produktion, Distribution, Zirkulation und Konsumtion der Medienprodukte.

#### 4. Harmonisierung des nationalen Rechts der Medien

- 143** Recht der Medien meint eine **prozessbezogene Einwirkung** auf das Verhalten der Beteiligten im Umgang mit immateriellen Gütern als Medienprodukte. Ein Bildnis kann zB für die Werbung **wettbewerbs-, persönlichkeits-, urheber- und markenrechtlich** relevant sein. Die geltenden Gesetze, die direkt oder indirekt auf Medienprodukte hinweisen, dienen unterschiedlichen Zwecken und sind **im öffentlichen Recht und Privatrecht** angesiedelt. In dem Maße, wie sich die verschiedenen Medien (zB Rundfunk und Presse) durch die technologische Entwicklung angleichen, wird es immer dringender, einen übergreifenden Ordnungsrahmen der Regulierung zu schaffen.<sup>527</sup>
- 144** Dabei erweist sich der Föderalismus in Deutschland teilweise als Hemmschuh. So wäre es angebracht, die **16 Pressegesetze und Mediengesetze der Länder** zu harmonisieren und ein bundesdeutsches Mediengesetz mit den entsprechenden Grundsätzen zu gestalten. Dort, wo einheitliche Rechtsinstitute in verschiedenen Gesetzen vorhanden sind, ergibt sich zwangsläufig das Bedürfnis nach einer nationalen **Harmonisierung des Rechts**, wie dies bereits mit den Mediengesetzen im Saarland und in Rheinland-Pfalz geschehen ist.<sup>528</sup> Mit dem Mediengesetz in Österreich wird ebenfalls der Versuch einer Harmonisierung wichtiger medienrechtlicher Tatbestände unternommen, die als Vorbild nicht nur für das Presserecht gelten könnten.<sup>529</sup>

<sup>525</sup> Berechtigte Kritik an der Empfehlung über die kollektive Verwertung von Online-Rechten der Musik vom 18.10.2005; Hilty/Geiger/Drexler 369.

<sup>526</sup> Delp/Kübler 328; Büscher/Dittmer/Schiwy/Schiwy 2. Teil, 1 Kap Rn 1.

<sup>527</sup> Mückl JZ 2007, 1083.

<sup>528</sup> Mückl JZ 2007, 1084.

<sup>529</sup> Zöchbauer Mediengesetz IX.

145

In diese Richtung ist auch das **Telemediengesetz** vom 26.2.2007<sup>530</sup> zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste zu bewerten,<sup>531</sup> wobei vor allem die Verantwortlichkeitsregeln und die Auskunftspflicht praktische Probleme bereiten werden, weil häufig die Plattform-Betreiber nicht in Deutschland ansässig sind.<sup>532</sup> Ebenso unterliegen die Unterlassungsansprüche der Forenbetreiber wegen ehrverletzender Beiträge nicht dem Haftungsprivileg des TMG.<sup>533</sup> Bund und Länder haben sich auf die Eckpunkte der neuen Medienordnung geeinigt und in Umsetzung der **E-Commerce-Richtlinie** ein weites Feld der Abruf- und Verteildienste – elektronisch – geschaffen.<sup>534</sup> Aufgrund der notwendigen Anpassungen an das Telemediengesetz musste auch der Rundfunkstaatsvertrag geändert werden, der in seiner neuen Fassung am 1.3.2007 in Kraft getreten ist. Gleichzeitig ist der Mediendienstestaatsvertrag aufgehoben worden.

146

Als problematisch erweist sich das **duale Rundfunksystem** zwischen privaten Medienunternehmen und öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.<sup>535</sup> Während der Gesetzgeber für den privaten Rundfunk im Wesentlichen auf Marktprozesse vertraut, werden für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk besondere normative Anforderungen an das Programmangebot gestellt. Die **klassische Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks** beinhaltet die Sicherstellung der **Grundversorgung**, wonach der öffentlich-rechtliche Rundfunk für die Gesamtheit der Bevölkerung Programme anbietet, die sie umfassend und in voller Breite informiert und die Meinungsvielfalt in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise sichert.<sup>536</sup> Damit diese Funktion durchgesetzt werden kann, muss der Gesetzgeber für eine angemessene finanzielle Ausstattung sorgen. Mit Wirkung zum 1.1.2007 ist die Pflicht zur Zahlung einer Rundfunkgebühr auch für internetfähige Computer und Mobiltelefone in § 1 Abs 1 RGebStV geregelt worden.<sup>537</sup> Ob die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks weitgehend vom Markt abgekoppelt werden kann, um die Vielfalt des Programms unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen zu sichern,<sup>538</sup> ist ernsthaft zu bezweifeln.<sup>539</sup> Die Kommerzialisierung der Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist nicht aufzuhalten. Die **Finanzierung** des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch Werbeeinnahmen spiegelt diesen Prozess wider.<sup>540</sup> Die **Aufhebung der Werbefreiheit** im öffentlich-rechtlichen Rundfunk wäre ein Weg gegen die Kommerzialisierung der Programmgestaltung und ein Vorteil für deren Unabhängigkeit.

147

Ein weiterer Schritt zur Beseitigung von **Markthindernissen** ist die Harmonisierung des Rechts der Medien durch die Richtlinienpolitik der EG, um einen reibungslosen Zugang von Medienprodukten und deren Nutzung sowie die Meinungsvielfalt gegen eine vorherrschende Meinungsmacht zu gewährleisten.<sup>541</sup> Dazu gehören auch die wettbewerbs- und kartellrechtlichen Schutzmechanismen auf dem **Telekommunikations- und Medienmarkt**.<sup>542</sup>

<sup>530</sup> BGBl I S 179.

<sup>531</sup> *Mücl* JZ 2007, 1084.

<sup>532</sup> Krit Einschätzung des TMG von *Hoeren* NJW 2007, 805; *Spindler* CR 2007, 239; *Fühlbier* CR 2007, 515.

<sup>533</sup> BGH ZUM 2007, 533, 534; siehe auch die Anmerkung von *Schmelz* zu der Entscheidung des BGH ZUM 2007, 535 f.

<sup>534</sup> *Bender/Kablen* MMR 2006, 590.

<sup>535</sup> *Jacobs/Papier/Schuster/Kunig* 195; BVerfG ZUM-RD 2008, 281, 287.

<sup>536</sup> BVerfG ZUM-RD 2008, 281, 287; BVerfGE 74, 297, 325.

<sup>537</sup> Best durch das BVerfG ZUM 2007, 712, 722; BVerfG ZUM 2008, 592.

<sup>538</sup> BVerfG ZUM 2007, 712, 722.

<sup>539</sup> *Ory* AfP 2007, 401, 406.

<sup>540</sup> So kann das ZDF seine Ausgaben neben der Fernsehgebühr auch durch Erträge aus der Werbung decken; siehe § 29 ZDF-StV.

<sup>541</sup> *Noske* ZRP 2007, 65.

<sup>542</sup> *Bretschneider* WRP 2008, 761, 763.



## Kapitel 2

### Die Entwicklung des Medienrechts als Disziplin

#### Literatur

*Bamberger* Einführung in das Medienrecht, Darmstadt 1986; *von Bar* Verkehrspflichten – Richtliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Köln 1980; *Beater* Medienrecht als eigenständiges Rechtsgebiet JZ 2005, 822; *Beckmann/Hoppe* Grundfragen des Umweltrechts JuS 1978, 425; *Beucher/Leyendecker/von Rosenberg* Mediengesetze, München 1999; *Berlit/Meyer/Paschke* Hamburger Kommentar zum gesamten Medienrecht, Baden-Baden 2008; *Branahl* Medienrecht: Eine Einführung, 5. Aufl Wiesbaden 2006; *Canaris* Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl Berlin 1983; *Castendyk/Dommering/Scheuer* European Media Law, Kluwer Law International 2008 (im Erscheinen) (zit Castendyk/Dommering/Scheuer/Bearbeiter); *Dörr* Medienrecht GRUR 2002, 141; *Dörr/Schwartmann* Medienrecht, Köln 2006; *Dreier/Badura* (Hrsg) Festschrift für das Bundesverfassungsgericht, Bd 2 – Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen 2001 (zit Dreier/Badura/Bearbeiter); *Engels* Der Trennungsgrundsatz in der dualen Rundfunkordnung. Rechtlicher Gehalt und tatsächliche Durchsetzung durch die Landesmedienanstalten RuF 1997, 214; *Europäische Kommission* Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen, Brüssel 1997; *Faulstich* Medientheorien: Einführung und Überblick, Göttingen 1991; *Flume* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl Berlin 1992; *Fuhr/Rudolf/Wasserburg* Recht der neuen Medien, Heidelberg 1989; *Géczy-Sparwasser* Die Gesetzgebungsgeschichte des Internet, Berlin 2003; *Gounalakis* Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden? Gutachten C für den 64. Deutschen Juristentag, München 2002; *Gounalakis* Regulierung von Presse, Rundfunk und elektronischen Diensten in der künftigen Medienordnung ZUM 2003, 180; *Grampp/Seifert* Die Ordnungen der Medientheorien, Eine Einführung in die Einführungsliteratur, in [www.literaturkritik.de](http://www.literaturkritik.de) ([literaturkritik.de/public/rezension.php?rez\\_id=7502&ausgabe=200410](http://literaturkritik.de/public/rezension.php?rez_id=7502&ausgabe=200410), zuletzt abgefragt am 20. Mai 2008); *Hahn/Vesting* (Hrsg) Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, München 2003; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* Rundfunkstaatsvertrag – Loseblattsammlung, 31. Aktualisierung, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin Stand September 2007; *Hesse* Rundfunkrecht, 3. Aufl München 2003; *Hoffmann-Riem* Kommunikationsfreiheiten, Baden-Baden/Hamburg 2002; *Holznagel* Konvergenz der Medien – Herausforderungen an das Recht NJW 2002, 2351; *Knothe* Konvergenz und Medien aus nationaler Sicht K&R 1998, 95; *Koch/Rüßmann* Juristische Begründungslehre, München 1982; *Kötz/Wagner* Deliktsrecht, 10. Aufl München 2006; *Larenz/Canaris* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl Berlin, Heidelberg 1995; *Lecheler* Einführung in das Medienrecht JURA 1998, 225; *Luhmann* Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1974; *von Olenhusen* Handbuch des Medienrechts. Versorgungsrecht einschließlich Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG), Freiburg 1988; *Paschke* Medienrecht – Disziplinbildende Sinn-einheit übergreifender Rechtsgrundsätze oder Chimäre? ZUM 1990, 209; *Paschke* Medienrecht, 2. Aufl Berlin, Heidelberg, New York 2007; *Peters* Die publizistische Sorgfalt NJW 1997, 1334; *Platho* Werbung, nichts als Werbung und wo bleibt der Trennungsgrundsatz? ZUM 2000, 46; *Radlsbeck* Online-Magazine – rechtliche Würdigung von journalistisch redaktionell gestalteten Abrufdiensten, Berlin 2004; *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 5. Aufl München 2006; *Rehbock* Medien- und Presserecht, München 2005; *Reinemann* DVB-H, DMB und die interaktive Fernbedienung – Ist der Rundfunkbegriff den neusten technischen Entwicklungen gewachsen? ZUM 2006, 523; *Rossen-Stadtfeld* Medienaufsicht unter Konvergenzbedingungen ZUM 2000, 36; *Rüthers* Rechtstheorie, München 1999; *Ruijsenaars* Zur Vermarktung der Titel mit Fernsehprogrammen

ZUM 1993, 353; *Schiwy/Schütz/Dörr* (Hrsg) *Medienrecht: Lexikon für Praxis und Wissenschaft*, 4. Aufl Köln 2006; *Schoch* *Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?* JZ 2002, 798; *Stammler* *Paradigmenwechsel im Medienrecht* ZUM 1995, 104; *Steiger* *Umweltrecht – Ein eigenständiges Rechtsgebiet?* AöR 117, 100; *Tilch* (Hrsg) *Münchener Rechtslexikon*; 2. Aufl München 1992 (zit *Tilch/Bearbeiter*); *Umbach/Clemens* (Hrsg) *Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Bd I, Heidelberg 2002; *Waldenberger/Hoß* *Das Recht der elektronischen Presse* AfP 2000, 237; *von Welser* *Anmerkung zum EuGH Urteil Peek & Cloppenburg vs Casina* GRUR Int 2008, 596.

|  |     | Übersicht |   |      |
|--|-----|-----------|---|------|
| § 1 Die Entwicklung des Medienrechts           | Rn  |           | § 2 Das Medienrecht als eigenständiges Rechtsgebiet           | Rn   |
| § 1 Die Entwicklung des Medienrechts . . . . . | 1–2 |           | § 2 Das Medienrecht als eigenständiges Rechtsgebiet . . . . . | 3–20 |

## § 1 Die Entwicklung des Medienrechts

1 Anfang der 80er Jahre gab es noch kein Medienrecht. Es gab das Rundfunkrecht, das Presserecht, das Äußerungsrecht, das Filmrecht, aber keinen gemeinsamen Oberbegriff.<sup>1</sup> Es war die Zeit, als es nur drei TV-Programme gab, eine vergleichsweise überschaubare überregionale Presselandschaft und weder Internet noch Mobiltelefone mit Internetzugang und Rundfunkempfangsmöglichkeit. Dies sollte sich bald ändern. Mitte der 80er Jahre, etwa zu der Zeit als privates Fernsehen in Deutschland – im Rahmen der neugeschaffenen dogmatischen Figur des „dualen Rundfunksystems“<sup>2</sup> – zugelassen wurde, setzte sich auch der Begriff „Medienrecht“ auf breiter Front durch: Er findet Erwähnung in den allgemeinen Rechtslexika, wird Gegenstand einführender Lehrbücher und praxisorientierter Handbücher.<sup>3</sup> Die Zeitschrift, die 28 Jahrgänge „Film und Recht“ hieß, firmierte 1985 um in „Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht“, das ehrwürdige „Archiv für Presse-recht“ trägt seit 1995 den Untertitel „Zeitschrift für das gesamte Medienrecht“. Seitdem hat das Medienrecht eine fast inflationäre Entwicklung genommen. Es sind inzwischen sechs Lehrbücher auf dem Markt, die den Titel „Medienrecht“ tragen.<sup>4</sup> Weitere Zeitschriften wie MultiMediaRecht und Kommunikation & Recht sind hinzugekommen. Gab es Ende der 80er Jahre noch keinen einzigen Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, sind heute bereits vier auf dem Markt.<sup>5</sup> Die Zahl der einschlägigen Schriftenreihen hat sich verzehnfacht,<sup>6</sup> der Output an Promotionen ist selbst für Fachleute kaum

<sup>1</sup> Tilch/Wenzel Stichwort „Medienrecht“.

<sup>2</sup> Hesse Kap 4 Rn 1 ff; Kap 5 Rn 1 ff.

<sup>3</sup> Vgl zB von Olenhusen; Fuhr/Rudolf/Wasserburg.

<sup>4</sup> *Beater* *Medienrecht*; *Branahl* *Medienrecht: Eine Einführung*; *Dörr/Schwartzmann* *Medienrecht*; *Fechner* *Medienrecht*; *Paschke* *Medienrecht*; *Petersen* *Medienrecht*; *Rehbock* *Medien- und Presserecht*.

<sup>5</sup> *Berlit/Meyer/Paschke*; *Beucher/Leyendecker/von Rosenberg*; *Hahn/Vesting*; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*.

<sup>6</sup> zB Schriftenreihe des Archivs für Urheber- und Medienrecht (UFITA), Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR), Schriftenreihe Information und Recht, Schriftenreihe zum Kommunikations- und Medienrecht, Schriftenreihe Medienrecht, Medienproduktion und Medienökonomie, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Schriftenreihe Kommunikation und Recht uvm.

noch zu überblicken. Ein ähnlich exponentielles Wachstum kann man übrigens bei den Medienwissenschaften konstatieren. Bereits 1991 beginnt *Faulstich* seinen Einführungsband „Medientheorien“ mit den Worten: „Es scheint an der Zeit, das immer größer gewordene und mittlerweile kaum noch übersichtliche Feld programmatisch-theoretischer Beiträge zum Bereich Medien zu sichern und zu ordnen.“<sup>7</sup> Fast zwei Dekaden später ist das medientheoretische Feld noch einmal wesentlich größer und unübersichtlicher geworden als 1991 – so groß, dass es inzwischen schon „Einführungen in die Einführungsliteratur“ gibt.<sup>8</sup>

Auch vor der Aus- und Weiterbildung hat die Karriere des Medienrechts nicht haltgemacht. Seit einigen Jahren gibt es, wie ua an den Universitäten Mainz, Münster, Potsdam einen Schwerpunktbereich „Medienrecht“ im Studium der Rechtswissenschaften. Zudem werden LL. M.-Studiengänge für Postgraduierte eingeführt, wie etwa der Studiengang Medienrecht in Mainz. In allerjüngster Zeit wurde durch die Bundesrechtsanwaltskammer ein Fachanwalt für Medien- und Urheberrecht eingeführt; der erste Jahrgang hat Ende 2007 die dafür erforderlichen Prüfungen absolviert und darf den entsprechenden Fachanwaltstitel tragen. Zeitlich etwas später als das deutsche, aber ebenso rasant, entwickelt sich das Medienrecht in der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten.<sup>9</sup> Nur die frühere Zersplitterung der Zuständigkeiten innerhalb der Kommission hat den Blick auf die Tatsache verdunkelt, dass es auch auf europäischer Ebene ein mehr und mehr zusammenwachsendes Medienrecht gibt.<sup>10</sup>

## § 2

### Das Medienrecht als eigenständiges Rechtsgebiet

Auch wenn sich die Bezeichnung „Medienrecht“ inzwischen durchgesetzt hat, bleibt die Frage offen, ob hinter diesem Begriff ein eigenständiges Rechtsgebiet steht. Dies wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt.

Die Auffassung, wonach das Medienrecht eine eigenständige Disziplin ist, wurde erstmals von *Paschke* entwickelt.<sup>11</sup> Als gemeinsamen und systematischen Bezugspunkt des Medienrechts sieht er die Massenkommunikation. Die Massenmedien erfüllten eine öffentliche Aufgabe und hätten laut BVerfG eine „schlechthin konstituierende Bedeutung für die freiheitlich demokratische Staatsordnung“. Medienrecht sei das „Sonderrecht der Massenkommunikation“ und es enthalte übereinstimmende Rechtsgrundsätze, die das Rechtsgebiet „Medienrecht“ verbinden würden.<sup>12</sup> In ähnliche Richtung geht *Beater*, der das Medienrecht als „Sonderunternehmensrecht der Massenmedien“ ansieht.<sup>13</sup> Er stützt sich darauf, dass an Medienunternehmen besondere Anforderungen gestellt würden, zB bei Sorgfalts- und Recherchepflichten, aber auch Privilegien verteilt würden, etwa im Bereich der Informationszugangsrechte.<sup>14</sup> Die Medien hätten bestimmte Funktionen in

<sup>7</sup> *Faulstich* 1.

<sup>8</sup> *Grampp/Seifert*.

<sup>9</sup> Vgl. Castendyk/Dommering/Scheuer/Dommering Introduction 1 ff.

<sup>10</sup> Ein Großteil der zur Ordnung des Medienrechts erforderlichen Kompetenzen ist in der Kommission seit 2004 bei der Kommissarin *Viviane Reding* gebündelt, die für „Informa-

tionsgesellschaft und Medien“ zuständig ist.

<sup>11</sup> *Paschke* ZUM 1990, 209 ff und später in der ersten Aufl seines Lehrbuchs zum Medienrecht aus dem Jahr 1993.

<sup>12</sup> *Paschke* Rn 15 f.

<sup>13</sup> *Beater* JZ 2005, 822; *Beater* Rn 8.

<sup>14</sup> *Beater* JZ 2005, 822, 823 f.

der Massengesellschaft, zB im politischen Diskurs, die durch das Medienrecht reguliert und abgesichert werden müssten.<sup>15</sup> In ähnliche Richtung geht auch *Stammler*, der einen Paradigmenwechsel im Medienrecht fordert – vom Presse- und Rundfunkrecht hin zum allgemeinen Kommunikationsrecht.<sup>16</sup>

- 5 Nach der Gegenauffassung erschöpft sich das Medienrecht in einer „bloßen Ansammlung von unterschiedlichen Normen“ mit einem Bezug zu den Massenmedien.<sup>17</sup> „Medienrecht“ wird definiert als die Summe der Rechtsvorschriften, die sich mit „Medien“ befassen, vom Strafrecht bis zum Arbeitsrecht.<sup>18</sup> Das Medienrecht befasse sich mit einem „Konglomerat von einzelnen Rechtsnormen“ und Lebenssachverhalten.<sup>19</sup> Es sei ein Querschnittsbereich, wie das Steuerrecht oder das Autorecht.<sup>20</sup> Mit anderen Worten könnte man diese Meinungsströmung zusammenfassen wie folgt: Der einzige Zusammenhang, den das Medienrecht aufweist, ist der, dass es sich um Rechtsnormen handelt, mit denen sich ein in den Medien arbeitender Rechtsanwalt bzw Justiziar regelmäßig beschäftigen muss.
- 6 Wie *Beater* zu Recht anmerkt,<sup>21</sup> wird die Gegenauffassung häufig beiläufig vertreten; Gründe für die Auffassung vom Medienrecht als „Sammelsurium“ von in der Medienpraxis bedeutsamen Vorschriften und ihrer Interpretation werden kaum genannt. Die lobenswerte Ausnahme von dieser Regel ist *Petersen*, der dieser Fragestellung immerhin das erste Kapitel seines Lehrbuchs widmet.<sup>22</sup>
- 7 Zunächst macht er – zu Recht – darauf aufmerksam, dass ein Medienbezug im Sachverhalt noch nicht bedeutet, dass es sich um ein medienrechtliches Rechtsproblem handelt.<sup>23</sup> So lasse sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einer Internetauktion ein Vertrag zustande komme, mit dem BGB und den allgemeinen Lehren und Prinzipien der Rechtsgeschäftslehre lösen. Es gehe nicht um medienpezifische oder gar medienrechtliche Probleme. Ähnliches gelte für Fernabsatzgeschäfte. Die besondere Regelung in § 312d Abs 1 BGB diene dem Verbraucherschutz; dieses Ziel sei kein genuin medienrechtliches Rechtsschutzziel. *Petersen* ist an dieser Stelle durchaus zuzustimmen. In der Tat verbirgt sich nicht in jeder medialen Verkleidung ein medienrechtliches Rechtsproblem. Seine prägnant formulierte Aussage, wonach jedes Medium neue Rechtsprobleme hervorbringe, die allerdings nicht notwendigerweise medienrechtliche sein müssten, trifft den Kern. Fraglich ist allerdings, ob diese Erkenntnis ein Argument gegen die Existenz des Medienrechts als einem eigenständigen Rechtsgebiet liefert. Mir scheint es eher ein Argument für die andere Position zu sein. Gerade die Meinung, die Medienrecht auf alles ausweitet, was den Medienjuristen interessieren muss, gerät in Gefahr, jede Vorschrift und jede Gerichtsentscheidung mit Medienbezug dem Corpus Iuris des Medienrechts zuzuordnen. Gerade die Befürworter eines „Medienrechts als Disziplin“ beschränken das Medienrecht auf bestimmte Aspekte der Regulierung von Massenmedien und sind daher in ihrem Ansatz selektiver.
- 8 *Petersens* zweite Argumentationslinie geht tiefer und trifft auch aus meiner Sicht den entscheidenden Punkt: Medienrecht als eigenständige Rechtsmaterie setzt aus seiner Sicht voraus, dass es mehr als nur eine „lebensweltliche Erscheinung“ ist.<sup>24</sup> In seiner Kritik

<sup>15</sup> *Beater* JZ 2005, 822, 826 f.

<sup>16</sup> *Stammler* ZUM 1995, 104, 114.

<sup>17</sup> *Petersen* 2. Aufl Rn 11, 14 f; *Dörr* GRUR 2002, 141 ff; *Lecheler* JURA 1998, 225; *Fechner* Rn 5; *Branabl* 13 f; *Bamberger* 23; *Schiwy/Schütz/Dörr* 309.

<sup>18</sup> *Lecheler* JURA 1998, 225.

<sup>19</sup> *Petersen* Rn 14.

<sup>20</sup> *Petersen* 2. Aufl Rn 2, 11.

<sup>21</sup> *Beater* JZ 2005, 822, 823.

<sup>22</sup> Etwas ausführlicher und pointierter noch in der 2. Aufl, die deshalb im Folgenden neben der aktuellen 3. Aufl zitiert wird.

<sup>23</sup> *Petersen* Rn 2–4.

<sup>24</sup> *Petersen* 2. Aufl Rn 16.

stützt er sich auf den Systembegriff von *Canaris*.<sup>25</sup> Danach ist ein eigenständiges Rechtsgebiet gekennzeichnet durch Grundprinzipien, wie das der Privatautonomie im Zivilrecht, den Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes im Öffentlichen Recht oder das Schuldprinzip im Strafrecht.<sup>26</sup> Durch ein mit derartigen Prinzipien geknüpftes „System konsistenter Binnenverweisungen“ ließen sich „weiterführende Aussagen über nicht unmittelbar gesetzlich geregelte Fragen“ treffen. Es ließen sich im Medienrecht, so lautet sein Argument, allenfalls (Leit-)Gesichtspunkte verallgemeinern, „Grundprinzipien des Medienrechts mit gleichsam universeller Geltung“ gebe es jedoch nicht.<sup>27</sup>

Zuzustimmen ist *Petersen* in seinem Grundansatz: Zu den Bedingungen, die erfüllt sein müssen, um vom Medienrecht als einem eigenständigen Rechtsgebiet sprechen zu können, gehören in der Tat Grundprinzipien, die Wertungswidersprüche deutlich machen und helfen, Lücken im Recht durch systematische Rechtsfortbildung zu schließen. Hier ist allerdings der Unterschied zur Gegenauffassung gar nicht so groß, denn auch diese verlangt – allerdings methodologisch etwas weniger scharf – gemeinsame „Rechtsgrundsätze“<sup>28</sup> oder besondere „Maßstäbe“ für die Medien.<sup>29</sup> Obwohl der methodologische Ansatz von *Petersen* richtig ist, möchte ich ihm aus drei Gründen im Ergebnis nicht zustimmen. **9**

Der erste Grund besteht darin, dass *Petersen* die Latte zu hoch legt. Wenn er Grundprinzipien des Medienrechts von gleichsam universeller Geltung fordert, verlangt er mehr als *Canaris*, auf dessen Systembegriff er sich stützt. In einer scharfsinnigen Analyse zeigt dieser auf, dass Prinzipien im Gegensatz zu Axiomen zueinander in Widerspruch stehen können. Prinzipien würden keinen Anspruch auf ausschließliche Geltung erheben, sondern ergänzten und beschränkten sich gegenseitig.<sup>30</sup> Die vielen Beispiele, die *Canaris* heranzieht, untermauern darüber hinaus seine Auffassung, dass es im Zivilrecht eine Vielzahl von Prinzipien gibt, die einen nur begrenzten Anwendungsbereich aufweisen, etwa nur relevant sind für das Sachenrecht oder die Rechtsgeschäftslehre. Universell geltende Rechtsprinzipien, zu welchen man vielleicht noch die Privatautonomie zählen mag, sind selbst im Zivilrecht selten. Und auch sie sind, wie bereits ausgeführt, nicht universell in dem Sinne, dass sie nicht „in wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung“<sup>31</sup> mit anderen Prinzipien und einzelgesetzlichen Wertungen konkurrieren müssten. Im Ergebnis kann daher auch von Grundprinzipien im Medienrecht keine universelle Geltung gefordert werden. **10**

Der zweite Grund liegt in der Tatsache, dass Grundprinzipien des Medienrechts existieren. Ein bekanntes Beispiel ist das Gebot der Neutralität der Medien im Wettbewerb und das Beeinflussungsverbot. Hier sprechen auch Kommentarliteratur und Rechtsprechung von einem solchen Grundsatz; so führt zB der BGH in der „Guldenburg“-Entscheidung<sup>32</sup> aus: **11**

„(...) besteht beim Merchandising in einem weiteren Umfang eine nicht zu vernachlässigende Gefahr der Kollision mit tragenden Grundsätzen des Medienrechts, nämlich mit den Geboten der Neutralität im Wettbewerb und der Bewahrung der Unabhängigkeit der Programmgestaltung sowie der Abwehr sachfremder Einflüsse Dritter auf diese. (...)“

<sup>25</sup> *Petersen* Rn 13 verweist auf *Canaris* passim; ausführlicher dazu noch die 2. Aufl Rn 14.

<sup>26</sup> *Petersen* 2. Aufl Rn 13.

<sup>27</sup> *Petersen* 2. Aufl Rn 13.

<sup>28</sup> *Paschke* ZUM 1990, 209, 212.

<sup>29</sup> *Beater* JZ 2005, 822, 828.

<sup>30</sup> *Canaris* 52 f.

<sup>31</sup> *Canaris* 52 f.

<sup>32</sup> BGH ZUM 1993, 363 Rn 34–37, bestätigt durch BVerfG ZUM 1999, 71 ff; zur Literatur vgl statt vieler und mwN *Ruijsenaars* ZUM 1993, 353 ff.

- 12** Die beiden genannten Prinzipien haben – teilweise im Zusammenwirken mit dem dritten tragenden Grundsatz des Medienwerbberichts, dem Trennungsprinzip – in einer Vielzahl von Fällen eine wichtige Rolle gespielt.<sup>33</sup> Die Erkenntnis derartiger Prinzipien bzw. tragender Grundsätze hilft darüber hinaus, die Normen des positiven Rechts, ihre *ratio legis* und ihre Funktion im Gesamtzusammenhang besser zu verstehen.<sup>34</sup> Ähnlich wie das Prinzip der Privatautonomie haben Prinzipien wie das Beeinflussungsverbot eine verfassungsrechtliche Grundlage. Ein Teil der dogmatischen Aufgabe besteht deswegen auch darin, diesen Zusammenhang – beim Beeinflussungsverbot zB den Zusammenhang mit der Medienfreiheit und Medienautonomie in Art 5 Abs 1 S 2 GG – näher zu erforschen und differenziert darzustellen.
- 13** Ähnlich wie im Deliktsrecht die Figur der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ eine zentrale Rolle spielt,<sup>35</sup> hat sich die „publizistische Sorgfalt (...) in den vergangenen drei Jahrzehnten zu einem der zentralen Begriffe des Medienrechts entwickelt.“<sup>36</sup> Die publizistische Sorgfalt beschreibt Anforderungen, die an die Massenmedien gestellt werden, und zwar in verschiedenen Ausprägungen, etwa bei der Recherche, der Verdachtsberichterstattung, der Zitatreue, der Verantwortung für die Meinungsäußerungen Dritter (zB bei Anzeigen, Leserbriefen, Live-Interviews im Fernsehen, Chatrooms) uva mehr. Wie das Beeinflussungsverbot ist auch die publizistische Sorgfalt ein intensiv vom Verfassungsrecht geprägter Begriff.<sup>37</sup>
- 14** Wie anfangs beschrieben, ist das Medienrecht ein noch vergleichsweise junges Rechtsgebiet.<sup>38</sup> Es ist deshalb wenig erstaunlich, dass die dogmatische Durchdringung des Rechtsgebiets noch am Anfang steht. Damit komme ich zu meinem dritten Grund für ein Medienrecht als eigenständige Disziplin: Die Frage, ob das Medienrecht ein eigenständiges Rechtsgebiet ist, lässt sich nur perspektivisch beantworten und nicht auf der Basis des dogmatischen Status Quo. „Medienrecht als Disziplin“ ist – zum heutigen Zeitpunkt – weniger eine Beschreibung des gegenwärtigen Zustands, als viel mehr eine Aufforderung an die Rechtswissenschaft, die dogmatische Kärnerarbeit zu leisten, an deren Ende weitere oder zumindest besser verstandene Grundprinzipien des Medienrechts stehen. Mit anderen Worten: Die Arbeit an einer Dogmatik des Medienrechts aufzugeben, bevor man sie angefangen hat, erinnert an den Fuchs, dem die Trauben zu hoch hängen und der sie deshalb als sauer bezeichnet.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> BGH ZUM 1990, 291 ff – Werbung im Programm; BGH ZUM 1993, 92 ff – Ereignis Sponsorwerbung; OLG Frankfurt aM WRP 1994, 115 ff, OLG Koblenz ZUM 2001, 800 ff – ZDF-Medienpark; OLG Stuttgart WRP 1992, 513 ff.

<sup>34</sup> Ausf zu Bedeutung und Funktion von Trennungsprinzip, Beeinflussungsverbot und dem Gebot der Neutralität im Wettbewerb unten Teil 3 Kap 3 (Rundfunkwerberrecht) Rn 31 ff; *Platho* ZUM 2000, 46 ff; *Engels* RuF 1997, 214 ff.

<sup>35</sup> *von Bar*; *Kötz/Wagner* Rn 123 ff, 168 ff.

<sup>36</sup> *Peters* NJW 1997, 1334 ff.

<sup>37</sup> *Beater* Rn 1157 ff; BVerfG NJW 1980, 2072 – Böll.

<sup>38</sup> Zur Geschichte des Medienrechts instruktiv *Schwuy/Schütz/Dörr* 317.

<sup>39</sup> Es bedarf keiner näheren Begründung, dass auch ein dogmatisch durchgearbeitetes Rechtsgebiet „Medienrecht“ nicht „selbstständig neben dem Zivil- oder Öffentlichem Recht stehen könnte“ (vgl. *Petersen* Rn 11 und *Fechner* Rn 5). Auch mit einem solchen Postulat würde man die Anforderungen an das „Medienrecht als Disziplin“ überspannen. Es reicht völlig aus, wenn man realistische Ziele verfolgt, etwa vergleichbar einem Rechtsgebiet wie dem Umweltrecht, vgl. *Steiger* AöR 117, 110 ff; *Hoppe/Beckmann* JuS 1989, 425 ff, die der Frage nachgehen, ob und inwieweit das Umweltrecht eine eigene, von anderen unterschiedene, auf bestimmten Prinzipien, Strukturen und Institutionen eigener Art beruhende Rechtsmaterie ist.

In diesem Kontext ist daran zu erinnern, welche Funktion die Dogmatik in einem Rechtssystem einnimmt:<sup>40</sup> (1.) Sie ordnet den umfangreichen und oft unübersichtlichen Rechtsstoff. Erst durch sie wird das Recht lehr- und lernbar, erst durch sie sieht man gleichsam den Wald und nicht nur die Bäume. (2.) Sie reduziert die Anzahl theoretisch möglicher Lösungsansätze auf überschaubare Lösungsmuster und dient damit der Rechtssicherheit. (3.) Dogmatik führt zu mehr Gerechtigkeit, indem sie auf Widersprüche innerhalb des Gesetzesrechts bzw seiner Auslegung hinweist. (4.) Damit ermöglicht und begrenzt sie gleichzeitig die Rechtsfortbildung – nicht nur die des Richters, sondern auch die des Gesetzgebers.<sup>41</sup> **15**

Rechtsfortbildung wurde im Medienrecht bisher überwiegend von den Gerichten angestoßen. Eine der berühmtesten Rechtsfortbildungen im deutschen Recht überhaupt, die Entwicklung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>42</sup>, gehört zumindest auch zum medienrechtlichen Kanon. Von ähnlich fundamentaler dogmatischer Bedeutung ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rundfunkfreiheit als „funktionalem Grundrecht“<sup>43</sup>. Die Rechtswissenschaft hat sich bis heute damit begnügt, die Rechtsprechung nachzuzeichnen und dogmatisch zu verfeinern. Eigene Ansätze, die später von der Rechtsprechung übernommen wurden, sind im Medienrecht bisher die Ausnahme geblieben. Dies muss jedoch nicht so bleiben. **16**

Ein mögliches medienrechtswissenschaftliches Forschungsprogramm zu skizzieren, würde an dieser Stelle zu weit führen, weshalb hier nur einige Beispiele angefügt werden können: Genannt werden kann hier zunächst das erwähnte Trennungsprinzip, dessen Interpretation und Reichweite nicht nur von großer Relevanz ist für die Auslegung bestehender Regelungen, zB zum Sponsoring, zur redaktionellen Werbung und zum Product Placement, sondern auch für die des kommenden Rechts, zB zur eingeschränkten Zulässigkeit des Product Placement gem Art 3g der AVMDR,<sup>44</sup> der Nachfolgerin der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“.<sup>45</sup> Trennungsprinzip und Beeinflussungsverbot sind zentrale Prinzipien im Bereich des Medienwerberechts; ihr richtiges Verständnis definiert die zukünftige Autonomie der Medien gegenüber der ständig wachsenden ökonomischen Sphäre. **17**

Ein weiteres Beispiel für ein zentrales Konzept des Medienrechts, welches näher erforscht werden könnte, ist das des Öffentlichkeitsbegriffs. Dahinter steht das Grundprinzip, dass private, also nicht-öffentliche Kommunikation rechtlich so weit wie möglich ungeregelt bleiben sollte. Es handelt sich um einen der wenigen Begriffe, die sowohl im privaten Medienrecht (hier: im Urheberrecht) als auch im öffentlichen Medienrecht eine wichtige Rolle spielen. Die Öffentlichkeit markiert sowohl die Grenze zwischen privater (Individual-)Kommunikation und Massenkommunikation als auch – im Rahmen der informationellen Selbstbestimmung – die Grenze zwischen privatem und öffentlichem Leben. Im Urheberrecht ist die Frage, ob eine Nutzung öffentlich ist oder nicht durch **18**

<sup>40</sup> Sehr instruktiv *Rüthers* Rn 321 ff; vgl auch *Lubmann* 18 ff; *Canaris* 40 ff; *Larenz/Canaris* 45; *Koch/Rüßmann* 246 ff.

<sup>41</sup> Wie man am Beispiel der „Anscheinsvollmacht“ sehen kann, gibt es auch Rechtsfortbildung jenseits der Dogmatik, aber sie ist nach wie vor die Ausnahme von der Regel, vgl *Canaris* 98; Gegen die Anscheinsvollmacht spricht sich daher insb *Flume* aus (§ 49, 4); vgl zur Entwicklung der Anscheins-

vollmacht insgesamt *MünchKommBGB/Schramm* § 167 BGB Rn 54 ff mwN.

<sup>42</sup> Zur Historie und Dogmatik ausf vgl *Beater* Rn 328 ff.

<sup>43</sup> So zB BVerfGE 57, 295, 320 – 3. Rundfunkurteil; BVerfGE 90, 60, 87 – 8. Rundfunkurteil.

<sup>44</sup> S Teil 1 Kap 3 Rn 167.

<sup>45</sup> S Teil 1 Kap 3 Rn 137.

eine gesetzliche Definition in § 15 Abs 3 UrhG geregelt. Im Presserecht stellt sich die Frage, ob ein Prominenter sich in der Öffentlichkeit befindet, oder „erkennbar zurückgezogen“ privat bleiben wollte.<sup>46</sup> Im regulativen öffentlichen Medienrecht wird – ähnlich wie im Urheberrecht – zwischen Individualkommunikation und Massenkommunikation, zwischen privater und öffentlicher Auswertung differenziert. Bisher sind die Konzepte des Urheberrechts und des regulativen Medienrechts noch unterschiedlich.<sup>47</sup> Auf der Ebene des europäischen Rechts wurde in einer der wichtigsten Entscheidungen zur Abgrenzung von privater und öffentlicher Sphäre vom EuGH in einer das Urheberrecht betreffenden Frage erstmals auf die parallele Abgrenzung im öffentlichen Medienrecht abgestellt: Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes bedeutet „öffentlich“ im Rahmen dieses Begriffes eine unbestimmte Zahl möglicher Fernsehzuschauer (Urteile vom 2.6.2005 in der Rechtssache C-89/04, *Mediakabel*, Slg. 2005, I-4891, Rn 30, und vom 14.7.2005 in der Rechtssache C-192/04, *Lagardère Active Broadcast*, Slg. 2005, I-7199, Rn 31).<sup>48</sup>

- 19** Weitere Beispiele rechtsdogmatischer Fragestellungen könnten aus einer Entwicklung folgen, die den Lebenssachverhalt „Medien“ zurzeit grundlegend verändert und die deshalb auch von keinem Medienrechtler als unbedeutend angesehen wird: die Konvergenz.<sup>49</sup> Die digitale Technik erlaubt, sämtliche Medieninhalte in binäre Datenpakete zu verwandeln und beliebig zu verbreiten. Damit verlieren nicht nur die bisher klaren Unterschiede zwischen den Medien Fernsehen, Presse und Internet ihre Trennschärfe (zB ist eine Online-Zeitung noch eine Zeitung oder müsste sie den Regelungen des Rundfunks unterworfen werden?), sondern auch die Unterschiede zwischen Massen- und Individualkommunikation verschwimmen (zB ist ein Blog noch Individualkommunikation, wenn er ins Netz gestellt wird?). Am Ende der Entwicklung wird ein einheitliches „Medieterminal“ in jedem Haushalt stehen, welches Inhalte bietet, die heute als Zeitung, Fernsehprogramm, Internetangebot, CD-ROM, DVD, etc. online und offline über unterschiedliche Vertriebskanäle vermarktet werden. Obwohl schon heute über verschiedene Medien dieselben oder zumindest ähnliche Inhalte derselben Anbieter (zB Bild-Zeitung, Bild.T-Online) verbreitet werden, gibt es nach wie vor unterschiedliche Regelungen im Presserecht, im Rundfunkrecht und im Recht der Telemedien.<sup>50</sup> Auch auf der verfassungsrechtlichen Ebene werden nach wie vor grundlegende Unterschiede zwischen Rundfunk- und Pressefreiheit gemacht, die im Zeitalter der konvergenten Medien überholt erscheinen.<sup>51</sup> Die medienrechtliche Dogmatik könnte an dieser Stelle die Aufgabe

<sup>46</sup> BVerfG GRUR 2000, 446 ff – Caroline von Monaco.

<sup>47</sup> Dies wird deutlich, wenn man etwa die engen Grenzen der privaten Auswertung in § 15 Abs 3 UrhG, zB bei der Hotelnutzung einerseits, und die Zulassungsfreiheit derartiger Nutzungen zB in § 20 Abs 2 RStV miteinander kontrastiert.

<sup>48</sup> EuGH [2006] C 306/05 SGAE von Rafael Hoteles; dazu Castendyk/Dommering/Scheuer/Castendyk *European Media Law* Art 1 TWFD Rn 38 ff.

<sup>49</sup> *Europäische Kommission* Grünbuch zur Konvergenz 1997, 623; zur Entstehungsgeschichte des Grünbuchs *Knothe K&R* 1998, 95, 97 ff; *Gounalakis* 12 ff; *Petersen* 3. Aufl Rn 21 ff; *Paschke* Rn 6 ff; *Schoch JZ*

2002, 798 ff; *Fechner* Rn 1058, *Stammler* ZUM 1995, 104 ff; *Rossen-Stadtfeld* ZUM 2000, 36 ff; *Reinemann* ZUM 2006, 523 ff; *Holzengel* NJW 2002, 2351 ff.

<sup>50</sup> Die Diskussion lässt sich am Beispiel des Online-Zeitung demonstrieren, vgl *Waldenberger/Hoß* AfP 2000, 237 ff; *Gounalakis* ZUM 2003, 180, 181; *Radlsbeck* 54 f; *Sachs/Bethger* Art 5 GG Rn 68; *Umbach/Clemens* Art 5 GG Rn 70; *Dreier/Badural/Bullinger* 193, 201.

<sup>51</sup> Vgl zur überkommenen Lehre zB *Hesse* Rn 43 ff, 59 ff; differenzierend *Gounalakis* ZUM 2003, 180, 182; für ein einheitliches Mediengrundrecht plädiert *Hoffmann-Riem* Art 5 Rn 138 ff. Die Differenzierung geschieht dann auf der Ebene der unter-

übernehmen zu prüfen, ob diese Unterschiede noch gerechtfertigt sind und ob unterschiedliche Maßstäbe für unterschiedliche Massenmedien heute noch zeitgemäß sind.<sup>52</sup> Die Konvergenz ist freilich selbst kein tragendes Prinzip des Medienrechts<sup>53</sup>, sie ist eher ein heuristisches Instrument zur Auffindung von Regelungs- und Wertungswidersprüchen im Medienrecht, die weniger die Auslegung des geltenden als die Ausgestaltung des zukünftigen Medienrechts beeinflussen könnte.

Bisher steht einem einheitlichen Medienrechtsgesetzbuch in Deutschland nicht nur die fehlende dogmatische Durchdringung des Rechtsgebiets, sondern vor allem die komplexe Gesetzgebungskompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern entgegen. Ein Beispiel dafür ist zB der mühsame Einigungsprozess beider Seiten bei der Internetregulierung.<sup>54</sup> Das österreichische Gegenbeispiel beweist jedoch, dass ein Medienrechtsgesetzbuch möglich ist (Bundesgesetz vom 12.6.1981 über die Presse und andere Publizistische Medien (Mediengesetz), StF: BGBl Nr 314/1981 in der Fassung BGBl I Nr 49/2005, 151/2005 und 112/2007). Nachdem der Bund seine Rahmenkompetenz für das Presserecht 2006 aufgegeben hat, könnten die Länder einen einheitlichen gesetzlichen Rahmen für die Medien schaffen. Die Erweiterung des Rundfunkstaatsvertrags um Telemedien<sup>55</sup> ist insofern nur ein erster Schritt. **20**

---

schiedlichen Regulierungsnotwendigkeiten auf einfach-gesetzlicher Ebene, nicht auf der Ebene der Abgrenzung von unterschiedlichen Medienfreiheiten aus Art 5 Abs 1 S 2 GG.

<sup>52</sup> Selbstverständlich kann aus der Prämisse „Medien werden technisch konvergent“ nicht der Schluss gezogen werden, deswegen müsse auch das Recht „konvergieren“; dies wäre, wie *Petersen* (3. Aufl Rn 23) zu Recht anmerkt, ein naturalistischer Fehlschluss von einem Sein auf ein Sollen. Der Schluss wird erst möglich durch die – oft allerdings nur implizit vorhandene – zusätzliche rechtliche (Sollens-)Prämisse, wonach gleiche Sach-

verhalte nicht ungleich behandelt werden sollten, also der Grundprämisse, die auch der Argumentationsfigur des Wertungswiderspruchs zugrunde liegt.

<sup>53</sup> So aber *Petersen* (3. Aufl Rn 23), der die Gutachten von *Gounalakis* und *Schoch* zum 64. Deutschen Juristentag mit methodologisch strenger Elle misst.

<sup>54</sup> Vgl *Géczy-Sparwasser* passim; *Schoch* JZ 2002, 798, 805; *Holznel* JZ 2001, 905, 906.

<sup>55</sup> Vgl 9. Rundfunkänderungsstaatsvertrag 2007.



## Kapitel 3

# Europäisches Medienrecht

### Literatur

*Ackermann* Warenverkehrsfreiheit und Verkaufsmodalitäten RIW 1994, 189; *Ann* Die Europäisierung des Markenrechts ZEuP 2002, 5; *Auer* Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung NJW 2007, 1106; *Baetzgen* Internationales Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht im EG-Binnenmarkt, Kollisionsrecht zwischen Marktpaltung („Rom II“) und Marktintegration (Herkunftslandprinzip), Köln ua 2007; *Badura/Scholz* (Hrsg) Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993 (zit *Badura/Scholz/Bearbeiter* FS Lerche); *Barendt* Freedom of Speech, 2. Aufl Oxford 2005; *Barendt/Hitchens* Media Law: Cases and Materials, Longman Law Series, 1. Aufl London 2000; *Bartosch* Neues Tatbestandsmerkmal der „Belastung des Staatshaushalts“ iS des Art 87 Abs 1 EG NVwZ 2001, 643; *Baummann* Die Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet der audiovisuellen Medien, Berlin 1998; *Beater* Zum Verhältnis von europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht GRUR Int 2000, 963; *Becker* Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ EuR 1994, 162; *Behrens* Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht EuR 1992, 145; *Beiser* Auslandsausschüttungen im Licht der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit GesRZ 2003, 187; *Berger* Novellierung der Fernsehrichtlinie ohne Novellierung des Fernsehübereinkommens? ZUM 1996, 119; *Berlit* Auswirkungen des Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums im Patentrecht WRP 2007, 732; *Betz* Kabelbelegung: Diktatur des Marktes? Media Perspektiven 1997, 431; *Bieber/Epiney/Haag* Die europäische Union. Europarecht und Politik, 7. Aufl Baden-Baden 2006; *Böckstiegel* (Hrsg) Handbuch des Weltraumrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 1991 (zit *Böckstiegel/Bearbeiter*); *Broche/Chatterjeel/Orsich/Tosics* State Aid for Films – a policy in motion? Competition Policy Newsletter 2007/1, 44; *Brömmelmeyer* Der Binnenmarkt als Leitstern der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken GRUR 2007, 295; *Buchner/Rehberg* Wann ist der Verbraucher ein „mündiger“ Verbraucher? Zur Diskussion um die Nutrition & Health Claims-Verordnung der EU GRUR Int 2007, 394; *Bundschuh* Fernsehen und Jugendschutz in Europa, Baden-Baden 1998/99; *Bülow* Themen Sponsoring im Fernsehen, München 1998; *Calliess/Ruffert* (Hrsg) EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, Kommentar 3. Aufl München 2007 (zit *Calliess/Ruffert/Bearbeiter*); *Castendyk* Die deutsche Filmförderung – Eine Evaluation, Konstanz 2008 (zit *Castendyk* Filmförderung); *ders* Rechtliche Begründungen in der Öffentlichkeit – Ein Beitrag zur Rechtskommunikation über Massenmedien, Wiesbaden 1994 (zit *Castendyk* Rechtliche Begründungen); *ders* Quotas in favour of independent producers: Art 5 “Television without frontiers”-Directive, Communication Law 2006, Vol 11, No 3 CL, 88; *ders* Marienhof und die Folgen ZUM 2005, 2; *Castendyk/von Albrecht* Der Richtlinien-vorschlag der EG-Kommission zum Satellitenfernsehen GRUR Int 1992, 734; *Castendyk/Bark* Unterliegt das Filmförderungsgesetz der Beihilfekontrolle der Art 87 ff EGV? Ein Beitrag zu den EG-rechtlichen Grenzen der Filmförderung in Deutschland ZUM 2003, 480; *Castendyk/Böttcher* Ein neuer Rundfunkbegriff für Deutschland? Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste und der deutsche Rundfunkbegriff MMR 2008, 13; *Castendyk/Dommering/Scheuer* European Media Law, Kluwer Law International, Amsterdam 2008 (im Erscheinen) (zit *Castendyk/Dommering/Scheuer/Bearbeiter*); *Castendyk/Keil/Wickleder* Möglichkeiten rechtlicher Regulierung zugunsten der Film- und Fernsehproduzenten in Nordrhein-Westfalen, Gutachten im Auftrag der Landesanstalt für Medien NRW, Potsdam April 2005, abrufbar unter <http://www.lfm-nrw.de/downloads/medierrat2005/medierrat-dok6.pdf>; *Classen* Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten? EWS 1995, 97; *Cordes* Die Grenzbeschlagnahme in Patentsachen GRUR 2007, 483; *Dauses*

(Hrsg) Handbuch des EU Wirtschaftsrechts, Loseblattsammlung, Stand Oktober 2007, München (zit Dausen/Bearbeiter); *Degenhart* Wirtschaftliche Betätigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten: Der Medienpark des ZDF ZUM 2001, 357; *Deimert* Das Herkunftslandprinzip und seine Bedeutung für das Internationale Deliktsrecht EWS 2006, 445; *Deutsch* Noch einmal: Das Verbraucherleitbild des EuGH und das „Nissan-Urteil“ GRUR 1997, 44; *Dietz* Die Schutzdauerrichtlinie der EU, GRUR Int 1995, 670; *Dörr* Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und die Vorgaben des Europarechts, Media Perspektiven 2005, 333; *ders* Die Maastricht Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und ihre Auswirkungen auf die Medienpolitik, ZUM 1995,14; *Dörr/Charisse* Die Rangfolge im Kabel und die Dienstleistungsfreiheit AfP 1999, 18; *Dreier* Die Umsetzung der Richtlinie zum Satellitenrundfunk und zur Kabelweiterleitung ZUM 1995, 458; *Ehlers* (Hrsg) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl Berlin 2005 (zit Ehlers/Bearbeiter); *van Eijk* Universal service: a new look at an old concept: Broadband access as a universal service in Europe, abrufbar unter <http://www.ivir.nl/publicaties/vaneijk/ITS-paper> Nico van Eijk.pdf; *von Einem* Grenzüberschreitende Lizenzierung von Musikwerken in Europa – Auswirkungen der Empfehlung der EU-Kommission zur Rechtewahrnehmung auf das System der Gegenseitigkeitsverträge MMR 2006, 647; *Eisenführ/Schennen* Gemeinschaftsmarkenverordnung, 2. Aufl Köln 2007; *Eisenkolb* Die Enforcement-Richtlinie und ihre Wirkung – Ist die Enforcement-Richtlinie mit Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbar wirksam? GRUR 2007, 387; *Engel* Europäische Konvention über grenzüberschreitendes Fernsehen. Ein Schritt in die falsche Richtung ZRP 1988, 240; *Enzinger* Der europäische Rechtsrahmen für kollektive Rechtewahrnehmung GRUR Int 2006, 985; *Fezer* UWG Kommentar, München 2004 (zit Fezer/Bearbeiter); *ders* Das Informationsgebot der Lauterkeitsrichtlinie als subjektives Verbraucherrecht WRP 2007, 1021; *Frese* Die Rechtmäßigkeit europäischer Fernsehquoten aus kompetenzieller, grundrechtlicher und welthandelsrechtlicher Sicht, Frankfurt, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1998; *Gamerith* Der Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken – Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung WRP 2005, 391; *Gangloff* Ich sehe was, was Du nicht siehst. Medien in Europa: Perspektiven des Jugendschutzes, Berlin 2001; *Gaster* Die Erschöpfungsproblematik aus Sicht des Gemeinschaftsrechts GRUR Int 2000, 571; *Geiger* EUV/EGV, 4. Aufl München 2004; *Geiss/Gerstenmaier/Winkler* Festschrift für Karl-Peter Mailänder zum 70. Geburtstag, Berlin 2006 (zit Geiss/Bearbeiter FS Mailänder); *Gersdorf* Der Rundfunkbegriff. Vom technologieorientierten zum technologieneutralen Begriffsverständnis, München 2007; *ders* Caroline-Urteil des EGMR: Bedrohung der nationalen Medienordnung AfP 2005, 220; *Gibbons* Jurisdiction over (Television) Broadcasters: Criteria for Defining ‘Broadcaster’ and ‘Content Service Provider’ in Die Zukunft der Fernsehrichtlinie – The Future of the Television without Frontiers Directive, EMR-Schriftenreihe, Baden-Baden 2005, 53; *Glöckner* Europäisches Lauterkeitsrecht, 1. Aufl München 2006; *ders* Ist die Union reif für die Kontrolle an der Quelle? WRP 2005, 795; *ders* Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europäischen Generalklauseln WRP 2004, 936; *Glöckner/Henning-Bodewig* Die EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken WRP 2005, 1311; *Gornig* Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte, Berlin 1988; *Gounalakis* Funktionsauftrag und wirtschaftliche Betätigung des Zweiten Deutschen Fernsehens. Am Beispiel des ZDF-Medienparks. ZDF-Schriftenreihe, Band 59 Mainz 2000; *Grabitz/Hilf* (Hrsg) Das Recht der Europäischen Union, Stand 30. Ergänzungslieferung, München 2006 (zit Grabitz/Hilf/Bearbeiter); *Greissing* Vorgaben des EG-Vertrages für nationales Rundfunk- und Multimediarecht, Baden-Baden 2001; *Groebel* The UNESCO Global Study on Media Violence, Paris UNESCO 1998; *Grote/Marauhn* (Hrsg) EMRK/GG – Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006 (zit Grote/Marauhn/Bearbeiter); *Gundel* Die Europäische Gemeinschaft im Geflecht des internationalen Systems zum Schutz des geistigen Eigentums ZUM 2007, 603; *Hahn/Vesting* (Hrsg) Beck’scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Aufl München 2008 (zit Hahn/Vesting/Bearbeiter); *Halfmeier* Vom Cassislikör zur E-Commerce Richtlinie: Auf dem Weg zu einem europäischen Mediendeliktsrecht ZEuP 2001, 837; *Handig* Urheberrechtliche Aspekte bei der Lizenzierung von Radioprogrammen im Internet GRUR Int 2007, 210; *ders* Neuer Wein in den alten Schläuchen des Folgerechts – Die geplante Anpassung aufgrund der europäischen Folgerechts-Richtlinie, ZUM 2006, 546; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen* Ökonomische Funktion von Verwertungsgesellschaften – Kollektive Wahrnehmung im Lichte von Transaktionskosten- und Informationsökonomik GRUR Int 1997, 461; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* Rundfunkstaatsvertrag, 31. Aktualisierung Heidelberg 2007; *Hecker* Die Richtlinie

über unlautere Geschäftspraktiken – Einige Gedanken zu den „aggressiven Geschäftspraktiken“ – Umsetzung ins deutsche Recht WRP 2006, 640; *Heinze/Roffael* Internationale Zuständigkeit für Entscheidungen über die Gültigkeit ausländischer Immaterialgüterrechte GRUR Int 2006, 787; *Heinze/Heinze* Transit als Markenverletzung – Schlusswort des EuGH in der Entscheidung „Montex/Diesel“ GRUR 2007, 740; *Helm* Der Abschied vom verständigen Verbraucher WRP 2005, 931; *Henning-Bodewig* EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken GRUR Int 2005, 629; *dies* Herkunftslandprinzip im Wettbewerbsrecht – Anmerkungen zu OLG Hamburg – Active Two GRUR 2004, 822; *Hentschel* Die Vereinbarkeit der deutschen Kulturförderung mit dem Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt 2006; *Herdegen* Europarecht, 9. Aufl München 2007; *Hermesen* Das neue europäische Grenzbeschlagnahmeverfahren, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte (Mitt) 2006, 261; *Herrmann/Lausen* Rundfunkrecht, 2. Aufl München 2004; *Hess* Die EG-Rundfunkrichtlinie vor dem Bundesverfassungsgericht AfP 1990, 95; *Hoeren* Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft MMR 2000, 515; *Holoubek* Medienfreiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention AfP 2003, 193; *Hönge* Der Medienmarkt in Europa – Aspekte zum Jugendmedienschutz, 2001, abrufbar unter [http://www.kjr-muenchen-stadt.de/publikationen/k3\\_2001/k3\\_09\\_2001.php4](http://www.kjr-muenchen-stadt.de/publikationen/k3_2001/k3_09_2001.php4); *Jacobs/Papier/Schuster* (Hrsg) Festschrift für Peter Raue zum 65. Geburtstag, Köln 2006, 529 (zit *Jacobs/Bearbeiter* FS Raue); *Jarass* Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II EuR 2000, 705; *ders* Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten EuR 1995, 202; *ders* Voraussetzung der innerstaatlichen Wirkung des EG-Rechts NJW 1990, 2420; *Jung* Die Health Claims Verordnung – Neue Grenzen gesundheitsbezogener Werbung für Lebensmittel WRP 2007, 389; *Jury* Die Maßgeblichkeit von Art 49 EG für nationale rundfunkpolitische Ordnungsentscheidungen unter besonderer Berücksichtigung von Art 151 EG, 1. Aufl Frankfurt 2005; *Kadelbach/Petersen* Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten. Anmerkung zum EuGH-Urteil in der Rs Schmidberger (Brennerblockade) EuGRZ 2003, 492; *Kampf* Produktpiraterieverordnung 2003 – Schwerpunkte der Neufassung ZfZ 2004, 110; *Kanitz/Steinberg* Grenzenloses Gemeinschaftsrecht? – Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechte als Kompetenzproblem EuR 2003, 1013; *Kingreen* Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht EuGRZ 2004, 570; *Kingreen/Störmer* Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts EuR 1998, 263; *Klass* Zu den Grenzen der Berichtserstattung über Personen des öffentlichen Lebens AfP 2007, 517; *Kleist/Scheuer* Neue Regelungen für audiovisuelle Mediendienste – Vorschriften zu Werbung und Jugendschutz und ihre Anwendung in den Mitgliedstaaten MMR 2006, 206; *dies* Audiovisuelle Mediendienste ohne Grenzen MMR 2006; 127; *dies* Klärung von Grundsatzfragen – Die EU überprüft die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Funkkorrespondenz vom (10.)11.3.2005, 3; *Knaak* Die Kennzeichnungskraft im Gemeinschaftsrecht GRUR Int 2007, 801; *ders* Internationale Zuständigkeiten und Möglichkeiten des forum shopping in Gemeinschaftsmarkensachen – Auswirkungen der EuGH-Urteile Roche Niederlande und GAT/LUK auf das Gemeinschaftsmarkenrecht GRUR Int 2007, 386; *ders* Die Richtlinie zur Umsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und ihr Umsetzungsbedarf in Deutschland GRUR Int 2004, 745; *Koenig/Füg* How to put the EC State Aid Action Plan into Action – Rendering the Market Failure Test Operational EStAL 2005, 591; *Koenig/Haratsch* The Licence-Fee-Based Financing of Public Service Broadcasting in Germany after the Altmark Trans Judgement EStAL, 2003, 569; *dies* Die Wiedergeburt von Art 86 Abs 2 EG in der RAI – Entscheidung der Europäischen Kommission ZUM 2004, 122; *Koenig/Husi* Public Funding of Digital Broadcasting under EC State Aid Law EStAL 2004, 605; *Koenig/Kühling* How to cut a long story short: Das Preussen Elektra-Urteil des EuGH und die EG-Beihilfenkontrolle über das deutsche Rundfunkgebührensysteem ZUM 2001, 537; *Köhler* Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken GRUR 2005, 793; *ders* Irreführungsrichtlinie und deutsches Wettbewerbsrecht GRUR Int 1994, 396; *Kraft/Bron* Grundfreiheiten und grenzüberschreitende Verschmelzung im Lichte aktueller EuGH-Rechtsprechung (Sevic) IstR 2006, 26; *Krebber* Europeanisation of Regulatory Television Policy – The Decision Making Process of the Television without Frontiers Directives from 1989 and 1997, Baden-Baden 2002; *Kreile/Becker* Neuordnung des Urheberrechts der Europäischen Union GRUR Int 1994, 901; *Kühling* Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, Berlin 1999; *Kutt* Grenzüberschreitende Kapitalgesellschaften und ihre Besteuerung im deutschen Körperschaftssteuerrecht – insbesondere im Lichte der Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages, des Doppelbesteuerungsabkommen und des Steuerwettbewerbs, Regensburg 2001; *Ladeur* Die Glo-

balisierung der Telekommunikation und die kooperative Herausbildung einer neuen transnationalen Rechtsordnung – das Beispiel der mobilen Satellitenkommunikation ArchPT 1998, 243; *Leitgeb* Die Revision der Fernsehrichtlinie – Überblick über die wesentlichen geplanten Änderungen unter besonderer Berücksichtigung der Liberalisierung des Verbotes von Produktplatzierungen ZUM 2006, 837; *Leitzen* Innergemeinschaftlicher Transit, Markenverletzung und Produktpiraterie – Zugleich Anmerkung zu BGH „Diesel“ und EuGH „Class International/Colgate Palmolive“ GRUR 2006, 89; *Lenz* Ein Grundrechtskatalog für die Europäische Gemeinschaft? NJW 1997, 3289; *Lerche* Konsequenzen aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur EG-Fernsehrichtlinie AfP 1995, 632; *Loewenheim* Harmonisierung des Urheberrechts in Europa GRUR Int 1997, 285; *Lüder* First Experience With EU-wide Online Music Licensing GRUR Int 2007, 649; *ders* The Next Ten Years in EU Copyright: Making Markets Work, Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal 2007, Vol 18, 1; *Mankowski* Internet und Internationales Wettbewerbsrecht GRUR Int 1999, 909; *Marauhn* Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Großbritannien VerwArch 85 (1994), 52; *Martin-Pérez de Nanclares* Die EG-Fernsehrichtlinie, Frankfurt ua 1995; *Maunz/Dürig* GG-Kommentar (Hrsg) Herzog/Herdegen 51. Aufl München 2008 (zit Maunz/Dürig/Bearbeiter); *Meisterernst/Haber* Die VO (EG) 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben WRP 2007, 363; *Merkel* Das Übereinkommen mit Leben füllen – Was ist erreicht, was ist zu tun? UNESCO heute, Ausgabe 5/6, Mai/Juni 2006, abzurufen unter [http://deposit.ddb.de/ep/netpub/28/34/66/972663428/\\_data\\_dyncl\\_stand\\_Dezember\\_2006/0506/kkv.htm](http://deposit.ddb.de/ep/netpub/28/34/66/972663428/_data_dyncl_stand_Dezember_2006/0506/kkv.htm); *Michel* Konvergenz der Medien – Auswirkungen auf das Amsterdamer Protokoll und das Europäische Beihilfenrecht MMR 2005, 284; *Mühl* Diskriminierung und Beschränkung, Berlin 2004; *Oeter* Rundfunk als Wirtschaftsgut? Die audiovisuelle Industrie im Visier des Welthandelsrechts AfP 2005, 6; *Obly* Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts WRP 2008, 182; *ders* Das Herkunftslandprinzip im Bereich vollständig angelegenen Lauterkeitsrechts WRP 2006, 1401; *ders* Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht GRUR Int 2001, 898; *Obly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann* (Hrsg) Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricke zum 70. Geburtstag, München 2005 (zit *Bearbeiter* FS Schricke 2005); *Obly/Spence* Vergleichende Werbung: Die Auslegung der Richtlinie 97/55/EG in Deutschland und Großbritannien GRUR Int 1999, 681; *Oldekop* Das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster – Eine Chance für Designer? WRP 2006, 801; *Oppermann* Europarecht, 2. Aufl München 1999; *Peters* Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003; *Peukert/Kur* Stellungnahme des Max-Planck Instituts für geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG GRUR Int 2006, 292; *Pleitgen* Von Uruguay über Paris nach Hongkong? – Die audiovisuelle Industrie im Spannungsfeld zwischen Welthandel und kultureller Vielfalt AfP 2005, 1; *Reinbothe* Der *acquis communautaire* des Europäischen Urheberrechts: Stand und Entwicklung der Rechtsangleichung und Harmonisierungskonzept EWS 2007, 193; *ders* Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft GRUR Int 2001, 733; *Reinbothe/von Lewinski* The WIPO Treaties 1996, London 2002 (zit *Reinbothe/von Lewinski* WIPO Treaties); *dies* The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, London 1993 (zit *Reinbothe/von Lewinski* EC Directive); *Riesenhuber* (Hrsg) Systembildung im Europäischen Urheberrecht, Berlin 2007 (zit *Riesenhuber/Bearbeiter*); *Ritz* Inhalteverantwortlichkeit von Online-Diensten: Strafbarkeit von Online-Diensten in ihrer Funktion als Inhalteanbieter, Online-Service-Provider und Internet-Access-Provider für die Verbreitung von Pornographie im elektronischen Datennetz, Frankfurt aM 1998; *Rosenkranz* Die völkerrechtskonforme Auslegung des EG-Sekundärrechts dargestellt am Beispiel des Urheberrechts EuZW 2007, 238; *Roßnagel* (Schriftleitung) Der Rechtsrahmen für die neue Medienlandschaft – Eine Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste EMR Schriftenreihe Band 36, Baden-Baden 2008, abrufbar unter [http://www.emr-sb.de/home/EMR\\_Band\\_36.pdf](http://www.emr-sb.de/home/EMR_Band_36.pdf) (zit *Roßnagel/Bearbeiter*); *Sack* Herkunftslandprinzip und internationale elektronische Werbung nach der Novellierung des TDG WRP 2002, 271; *Roßnagel/Scheuer* Das europäische Medienrecht MMR 2005, 271; *Schima* Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl Wien 2004; *Schmitt-Vockenhausen* Revision der EG-Fernsehrichtlinie ZUM 1998, 377; *Schmittmann* Das Urteil des LG Stuttgart zum Brutto/Nettoprinzip bei Fernsehwerbeunterbrechungen – Landesmedienrecht im Konflikt zum primären und sekundären Gemeinschaftsrecht AfP 1997, 515; *Schneider/Hommelhoff/Schmidt/Timm/Gruneuwal/Drygala* Festschrift für Marcus Lutter: Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, Köln 2000 (zit *Bearbeiter* FS Lutter); *Schricke* Die Bekämpfung der irreführen-

den Werbung in den Mitgliedstaaten der EG GRUR Int. 1990, 112; *Schricker/Bastian/Knaak* (Hrsg) Gemeinschaftsmarke und Recht der Mitgliedstaaten, München 2006 (zit *Schricker/Bastian/Knaak/Bearbeiter*); *Schricker/Henning-Bodewig* (Hrsg) Neuordnung des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 1999 (zit *Schricker/Henning-Bodewig/Bearbeiter*); *Schultz* Das Verhältnis von Gemeinschaftsgrundrechten und Grundfreiheiten des EGV AöR 2007, 316; *Schulz* Der Bedeutungswandel des Urheberrechts durch Digital Rights Management GRUR 2006, 470; *ders* Medienkonvergenz light – Zur neuen Europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste EuZW 2008, 107; *Schwartzmann* (Hrsg) Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 1. Aufl Heidelberg 2008; *Schwartz* Fernsehen ohne Grenzen: Zur Effektivität und zum Verhältnis von EG-Richtlinie und Europarats-Konvention EuR 24 (1989), 1; *Schwarze* (Hrsg) Rundfunk und Fernsehen im Lichte der Entwicklung des nationalen und internationalen Rechts, Baden-Baden 1986; *Seichter* Die Umsetzung der Richtlinie zur Durchsetzung des geistigen Eigentums WRP 2006, 391; *ders* Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken WRP 2005, 1087; *Seidel* (Hrsg) Hörfunk und Fernsehen im Gemeinsamen Markt, Baden-Baden 1983; *Selmayr/Kamann* Public Broadcasting and EC State Aid Law: No „Carte Blanche“ after Altmark Trans (Rs C-280/00) K&R 2004, 49; *Söhring/Seelmann-Eggebert* Die Entwicklung des Presse- und Äußerungsrechts in den Jahren 2000 bis 2004 NJW 2005, 571; *Spindler* Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft GRUR 2002, 105; *Spindler/Dorschel* Vereinbarkeit der geplanten Auskunftsansprüche gegen Internet-Provider mit EU-Recht CR 2006, 341; *Spindler/Weber* Die Umsetzung der Enforcement-Richtlinie nach dem Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums ZUM 2007, 257; *Stein* Bananen-Split? Entzweien sich BVerfG und EuGH über den Bananenstreit? EuZW 1998, 261; *Steinbeck* Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Irreführende Geschäftspraktiken – Umsetzung in das deutsche Recht WRP 2006, 632; *Stender-Vorwachs/Theißen* Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste – Fernsehrichtlinie reloaded? ZUM 2007, 613; *dies* Die Revision der Fernsehrichtlinie ZUM 2006, 362; *Stock* Europäisches Medienrecht im Werden RuF 1989, 180; *Stotz* Vorrang des Gemeinschaftsrechts – Anmerkungen zum Boisdet-Urteil des Conseil d’Etats EuZW 1991, 118; *Streinz* (Hrsg) EUV/EG, Kommentar München 2003 (zit *Streinz/Bearbeiter*); *Stürner* Caroline-Urteil des EGMR – Rückkehr zum richtigen Maß AfP 2005, 213; *Sumrada/Nohlen* Control of State Aid for Public Service Broadcasting: Analysis of the European Commission’s Recent Policy EStAL 2005, 609; *Tigchelaar* State Aid to Public Broadcasting – Revisited EStAL 2003, 169; *Tilmann* Neue Überlegungen zum Patentrecht GRUR 2006, 824; *Trenkelbach* Internetfreiheit. Die europäische Menschenrechtskonvention als „Living Instrument“ vor neuen Herausforderungen? Berlin 2005; *Uerpmann-Witzack/Jankowska-Gilberg* Die Europäische Menschenrechtskonvention als Ordnungsrahmen für das Internet MMR 2008, 83; *Ulich* Der Pornographiebegriff und die EG-F Fernsehrichtlinie, Baden-Baden 2000; *Ullmann* Das Europäische Urheberrecht in der deutschen Rechtsprechung, in: Riesenhuber (Hrsg) Systembildung im Europäischen Urheberrecht, Berlin 2007, 301; *Wandtke/Ohst* Zur Reform des deutschen Geschmacksmustergesetzes GRUR Int 2005, 91; *Wank* Die Niederlassungsfreiheit in der EU: die Rechtslage in Deutschland NZA 2005 (Beilage 2 zu Heft 21), 88; *Walter* (Hrsg) Europäisches Urheberrecht, Kommentar 1. Aufl Wien 2000 (zit *Walter/Bearbeiter*); *Weiden* Aktuelle Berichte – Juni 2007 GRUR 2007, 491; *von Welser* Die neue europäische Produktpiraterieverordnung EWS 2005, 202; *Weigend* Strafrechtliche Pornographieverbote in Europa ZUM 1994, 133; *Wiedemann* Ein Kyoto-Protokoll für die Kultur, ARD-Jahrbuch 2007, 23, abrufbar unter <http://www.ard.de/intern/publikationen/id=686346/property=download/nid=8080/1lyv3cz/artikel.pdf>; *Würfel* Europarechtliche Möglichkeiten einer Gesamtharmonisierung des Urheberrechts, Karlsruhe 2005.

Übersicht

|  | Rn      |   | Rn       |
|--|---------|---|----------|
| § 1 Einleitung . . . . .   | 1–16    | § 4 Entscheidungskompetenzen . . . . .  | 121–134  |
| I. Zur Bedeutung des europäischen Medienrechts für das nationale Recht . . . . . | 1–8     | I. Gesetzgebungskompetenzen . . . . .   | 121–127  |
| II. Rechtsquellen, Normenhierarchie und Wirkung europäischer Normen . . . . .    | 9–11    | II. Vorlage an den EuGH . . . . .   | 128–134  |
| III. Verhältnis des europäischen zum nationalen Recht . . . . .                  | 12–16   | 1. Vorabentscheidungsverfahren gem Art 234 Abs 2 EGV . . . . .  | 128–132  |
| § 2 Europäisches Primärrecht . . . . .   | 17–102  | 2. Typische Auslegungsfragen . . . . .  | 133      |
| I. Grundfreiheiten . . . . .   | 17–46   | 3. Die Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts . . . . .   | 134      |
| 1. Warenverkehrsfreiheit, Art 28 ff EGV . . . . .                                | 20–35   | § 5 Öffentliches europäisches Medienrecht . . . . .   | 135–204  |
| a) Grundsatz . . . . .   | 20–24   | I. Überblick . . . . .  | 135, 136 |
| b) Ausnahmen/Rechtfertigung  | 25–35   | II. Sekundärrecht im Bereich des Medienrechts . . . . .   | 137–204  |
| aa) Art 30 EGV . . . . .   | 27–29   | 1. Fernsehrichtlinie in der Fassung von 1997 . . . . .  | 137–166  |
| bb) Immanente Einschränkungen von Art 28 EGV . . . . .                           | 30–32   | a) Entstehungsgeschichte . . . . .  | 137–141  |
| cc) Die Grundrechte als Rechtfertigungsgründe und Schranken-Schranken . . . . .  | 33–35   | b) Geltungsbereich . . . . .  | 142, 143 |
| 2. Dienstleistungsfreiheit, Art 49 ff EGV . . . . .                              | 36–38   | c) Das Sendelandprinzip . . . . .   | 144–153  |
| 3. Niederlassungsfreiheit, Art 43 Abs 2 EGV . . . . .                            | 39–43   | d) Möglichkeiten der Inländerdiskriminierung . . . . .  | 154, 155 |
| 4. Kapitalverkehrsfreiheit . . . . .   | 44–46   | e) Quotenvorgaben . . . . .   | 156, 157 |
| II. Grundrechte: Art 10 EMRK . . . . .   | 47–73   | f) Fernsehwerbung und Sponsoring . . . . .  | 158, 159 |
| 1. Einleitung . . . . .  | 47–51   | g) Jugendschutz . . . . .   | 160–163  |
| 2. EMRK als Rechtsquelle, Begünstigte, Drittwirkung, und Prüfungsfolge . . . . . | 52–56   | h) Gegendarstellung . . . . .   | 164–166  |
| 3. Die Meinungs- und Informationsfreiheit . . . . .                              | 57–60   | 2. Richtlinie über audiovisuelle Medien (AVMDR) . . . . .   | 167–189  |
| 4. Differenzierung des Schutzstandards nach Inhalten . . . . .                   | 61–67   | a) Entstehungsgeschichte . . . . .  | 167      |
| 5. Prominente und ihre Privatsphäre . . . . .                                    | 68–72   | b) Geltungsbereich . . . . .  | 168–175  |
| 6. Zurechnung . . . . .  | 73      | aa) Grundsatz . . . . .   | 168, 169 |
| III. Kartell- und Wettbewerbsrecht . . . . .                                     | 74      | bb) Abgrenzung zwischen Diensten der Informationsgesellschaft und audiovisueller Mediendiensten . . . . . | 170–174  |
| IV. Beihilfenrecht . . . . .   | 75–102  | cc) Abgrenzung zwischen Fernsehen und audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf . . . . .                   | 175      |
| 1. Einleitung . . . . .  | 75, 76  | c) Neue Regelungen für Fernsehdienste? . . . . .  | 176–186  |
| 2. Struktur und Verfahren . . . . .  | 77–81   | aa) Einleitung . . . . .  | 176      |
| 3. Relevanz des Art 87 Abs 1 EGV für die Medien . . . . .                        | 82–84   | bb) Werbemengenbegrenzung . . . . .   | 177, 178 |
| 4. Der Tatbestand der Beihilfe . . . . .   | 85–102  | cc) Durchbrechung des Trennungsprinzips . . . . .   | 179–181  |
| a) Übersicht . . . . .   | 85–96   | dd) Produktplatzierung . . . . .  | 182–186  |
| aa) Staatliche Mittel . . . . .  | 86–90   | d) Wichtige Regelungen für nicht-linear audiovisuelle Dienste . . . . .                                   | 187–189  |
| bb) Begünstigung . . . . .   | 91–93   | aa) Weiche Quote . . . . .  | 187, 188 |
| cc) Wettbewerbs- und Handelsbeeinträchtigung . . . . .                           | 94–96   | bb) Fernsehwerbung und Sponsoring . . . . .   | 189      |
| b) Art 86 Abs 2 EGV . . . . .  | 97–100  | 3. Telekommunikationsrichtungen . . . . .   | 190–200  |
| c) Art 87 Abs 3d) EGV . . . . .  | 101–102 | a) Überblick . . . . .  | 190–192  |
| § 3 Medien im Völkerrecht und Europa . . . . .                                   | 103–120 | b) Die Rahmenrichtlinie . . . . .   | 193–195  |
| I. Einleitung . . . . .  | 103–109 | c) Die Genehmigungsrichtlinie . . . . .   | 196      |
| II. GATT/GATS . . . . .  | 110–113 |   |          |
| III. Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen . . . . .             | 114–120 |   |          |

|   | Rn             |
|---|----------------|
| d) Die Zugangs- und Zusammenschaltungsrichtlinie . . . . .  | 197            |
| e) Die Datenschutzrichtlinie . . . . .  | 198, 199       |
| f) Die Universaldienstrichtlinie . . . . .  | 200            |
| 4. Filmförderung . . . . .  | 201–204        |
| <b>§ 6 Privates europäisches Medienrecht . . . . .</b>  | <b>205–319</b> |
| I. Überblick . . . . .  | 205–208        |
| 1. Die Instrumente des Sekundärrechts . . . . .   | 206            |
| 2. Europäisches Strukturprinzip . . . . .   | 207–208        |
| a) Herkunftslandprinzip . . . . .   | 207            |
| b) Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung . . . . .  | 208            |
| II. Sekundärrecht . . . . .   | 209–319        |
| 1. Geistiges Eigentum . . . . .   | 209–296        |
| a) Urheberrecht und Recht der Verwertungsgesellschaften . . . . .   | 209–270        |
| aa) Computerprogramm-Richtlinie (RL 91/250/EWG) . . . . .   | 212–216        |
| bb) Vermiet- und Verleih Richtlinie (RL 92/100/EWG) in der Fassung der RL 115/2006/EG . . . . .   | 217–224        |
| cc) Satelliten- und Kabel-Richtlinie (RL 93/83/EWG) . . . . .   | 225–230        |
| dd) Schutzdauer-Richtlinie (RL 93/98/EWG) in der Fassung der RL 116/2006/EG . . . . .   | 231–236        |
| ee) Datenbankrichtlinie (RL 96/9/EG) . . . . .  | 237–241        |
| ff) Informationsgesellschafts-Richtlinie (RL 2001/29/EG) – sog. Multimedia-Richtlinie . . . . .   | 242–251        |
| gg) Folgerechts-Richtlinie (RL 2001/84/EG) . . . . .  | 252–259        |
| hh) Entwurf einer Entschließung des Europäischen Parlaments über einen Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften vom 11.12.2003 . . . . . | 260–262        |
| ii) Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss vom 16.4.2004 . . . . . | 263–265        |
| jj) Empfehlung der Kommission vom 18.10.2005 für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von   |                |

|  | Rn      |
|--|---------|
| Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden . . . . .  | 266–270 |
| b) Gewerbliche Schutzrechte . . . . .  | 271–284 |
| aa) Marken-Richtlinie und Gemeinschaftsmarken-Verordnung . . . . .   | 272–274 |
| bb) Geschmacksmuster-Richtlinie und Gemeinschaftsgeschmacksmuster-Verordnung . . . . .   | 275–279 |
| cc) Patentschutz . . . . .   | 280–284 |
| c) Rechtsdurchsetzung . . . . .  | 285–296 |
| aa) Grenzbeschlagnahme-Verordnung (VO 1383/2003/EG) . . . . .  | 285–287 |
| bb) Enforcement-Richtlinie (RL 2004/48/EG) . . . . .   | 288–295 |
| cc) Vorschlag für eine Richtlinie zu strafrechtlichen Sanktionen zum Schutz geistigen Eigentums . . . . .  | 296     |
| 2. Werberecht . . . . .  | 297–317 |
| a) Allgemeines Lauterkeitsrecht . . . . .  | 299–308 |
| aa) Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung (RL 84/450/EWG) in der Fassung der Richtlinie 2006/114/EG) . . . . .  | 299–301 |
| bb) Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG) . . . . .   | 302–306 |
| cc) Richtlinie über Unterlassungsklagen (RL 1998/27/EG) . . . . .  | 307     |
| dd) Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (VO Nr 2006/2004/EG) . . . . .   | 308     |
| b) Medienspezifisches Werberrecht (Internet und Fernsehen) . . . . .   | 309–313 |
| aa) Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (2000/31/EG) . . . . .   | 309     |
| bb) Fernabsatzrichtlinie (1997/7/EG) und die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (2002/65/EG) sowie der Richtlinie 2002/58/EG über den Datenschutz in der elektronischen Kommunikation . . . . . | 310     |

|   |         |  |          |
|---|---------|--|----------|
|   | Rn      |  | Rn       |
| cc) Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (RL 2007/65/EG) . . . | 311–313 | c) Inhaltsspezifisches Werbe-<br>recht . . . . . | 314–317  |
|   |         | 3. Äußerungsrecht . . . . .                      | 318, 319 |

## § 1 Einleitung

### I. Zur Bedeutung des europäischen Medienrechts für das nationale Recht

- 1 Das europäische Medienrecht hat in den letzten 20 Jahren erheblich an praktischer Bedeutung gewonnen. Dafür gibt es viele Gründe.
- 2 Zunächst ist das europäische Medienrecht wichtig für das Verständnis des nationalen Medienrechts. Viele deutsche rundfunkrechtliche Normen beruhen auf europäischen Harmonisierungsvorgaben, so im öffentlichen Medienrecht zB die Werberegulierung und die Quotenvorgaben im Rundfunkstaatsvertrag; im privaten Medienrecht gehen die letzten fünf Novellierungen des Urheberrechtsgesetzes auf Vorgaben aus Brüssel zurück.<sup>1</sup>
- 3 Diese nationalen Normen müssen richtlinienkonform ausgelegt werden. Das folgt bereits aus der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Richtlinien in nationales Recht umzusetzen (Art 249 Abs 3 EG). Dies gilt selbst dann, wenn die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist.<sup>2</sup> Prozessual eröffnet dieser Umstand grds eine zusätzliche Instanz. Das Gericht des Mitgliedstaats kann eine das Gemeinschaftsrecht betreffende Rechtsfrage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen, wenn es die Rechtsfrage für entscheidungserheblich hält und begründete Zweifel an der Auslegung des Gemeinschaftsrechts hat. Die praktische Folge ist, dass das Gerichtsverfahren Jahre länger dauern kann.<sup>3</sup>
- 4 Die sog Grundfreiheiten, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit, bilden einen Maßstab, an dem sich nationales Medienrecht messen lassen muss, soweit es um grenzüberschreitende Sachverhalte geht. Dabei fungieren die Grundfreiheiten gegenüber dem nationalen Recht ähnlich wie Grundrechte im nationalen Verfassungsrecht. Eingriffe in die Grundfreiheiten müssen geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.

„[...] Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich..., dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müs-

<sup>1</sup> Richtlinie 93/83/EWG des Rates zur Koordination bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung vom 27.9.1993, umgesetzt ua in den §§ 20a und 20b, 87 Abs 4 UrhG, die Richtlinie 93/98/EWG des Rates zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte vom 29.10.1993, umgesetzt ua in §§ 66, 67, 71, 72 Abs 3 UrhG, die Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von Datenbanken vom 11.3.1996, umgesetzt ua in §§ 87a–87e, 127a

UrhG, sowie die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22.5.2001, umgesetzt ua in §§ 16 Abs 1, 19a, 44a, 52a UrhG.

<sup>2</sup> BGHZ 138, 55 ff.

<sup>3</sup> So war es zB im Rechtsstreit über die Auslegung der Fernsehrichtlinie hinsichtlich des Brutto-Netto-Prinzips, vgl LG Stuttgart ZUM 1997, 62; OLG Stuttgart MMR 2001, 48; EuGH ZUM 2000, 58.

sen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. [...]“<sup>4</sup>

Der aus dem deutschen Recht stammende europäische Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist allerdings nicht völlig identisch mit dem deutschen Original.<sup>5</sup> So fällt auf, dass die jüngere Rechtsprechung des EuGH in Abkehr von der klassischen Verhältnismäßigkeitsformel die Angemessenheitsprüfung nicht mehr ausdrücklich als eigenständige Prüfungsstufe bezeichnet.<sup>6</sup>

Die Dienstleistungsfreiheit und Art 10 EMRK hatten drastische Auswirkungen auf die nationalen Rundfunkmonopole, die ohne sie möglicherweise noch heute existierten.<sup>7</sup> Unter Rückgriff auf diese Freiheitsrechte wurde die Monopolstellung vieler öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten gebrochen, ua in Italien, den Niederlanden, Belgien, Österreich, Portugal und Griechenland. Auch in Deutschland war die Tatsache, dass eine Einstrahlung und Weiterverbreitung ausländischer Programme, wie zB des seit 1984 zunächst von Luxemburg ausstrahlenden TV-Senders RTL Television, aus europarechtlichen Gründen nicht zu verhindern sein würde, einer der Gründe für die Zulassung privaten Rundfunks.

Ebenfalls von erheblicher Relevanz ist das EU-Kartellrecht. Rechtsgrundlage ist die VO 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FusionskontrollVO).<sup>8</sup> Die Verordnung findet auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung Anwendung. Wichtige Fusionsverfahren in Deutschland sind am Widerstand der Kommission gescheitert. So sähe zB der Pay-TV-Markt in Deutschland heute anders aus, wenn 1994 der Zusammenschluss des 1990 gegründeten Gemeinschaftsunternehmens „Premiere“ von der Kirch-Gruppe, Bertelsmann und Telekom oder später in abgeschwächter Form 1999 von der Kommission genehmigt worden wäre.<sup>9</sup>

Schließlich hat das Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen (Art 87 Abs 1 EGV) Auswirkungen auf die deutsche Medienordnung.<sup>10</sup> Zum einen begrenzt es die Handlungs- und Wachstumsmöglichkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten<sup>11</sup>, zum anderen bietet es den Rahmen, den die deutsche Filmförderung auf Bundes und Landesebene nicht überschreiten darf.<sup>12</sup>

<sup>4</sup> EuGH Rs C-55/94 – Gebhard, Slg 1995 I-04165 Rn 37.

<sup>5</sup> Badura/Scholz/Ossenbühl FS Lerche, 151 ff; *Marabun* VerwArch 85 (1994) 52 ff.

<sup>6</sup> EuGH Rs C-36/97 und C-37/97 – Kellinghusen, Slg 1998 I-06337 Rn 33; Rs C-233/94 – Einlagensicherung, Slg 1997 I-2405, Rn 54; Rs C-280/93 – Bananenmarktordnung, Slg 1994 I-04973. Unterschiede bestehen auch im Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle gegenüber dem Gemeinschaftsgesetzgeber, vgl auch *Stein* EuZW 1998, 261, 262 ff; *Lenz* NJW 1997, 3289 ff.

<sup>7</sup> EuGH Rs C-155/73 – Sacchi, Slg 1974, 409; Rs C-352/84 – Bond van Adverteeders, Slg

1988, 2085; Rs C-260/89 – ERT, Slg 1991 I-2925; Rs C-288/89 – Gouda, Slg 1991 I-4007; EGMR NJW 1991, 620 – Autronic; EGMR AfP 1994, 281 – Lentia; vgl auch *Barendt/Hitchens* 162 ff, *Greissing* 92 ff.

<sup>8</sup> Verordnung 139/2004/EG des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung).

<sup>9</sup> ABIEG 1994 L 364, 1 – MSG Media Service bzw ABIEG 1999 L 53, 1 – Bertelsmann/Kirch/Premiere.

<sup>10</sup> S unten Rn 82 ff.

<sup>11</sup> S unten Rn 82 ff.

<sup>12</sup> S unten Rn 84 ff.

## II. Rechtsquellen, Normenhierarchie und Wirkung europäischer Normen

- 9** Im Gemeinschaftsrecht existiert eine ähnliche Normenhierarchie wie im innerstaatlichen Recht. An ihrer Spitze steht das primäre Gemeinschaftsrecht, das die Gründungsverträge EGV und EAGV, die Protokolle zu den Verträgen und die allgemeinen Rechtsgrundsätze umfasst. Die Verträge bilden gleichzeitig die Grundlage des von den Gemeinschaftsorganen erlassenen sekundären Gemeinschaftsrechts. Dazu gehören Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen. Auch Empfehlungen und Stellungnahmen können eine rechtliche Wirkung bei der Interpretation des europäischen und nationalen Rechts entfalten. Zwischen sekundärem und primärem EU-Recht stehen die völkerrechtlichen Abkommen, die gem Art 300 Abs 7 EGV die Gemeinschaftsorganen binden. Die Regeln des allgemeinen Völkerrechts (Gewohnheitsrecht und allgemeiner Rechtsgrundsätze) finden Geltung, soweit sie nicht von den Regeln des EU Rechts verdrängt werden.<sup>13</sup> Gemeinsam mit den politischen Zielsetzungen der Gemeinschaft bildet der Bestand des EU Rechts den sog gemeinschaftlichen Besitzstand (*acquis communautaire*), den die Beitrittsstaaten übernehmen müssen. Anpassungen des bestehenden Gemeinschaftsrechts im Hinblick auf die Aufnahme neuer Staaten werden durch Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten und dem beitretenden Staat geregelt (Art 49 Abs 2 EU).
- 10** Die Verordnung entspricht in ihrer Normqualität am ehesten einem innerstaatlichen Gesetz (vergleiche Art 249 Abs 2 EGV). Sie gilt unmittelbar und ist in allen Teilen auch für den einzelnen verbindlich. Gem Art 253 EGV muss die europäische Gemeinschaft Verordnungen begründen. Sie sind im Amtsblatt der Gemeinschaften, Teil L, zu veröffentlichen. Das für die Medien in Europa wichtigste Beispiel ist die FusionskontrollVO.
- 11** Während das primäre Gemeinschaftsrecht und auch die Verordnungen nach Art 249 Abs 2 EGV für die Mitgliedstaaten ohne weitere Umsetzungsnormen rechtlich verbindlich sind<sup>14</sup>, bedürfen die Richtlinien nach Art 249 Abs 3 EGV noch der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten. Erst nach Ablauf der in der Richtlinie vorgesehenen Umsetzungsfrist kann eine Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbare Wirkungen entfalten, mit der Folge, dass abweichendes nationales Recht nicht zum Nachteil des Betroffenen angewendet werden darf.<sup>15</sup> Bei begünstigenden Richtlinien kann sich der Einzelne nach Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbar auf die Richtlinie berufen, sofern diese inhaltlich unbedingte und ausreichend konkrete Rechte verbürgt beziehungsweise Regelungen enthält.<sup>16</sup> Bei der Anwendung einschlägiger, europäischer Richtlinien ist demnach von entscheidender Bedeutung, ob die für die Umsetzung einer einschlägigen Richtlinie vorgeschriebene Umsetzungsfrist noch läuft oder bereits abgelaufen ist, und ob der Mitgliedstaat die Richtlinie umgesetzt hat oder nicht:
- Ist die Umsetzungsfrist einer einschlägigen Richtlinie noch nicht abgelaufen, so kann sie jedoch schon **Vorwirkungen** zeigen und es kann für die mitgliedstaatlichen Gerichte angezeigt sein, die Richtlinie bereits zu beachten und das nationale Recht entsprechend richtlinienkonform auszulegen („stand still“).<sup>17</sup> Die richtlinienkonforme Auslegung hat innerhalb der Grenzen der nationalen Methodenlehre und unter voller Ausschöpfung eventuell bestehender Beurteilungsspielräume, **nicht jedoch contra**

<sup>13</sup> Vgl *Herdegen* § 9 Rn 1.

<sup>14</sup> Grundlegend zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts EuGH Rs 6/64 – *Costa ENEL*, Slg 1964, 585.

<sup>15</sup> EuGH Rs C-212/04 – *Adelener*, Slg 2006 I-6057.

<sup>16</sup> EuGH Rs 152/84 – *Marshall*, Slg 1986, 723, 749; keine unmittelbare Wirkung jedoch zwischen Privatpersonen, EuGH Rs C-192/94 – *El Corte Ingles*, Slg 1996 I-1281.

<sup>17</sup> Weiterführend *Auer* NJW 2007, 1106.

**legem**, das heißt nicht entgegen dem expliziten Wortlaut der nationalen Regelung zu erfolgen.<sup>18</sup> Eine solche richtlinienkonforme Auslegung ist vor allem dann angezeigt, wenn die anzuwendende nationale Norm letztlich auf einer Wertungsfrage beruht und die Wertung bei Geltung des Gemeinschaftsrechts in jedem Fall anders ausfällt.<sup>19</sup> Enthält eine noch nicht umgesetzte Richtlinie jedoch strengere Regeln als das nationale Recht, so kann sie noch keine Vorwirkungen zeigen. Eine Verbots- oder Eingriffsregel bedarf einer gesetzlichen Grundlage, welche vor Ablauf der Umsetzungsfrist eben noch nicht gegeben ist.<sup>20</sup>

- Ist die Umsetzungsfrist bereits abgelaufen, ist eine Richtlinie **unmittelbar** anwendbar, sofern die Richtlinie von ihrem Inhalt her unbedingt und hinreichend bestimmt ist, um im Einzelfall angewendet werden zu können. Sind diese Voraussetzungen gegeben, können sich Einzelne gegenüber dem Staat vor nationalen Behörden und Gerichten auf die sie begünstigenden Vorschriften der Richtlinie berufen.<sup>21</sup> Unmittelbar anwendbar ist das Richtlinienrecht grds nur gegenüber dem Staat. Die begünstigende Drittwirkung für den Einzelnen gilt unter bestimmten Voraussetzungen allerdings auch gegenüber privaten Arbeitgebern.<sup>22</sup> Eine unmittelbare Drittwirkung zulasten Dritter wird vom EuGH bisher abgelehnt.<sup>23</sup>
- Widersprechen sich das Richtlinienrecht und das nationale Recht, so sind die mitgliedstaatlichen Gerichte gehalten, den Konflikt unter Anwendung aller gebotener Auslegungsregeln unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts zu beseitigen<sup>24</sup> oder das entgegenstehende nationale Recht gem Art 10 Abs 2 EG nicht anzuwenden. Die Nichtanwendung von (weiter-)geltenden und einschlägigen, nationalen Normen führt jedoch weder auf der nationalen Ebene zu Rechtsklarheit noch kann damit zu einem einheitlichen Gemeinschaftsrecht sinnvoll beigetragen werden. Bei Unvereinbarkeit von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht bietet sich für den Richter deshalb das Vorlageverfahren an, insbesondere weil die Konfliktlage dadurch dem nationalen Gesetzgeber besonders deutlich vor Augen geführt wird.<sup>25</sup>
- Richtlinien müssen effektiv umgesetzt werden („effet utile“-Prinzip). Über den Inhalt und die Geltung des Richtlinienrechts im innerstaatlichen Recht dürfen für den einzelnen und die nationalen Organe kein Zweifel bestehen. Deshalb müssen Richtlinien grds in Form von Außenrechtssätzen (Gesetzen, Rechtsverordnungen und Ähnlichem) umgesetzt werden. Eine Umsetzung in Form einer bloßen Verwaltungsvorschrift ist deswegen problematisch.<sup>26</sup>

<sup>18</sup> EuGH Rs C-212/04 – Adelener, Slg 2006 I-6057; BGH GRUR 1998, 824, 827 – Testpreis-Angebot.

<sup>19</sup> Bspw in der Entscheidung des 1. Zivilsenats zur Frage der Zulässigkeit vergleichender Werbung, welche in Vorgriff auf die Regelungen der Werberichtlinie RL 97/55/EG zur Änderung der RL 84/450/EWG über irreführende Werbung bis dato wettbewerbswidrige, vergleichende Werbung bereits zuließ, sofern nur die ebenfalls in der Richtlinie geforderten Voraussetzungen erfüllt sind – BGH GRUR 1998, 824 ff – Testpreis-Angebot.

<sup>20</sup> Riesenhuber/Ullmann 303.

<sup>21</sup> EuGH Rs 8/81 – Becker, Slg 1982, 53;

ständige Rechtsprechung, vgl zB EuGH Rs 152/84 – Mindestrentenalter, Slg 1986, 9723; Rs C-319/97 Slg 1999 I-03143; Rs C-174/00 Slg 2002 I-07869; Rs C-231/06 EuZW 2007, 644.

<sup>22</sup> EuGH Rs 152/84 – Marshall, Slg 1986, 723, 749.

<sup>23</sup> EuGH Rs C-91/92 – Faccini Dori, Slg 1994 I-3325; vgl aber EuGH Rs C-397/01 – Pfeiffer, Slg 2004 I – 8835.

<sup>24</sup> EuGH Rs C-212/04 – Adelener, Slg 2006 I-6057; Auer NJW 2007, 1106 ff.

<sup>25</sup> S unten Rn 128 ff; vgl auch Riesenhuber/Ullmann 305.

<sup>26</sup> Vgl EuGH Rs C-361/88 – TA Luft, Slg 1991 I-2567.

- Die Nichtumsetzung von Richtlinien kann auch zu einem **Staatshaftungsanspruch** führen.<sup>27</sup> Der EuGH hat in weitgehender Rechtsfortbildung Schadensersatzansprüche des Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht selbst auch dann bejaht, wenn das nationale Staatshaftungsrecht überhaupt keine Basis für Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Gemeinschaftsrecht bietet. Die Voraussetzungen, die der EuGH für eine derartige Staatshaftung aufstellt, ähneln den Kriterien für die unmittelbare Wirkung von nicht umgesetzten Richtlinien. So muss die Richtlinie dem Einzelnen subjektive Rechte verleihen. Der Inhalt der Rechte muss soweit konkretisiert sein, dass das Mindestmaß der gebotenen Begünstigung klar erkennbar ist. Außerdem muss zwischen dem Verstoß des Mitgliedstaates gegen die Umsetzungsfrist und dem entstandenen Schaden für den begünstigten ein kausaler Zusammenhang bestehen. Die Ausgestaltung der Staatshaftung überlässt der EuGH dem nationalen Haftungsrecht. Die aus der „Francovich“-Rechtsprechung<sup>28</sup> gewonnenen Erkenntnisse und Grundsätze wendet der EuGH seit Mitte der neunziger Jahre auch auf die Verletzung von unmittelbar wirksamen primärem Gemeinschaftsrecht an. Auch hier stellt der Entschädigungsanspruch aus Sicht des Gerichts eine notwendige Ergänzung der unmittelbaren Wirkung dar, die den Gemeinschaftsvorschriften zukommen, auf deren Verletzung der entstandene Schaden beruhe. Dabei lehnt der EuGH ausdrücklich ein besonderes Verschulden des verantwortlichen Organs als Haftungserfordernis ab. Die Anerkennung einer solchen Staatshaftung revolutioniert das deutsche Staatshaftungsrecht, das bis dahin keinen Anspruch wegen legislativen Unrechts kannte.<sup>29</sup>

### III. Verhältnis des europäischen zum nationalen Recht

- 12** Das Gemeinschaftsrecht genießt **Vorrang** gegenüber dem nationalen Recht.<sup>30</sup> Der EuGH hat in der Rechtssache Costa/Enel<sup>31</sup> eine für das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht grundlegende Feststellung getroffen: Die Staaten hätten Hoheitsrechte endgültig auf das von ihnen geschaffene Gemeinwesen übertragen. Sie könnten diesen Akt durch spätere einseitige Maßnahmen nicht rückgängig machen. Das Primat des Gemeinschaftsrechts ergebe sich aber auch aus dem Grundsatz der Vertragstreue (Art 10 EGV), dem Diskriminierungsverbot (Art 12 EGV) und der unmittelbaren Geltung von Verordnungen in jedem Mitgliedstaat (Art 249 Abs 2 EGV). Das Gemeinschaftsrecht ist insoweit ein besonderes Völkerrecht, da es im Rang zwischen Verfassungsrecht und einfachem Gesetzesrecht steht oder nur den Rang einfachen Gesetzesrechts hat (Art 59 GG). Das Verhältnis von inkorporiertem oder transformiertem Völkerrecht und staatlichem Recht bestimmt sich nach der Regel, wonach das spätere Gesetz das frühere Gesetz verdrängt („lex posterior“-Grundsatz).

<sup>27</sup> Ein aktuelles Beispiel aus dem Bereich der Medien ist die Klage deutscher TV-Sender gegen die Bundesrepublik vor dem LG Berlin, die sich bei der vorletzten Urheberrechtsreform (sog 1. Korb) nicht in der Lage gesehen hatte, den Sendern einen Vergütungsanspruch aus §§ 53 ff UrhG auf der Basis ihres Signalrechts gem § 87 UrhG zu gewähren (Az 23 O 37/07; nicht rechtskräftig); vgl dazu *epd* Medien 2008, Nr 7, 12.

<sup>28</sup> EuGH C-6/90 ua – Francovich, Slg 1991 I-5357.

<sup>29</sup> Ausf dazu Dausen/*Stettner* A IV Rn 46 f.

<sup>30</sup> Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts wird von den Gerichten der Mitgliedstaaten – nach anfänglichem Zögern – allgemein anerkannt. Ein Überblick geben *Bieber/Epiney/Haag* 94 ff; zur Haltung des französischen Conseil d’Etats vgl *Stotz* EuZW 1991, 118 ff.

<sup>31</sup> EuGH Rs 6/64 – Costa/Enel, Slg 10, 1251.

Fraglich ist lediglich, ob es sich beim Vorrang des Gemeinschaftsrechts um einen **Geltungsvorrang** handelt oder nur um einen **Anwendungsvorrang** im Sinne einer Kollisionsregel. Bei einem Geltungsvorrang würde ein Verstoß des nationalen Rechts gegen das EU-Recht automatisch zu dessen Unwirksamkeit führen, während bei einer Kollisionsregel das EU-rechtswidrige innerstaatliche Recht nur im konkreten Fall nicht angewendet werden dürfte. Auch ein Anwendungsvorrang kann jedoch weit reichende Folgen haben. Dies zeigt sich am Beispiel der Bestandskraft von (gemeinschaftsrechts-)widrigen Verwaltungsakten. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts setzt sich zumindest insoweit gegen die Bestandskraft durch, als eine Geldstrafe, die nach dem Zeitpunkt des Beitritts eines Mitgliedstaates wegen der Nichtbeachtung eines bestandskräftigen Verwaltungsaktes verhängt wurde, nicht verlangt werden kann.<sup>32</sup>

Etwas komplexer ist das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und **deutschem Verfassungsrecht**. Grds bot bereits Art 24 Abs 1 GG (und bietet heute Art 23 GG) eine ausreichende Basis für den Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Das Bundesverfassungsgericht verneinte jedoch in der ersten „Solange-Entscheidung“ 1974 den Vorrang des Gemeinschaftsrechts, weil es die Grundrechtsgewährleistungen des Gemeinschaftsrechts für nicht ausreichend hielt. **Solange** der allgemein verbindliche Grundrechtsstandard des EU Rechts demjenigen des Grundgesetzes noch nicht mit Sicherheit entspräche, sei es Sache des nationalen Verfassungsgerichts, sekundäres Gemeinschaftsrecht auf seine Vereinbarkeit mit den Grundrechten zu überprüfen und gegebenenfalls seine Unanwendbarkeit festzustellen.<sup>33</sup> Später hat das Gericht angesichts der Weiterentwicklung der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte durch den Europäischen Gerichtshof die „**Solange-Formel**“ umgedreht. Solange die Europäische Gemeinschaft einen wirksamen, dem Grundgesetz im Wesentlichen entsprechenden Schutz der Grundrechte gewährleistet, will das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendung von sekundärem Gemeinschaftsrecht nicht mehr ausüben und nicht mehr am Maßstab des Grundgesetzes messen.<sup>34</sup> Entsprechende Vorlagen nach Art 100 Abs 1 GG seien somit unzulässig.<sup>35</sup> Diese zweite „Solange-Formel“ hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Maastricht-Urteil im Grundsatz bestätigt und hinzugefügt, dass es seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von sekundärem Gemeinschaftsrecht in Deutschland in einem „Korporationsverhältnis“ zum EuGH ausüben wolle, indem der EuGH den Grundrechtsschutz im Einzelfall garantiere und das Bundesverfassungsgericht sich auf eine generelle Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsschutzes beschränken könne.<sup>36</sup>

Kurz zusammengefasst lassen sich deshalb drei Varianten differenzieren: Einfaches Verfassungsrecht muss dem Gemeinschaftsrecht weichen. Verfassungsrecht, für das es keinen dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene gibt, bleibt anwendbar. Und schließlich kann auch der **unanantastbare Kernbestand** des Art 79 Abs 3 GG nicht von entgegenstehendem Gemeinschaftsrechts verdrängt werden.

Diese sog **Ewigkeitsgarantie** des Art 79 Abs 3 GG führt auch dazu, dass das Bundesverfassungsgericht seine frühere Rechtsprechung, wonach eine Verfassungsbeschwerde nicht unmittelbar gegen supranationale Hoheitsakte gerichtet werden konnte (da es sich dabei nicht um einen Akt deutscher öffentlicher Gewalt handelte) aufgegeben hat. Denn auch Akte einer supranationalen Organisation betreffen Grundrechte; sie berühren damit

<sup>32</sup> EuGH Rs C-224/97 – Ciola, Slg 1999 I-2517.

<sup>33</sup> BVerfGE 37, 271, 279 ff – Solange I.

<sup>34</sup> BVerfGE 73, 339, 375 ff – Solange II.

<sup>35</sup> S aber unten in der nachfolgenden Rn 16;

BVerfGE 73, 339, 387 – Solange II.

<sup>36</sup> BVerfGE 89, 155 – Maastricht; vgl Dörr ZUM 1995, 14 ff.

die Gewährleistung des Grundgesetzes und die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts.<sup>37</sup> Die Reduzierung der inhaltlichen Kontrolle im Grundrechtsbereich beinhaltet also keine Beschränkung der **Kontrolle in Kompetenzfragen**. Ausgehend vom Demokratieprinzip als tragendem Strukturprinzip des Grundgesetzes iSd Art 79 Abs 3 GG behält sich das Gericht deswegen vor, das jeweilige Zustimmungsgesetz dahingehend zu kontrollieren, ob es sich an die durch die Verträge den Gemeinschaftsorganen zugewiesenen Kompetenzen hält. Diese Überprüfung einer möglichen Kompetenzüberschreitung durch einen Rechtsakt der Europäischen Gemeinschaft wird auch von anderen Gerichten in Europa vertreten und vom Europäischen Parlament mit Besorgnis betrachtet.<sup>38</sup>

## § 2

### Europäisches Primärrecht

#### I. Grundfreiheiten

- 17** Gem Art 14 Abs 2 EGV ist es vorrangiges Ziel der Europäischen Gemeinschaft, einen einheitlichen Binnenmarkt als Raum ohne Binnengrenzen zu errichten, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Unterschiedlich strenge Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten im Bereich des Medienrechts können den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt behindern und damit das gegenüber dem nationalen Recht **vorrangige Primärrecht der Gemeinschaft** verletzen. Neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Art 12 EGV sind im Bereich des Medienrechts vor allem die primärrechtlichen Vorschriften zum Schutze des freien Warenverkehrs (Art 28 ff EGV) und des freien Dienstleistungsverkehrs (Art 49 ff EGV) von Bedeutung. Daneben können auch die Niederlassungsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit eine Rolle spielen. Allerdings sind nationale medienrechtliche Bestimmungen, die auf Gemeinschaftsebene bereits abschließend harmonisiert wurden, anhand der betreffenden Harmonisierungsmaßnahmen und nicht des primären Gemeinschaftsrechts zu beurteilen.<sup>39</sup>
- 18** Eine mitgliedstaatliche, gesetzliche Regelung verstößt damit gegen primäres Gemeinschaftsrecht, wenn die Rechtsfrage **noch nicht durch sekundäres Gemeinschaftsrecht abschließend harmonisiert** wurde, wenn der **Anwendungsbereich einer Grundfreiheit** eröffnet ist und die nationale Maßnahme nicht durch die expliziten **Schrankenregelungen** der Grundfreiheiten oder den durch Rechtsprechung bestätigten immanenten Schranken gerechtfertigt ist.<sup>40</sup>
- 19** Nationales Recht, welches gegen die Grundfreiheiten verstößt, ist zwar nicht nichtig, darf aber von den Gerichten nicht angewandt werden.<sup>41</sup> Verstößt eine nationale Rechtsvorschrift etwa gegen die Warenverkehrsfreiheit (zB das deutsche Reinheitsgebot für Bier)<sup>42</sup>, und wird diese jedoch für den grenzüberschreitenden Warenverkehr aufgehoben und nur für Inländer beibehalten, so ist der Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht nicht mehr gegeben. In diesen Fällen der **Inländerdiskriminierung** ist das Gemeinschaftsrecht nicht mehr betroffen, sondern es kommen Verstöße gegen nationales Verfassungsrecht in Betracht.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> BVerfGE 89, 155, 175 – Maastricht.

<sup>38</sup> Vgl *Herdegen* Rn 247 f.

<sup>39</sup> EuGH EuZW 2002, 89 – Daimler Chrysler; EuGH NJW 2004, 131 – DocMorris.

<sup>40</sup> Wie etwa im Urteil EuGH GRUR 1979, 468 – Cassis de Dijon.

<sup>41</sup> EuGH EuZW 1997, 574 – Morrelato.

<sup>42</sup> EuGH Rs 178/84 – Reinheitsgebot für Bier, Slg 1987, 1227.

<sup>43</sup> S dazu EuGH EuZW 1992, 189 – Steen/Deutsche Bundespost.

## 1. Warenverkehrsfreiheit, Art 28 EGV

a) **Grundsatz.** Art 28 EGV verbietet **mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen** und nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH auch **sämtliche Maßnahmen gleicher Wirkung** zwischen den Mitgliedstaaten. Als Maßnahme mit gleicher Wirkung ist laut EuGH jede Regelung der Mitgliedstaaten anzusehen, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.<sup>44</sup> Es ist nicht erforderlich, dass die nationale Regelung gerade bezweckt, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu regeln. Vielmehr kommt es lediglich darauf an, wie sich die Regelung tatsächlich oder potenziell auf den innergemeinschaftlichen Handel auswirken kann. Mit dieser sog. „*Dassonville-Formel*“ hat der EuGH den Anwendungsbereich des Art 28 EGV gleich einer Generalklausel weiterentwickelt, welche eine Überprüfung sämtlicher Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs erlaubt. Fehlt es an einer anerkannten **Rechtfertigung** für solche Beschränkungen aufgrund **Art 30 EGV** oder entsprechend der *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung<sup>45</sup>, so unterfallen sie dem Verbot des Art 28 EGV. Soweit sich also Hemmnisse für den Warenverkehr daraus ergeben, dass importierte Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten nationalen, warenbezogenen Vorschriften entsprechen müssen, sind sie – vorbehaltlich einer anerkannten Rechtfertigung – gem Art 28 EGV als verbotene Maßnahmen mit gleicher Wirkung zu qualifizieren, selbst wenn diese Vorschriften unterschiedslos für importierte wie für einheimische Waren gelten.

Aus dieser Rechtsprechung folgt das **Prinzip der gegenseitigen Anerkennung**: Die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellten und in Verkehr gebrachten Waren sind – vorbehaltlich gerechtfertigter Beschränkung – in der gesamten Gemeinschaft verkehrsfähig.

Der EuGH unterscheidet seit seiner *Keck-Entscheidung*<sup>46</sup> von 1993 in ständiger Rechtsprechung zwischen Regelungen, welche die Merkmale der **Ware selbst**, und solchen, die lediglich **Modalitäten des Verkaufs der Ware** betreffen.

Als **warenbezogene Regelung** sind bspw Regelungen anzusehen, die an Waren bestimmte Anforderungen, etwa hinsichtlich der Bezeichnung, Form, Abmessung, Zusammensetzung, Aufmachung, Etikettierung und Verpackung stellen.<sup>47</sup> Soweit eine Vorschrift nicht die Merkmale der Ware selbst regelt, sondern nur bestimmte Modalitäten ihres Verkaufs beschränkt oder verbietet, stellt sie laut EuGH grds keine Maßnahme gleicher Wirkung iSd Art 28 EGV dar. Als Verkaufsmodalitäten sind insbesondere solche Vorschriften anzusehen, die das **Wer, Wo, Wann und Wie** der Produktvermarktung regeln. Dazu gehören bspw Werbebeschränkungen und Werbeverbote, etwa bzgl der Fernsehwerbung<sup>48</sup> oder das Verbot des Versandhandels mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln.<sup>49</sup> Mit dieser Unterscheidung wollte der EuGH seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet überprüfen und präzisieren, da sich Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Art 28 EGV beriefen.<sup>50</sup> Gleichwohl kann die Abgrenzung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Als Orientierung, nicht jedoch zur zweifelsfreien Abgrenzung kann die Frage dienen, ob auf Basis der fraglichen Regelung bei einer Einfuhr-Inspektion eines ausländi-

<sup>44</sup> EuGH GRUR Int 1974, 467 – Dassonville.

<sup>45</sup> EuGH GRUR 1979, 468 – Cassis de Dijon; Weiterführend *Becker* EuR 1994, 162 ff.

<sup>46</sup> EuGH GRUR 1994, 296 – Keck und Mithouard.

<sup>47</sup> EuGH WRP 1995, 677 – Mars; WRP 1997, 706 – Zeitschriften-Gewinnspiel.

<sup>48</sup> EuGH WRP 1995, 470 – Leclerc-Siplec; GRUR Int 1997, 913, 917 – de Agostini.

<sup>49</sup> EuGH NJW 2004, 131 – DocMorris.

<sup>50</sup> So ausdrücklich der EuGH, GRUR 1994, 296 – Keck und Mithouard.

sches Produktes festgestellt werden könnte, dass das Produkt in seiner konkreten Aufmachung und Verpackung im Inland nicht angeboten werden darf.<sup>51</sup> Wenn das der Fall ist, so handelt es sich um eine warenbezogene Regelung, denn zu dem Zeitpunkt hat der Abverkauf der Ware noch nicht begonnen.

- 24** Eine lediglich **Verkaufsmodalitäten** betreffende Regelung fällt nur dann unter Art 28 EGV, wenn sie erstens nicht für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gilt, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben und sie zweitens den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich nicht in gleicher Weise berührt.<sup>52</sup> Berühren die Regelungen den Absatz inländischer Erzeugnisse und importierter Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise, so ist der Anwendungsbereich des Art 28 EGV nicht eröffnet.
- 25** b) **Ausnahmen/Rechtfertigungsgründe.** Fällt eine Beschränkung unter Art 28 EGV, so kann diese entweder durch die **geschriebene Schranke des Art 30 EGV** oder durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe als „**zwingende Allgemeinwohlinteressen**“ nach der **Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung** gleichwohl gerechtfertigt werden.
- 26** Bei der Prüfung ist allerdings zu beachten, dass Maßnahmen, die nicht unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Produkte gelten, ausschließlich durch Art 30 EGV gerechtfertigt werden können.<sup>53</sup> Die Prüfung der Rechtfertigung nach Art 30 EGV hat vor der Prüfung der immanenten Einschränkungen von Art 28 EGV zu erfolgen. Denn als rechtfertigende „**zwingende Erfordernisse**“ kommen nur solche in Betracht, die nicht in Art 30 EGV genannt sind.<sup>54</sup>
- 27** aa) **Art 30 EGV.** Eine **Rechtfertigung** von Beschränkungen, die unter Art 28 EGV fallen, kommt aus Art 30 EGV in Betracht, wenn folgende **Voraussetzungen** gegeben sind: (a) Es liegt einer der in Art 30 EGV abschließend aufgezählten Rechtfertigungsgründe vor. (b) Die Beschränkung genügt dem **Verhältnismäßigkeitsgebot**. (c) Die Beschränkung darf weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.
- 28** Nach Art 30 EGV können solche Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverbote oder -beschränkungen gerechtfertigt sein, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Im Bereich des privaten Medienrechts und Wettbewerbsrechts kommt vor allem dem **Schutz der Gesundheit und des Lebens** (insbesondere bei Arzneimitteln) sowie dem Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums besondere Bedeutung zu. Unter letzteren Begriff fallen sämtliche **Rechte des geistigen Eigentums**, insbesondere technische Schutzrechte wie Patente und Gebrauchsmuster, Kennzeichenrechte wie Marken, Unternehmensbezeichnungen und Werktitel sowie das Geschmacksmusterrecht, Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte.<sup>55</sup> Der EuGH hat auch geographische Herkunftsangaben als Rechte gem Art 30 EGV anerkannt.<sup>56</sup>
- 29** Das **Verhältnismäßigkeitsgebot** gilt im gesamten Gemeinschaftsrecht und erfordert, dass die zu überprüfende Maßnahme **geeignet, erforderlich und angemessen** sein muss,

<sup>51</sup> Vgl Piper/Ohly/*Ohly* Einf C Rn 15 mit weiteren Beispielen; weiterführend auch Ehlers/*Epiney* 227 ff; *Ackermann* RIW 1994, 189.

<sup>52</sup> EuGH GRUR 1994, 296 – Keck und Mithouard; EuGH NJW 2004, 131 – DocMorris.

<sup>53</sup> Weiterführend *Mühl*, 345 ff.

<sup>54</sup> EuGH EuZW 1993, 129 – Michel Debus.

<sup>55</sup> Streinz/*Schroeder* Art 30 EGV Rn 23 ff.

<sup>56</sup> EuGH GRUR Int 1993, 76 – Exportur.

um die berechtigten Belange der Maßnahme zu erreichen. Während den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Geeignetheit der Maßnahme ein Prognosespielraum zukommt, ist die Frage der Geeignetheit voll überprüfbar, dh die Frage, ob es nicht ein milderes aber ebenso zuverlässiges Mittel gegeben hätte.<sup>57</sup> Schließlich ist eine Maßnahme nur dann angemessen, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.

**bb) Immanente Einschränkungen von Art 28 EGV.** Nach der Rechtsprechung des EuGH sind auch solche Regelungen als Maßnahmen gleicher Wirkung gem Art 28 EGV zu beurteilen, die sich nicht auf eingeführte Waren beziehen, sondern unterschiedslos für ausländische und inländische Waren gelten, sofern sie die Einfuhr solcher ausländischer Waren behindern, die nach ausländischem Recht rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind.<sup>58</sup> Allerdings können solche Regelungen nicht nur nach Art 30 EGV, sondern auch nach den **ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen**, also den immanenten Einschränkungen des Art 28 EGV zulässig sein. 30

In seinem *Cassis-de-Dijon-Urteil* entschied der EuGH, dass nationale Regelungen, die unterschiedslos für heimische wie für importierte Erzeugnisse gelten, aber zu Hemmnissen für den freien Binnenhandel führen, in Ermangelung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung hingenommen werden müssen, wenn sie notwendig sind, um **zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses** gerecht zu werden.<sup>59</sup> Zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses zählt der EuGH ua den Verbraucherschutz, den Gesundheitsschutz, die Lauterkeit des Handelsverkehrs und den Umweltschutz. Das Ziel der jeweiligen nationalen Regelung muss daher mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein. Beschränkende – diskriminierungsfreie – Regelungen sind außerdem nur dann zulässig, wenn sie dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** entsprechen, also in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen, und wenn dieser Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken.<sup>60</sup> 31

Eine Rechtfertigung kann demnach unter folgenden **Voraussetzungen** gegeben sein: 32

(a) Es fehlt eine abschließende, gemeinschaftsrechtliche Regelung. Liegt eine gemeinschaftsrechtliche Regelung in dem betroffenen Bereich vor, so ist zunächst festzustellen, ob diese eine vollständige Harmonisierung bezweckt oder lediglich Mindeststandards festlegen soll. Nur sofern eine vollständige Harmonisierungsmaßnahme vorliegt, ist eine Berufung auf sonstige „zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls“ nicht möglich.<sup>61</sup> (b) Es liegt ein zwingendes Erfordernis für das Allgemeinwohl vor. Hier eröffnet sich mangels abschließender Definition von Allgemeinwohlbelangen ein gewisser Spielraum, wobei der EuGH bislang nur gewichtige Belange anerkannt hat, welche von einiger Bedeutung für die Gesellschaft sind.<sup>62</sup> So wurden anerkannt: Die wirksame steuerliche Kontrolle; Schutz der öffentlichen Gesundheit, Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs, Umweltschutz, Verbraucherschutz, Schutz der Sozialsysteme, Schutz der Medienvielfalt. (c) Die zu überprüfende Regelung gilt unterschiedslos für importierte wie inländische Waren. Sofern auch nur mittelbare Unterschiede (mittelbare Diskriminierung) in der Anwendung der Regelung existieren, sind nach dem EuGH lediglich die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art 30 EGV einschlägig.<sup>63</sup> (d) Die Beschränkung muss dem Gebot der Ver-

<sup>57</sup> EuGH GRUR 1993, 747 – Yves Rocher; EuGH GRUR Int 1994, 231 – Clinique.

<sup>58</sup> EuGH Rs 120/78 – Cassis de Dijon, Slg 1979, 649.

<sup>59</sup> EuGH Rs C-368/95 – Familiapress, Slg 1997 I-3689.

<sup>60</sup> EuGH GRUR 1993, 747 – Yves Rocher; EuGH GRUR 1994, 303 – Clinique; EuGH

NJW 1995, 3243 – Mars; EuGH GRUR Int 1997, 912 – de Agostini.

<sup>61</sup> EuGH EuZW 2002, 89 – Daimler Chrysler; GRUR 2004, 174 – DocMorris; EuGH GRUR Int 1997, 912 – de Agostini.

<sup>62</sup> MwN Streinz/Schroeder Art 30 EGV Rn 33 ff.

<sup>63</sup> EuGH GRUR 2004, 174 – DocMorris.

hältnismäßigkeit genügen (erforderlich und angemessen), wie für Art 30 EGV entwickelt worden ist.

- 33** cc) Die Grundrechte als Rechtfertigungsgründe und Schranken-Schranken. Neben dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Grundrechte der Union als selbstständige Schranken-Schranken in die Überprüfung von Eingriffen in die Grundfreiheiten heranzuziehen.<sup>64</sup> Soll ein Eingriff in die Grundfreiheiten durch einen geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund gedeckt sein, so ist die „im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Rechtfertigung im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen“.<sup>65</sup> Das soll sowohl für die geschriebenen Rechtfertigungsgründe als auch die immanenten Schranken der Grundfreiheiten gelten,<sup>66</sup> sowie für nichtdiskriminierende Verkaufsmodalitäten, bei welchen eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten nach Maßgabe der *Keck*-Formel gar nicht vorliegt und sich die Frage der Rechtfertigung an sich gar nicht stellt.<sup>67</sup>
- 34** In seiner jüngeren Rechtsprechung verstärkt der EuGH die Rolle der Grundrechte noch und sieht in ihnen auch ein eigenständiges Gegengewicht zu den Grundfreiheiten: Da die Grundrechte der Union sowohl von der Union als auch den Mitgliedstaaten zu beachten seien, stellt ihr Schutz laut EuGH ein berechtigtes Interesse dar, welches Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen kann.<sup>68</sup> Grundrechte im Sinne des EuGH sind jedoch lediglich die Grundrechte der Union, da die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte automatisch eröffne und damit mitgliedstaatliche Grundrechte verdränge.<sup>69</sup>
- 35** Die Grundrechte der Gemeinschaft entfalten damit im Verhältnis zu den Grundfreiheiten ein doppeltes Spannungsfeld: Einerseits können sie die Wirkung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten verstärken, indem sie als Schranken-Schranken für Eingriffe in die Grundfreiheiten wirken und auf diese Weise den Schutz von Individualinteressen in den Abwägungsprozess einbringen.<sup>70</sup> Andererseits können sie auch eine Schutzkonstellation hervorrufen, die eine Einschränkung der Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten erfordert und rechtfertigt.<sup>71</sup>

## 2. Dienstleistungsfreiheit, Art 49 ff EGV

- 36** Dienstleistungen sind nach Art 50 EGV Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit von Personen unterliegen. Dazu gehören nach dem EuGH auch Rundfunksendungen (Hörfunk und Fernsehen).<sup>72</sup>

<sup>64</sup> EuGH Rs C-368/95 – Familiapress, Slg 1997 I-3689, Rn 24.

<sup>65</sup> EuGH Rs C-368/95 – Familiapress, Slg 1997 I-3689, Rn 24.

<sup>66</sup> EuGH Rs C-368/95 – Familiapress, Slg 1997 I-3689, Rn 24.

<sup>67</sup> EuGH Rs C-71/02 – Karner, Slg 2004, I-3025.

<sup>68</sup> EuGH Rs C-415/93 – Bosman, Slg 1995 I-4921, Rn 79 EuGH Rs C-112/00 – Schmidberger (Brennerblockade), Slg 2003 I-5659; vgl weiterführend *Kadelbach/Petersen* EuGRZ 2003, 492 ff.

<sup>69</sup> EuGH Rs C-112/00 – Schmidberger, Slg 2003, I-5659. Krit zur Verdrängung der mitgliedstaatlichen Grundrechte *Kanitz/Steinberg* EuR 2003, 1013; *Kingreen/Störmer* EuR 1998, 263; *Kingreen* EuGRZ 2004, 570.

<sup>70</sup> Weiterführend auch *Schultz* AöR 2007, 316 ff; *Ehlers/Ehlers* 177 ff.

<sup>71</sup> EuGH Rs C-415/93 – Bosmann, Slg 1995, I-4921, Rn 79; EuGH Rs C-112/00 – Schmidberger, Slg 2003, I-5659.

<sup>72</sup> EuGH Rs 155/73 – Sacchi, Slg 1974, 409, 428 ff; weiterführend *Baumann*, 163 ff.

Art 49 EGV schützt sowohl den Erbringer als auch den Empfänger grenzüberschreitender Dienstleistungen. Entsprechend sind **sämtliche Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit** verboten, insbesondere die Diskriminierung von In- und Ausländern, aber **auch alle sonstigen Maßnahmen**, die geeignet sind, den Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten mittelbar oder unmittelbar, aktuell oder potenziell zu behindern. Der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit ist damit korrespondierend zur Warenverkehrsfreiheit weit auszulegen.<sup>73</sup> Auch unterschiedslos auf In- und Ausländer anwendbare Regelungen fallen in den Anwendungsbereich des Art 49 EGV, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeiten von Dienstleistern, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind und ihre Dienstleistungen dort rechtmäßig erbringen, zu unterbinden oder zu behindern.<sup>74</sup> Eine Abgrenzung zwischen **produktbezogenen und lediglich vertriebsbezogenen Maßnahmen** wie in der *Keck-Entscheidung* wurde hier allerdings vom EuGH noch nicht getroffen.<sup>75</sup>

37

**Rechtfertigungsgründe** vergleichbar mit Art 30 EGV sind in den Art 49 ff EGV nicht vorgesehen. Sofern noch keine abschließende gemeinschaftsrechtliche Regelung besteht, sind nach der Rechtsprechung des EuGH Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit jedoch zulässig, wenn sie zur Erreichung **eines der Ziele des Art 46 EGV** oder aus **zwingenden Gründen des Allgemeininteresses** erforderlich sind, hierzu in einem angemessenen Verhältnis stehen und diese zwingenden Gründe oder Ziele nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden können.<sup>76</sup> Die Beschränkungen dürfen nicht in diskriminierender Weise angewandt werden. Zu den „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ zählen, wie bei Art 28 EGV, nur besonders beachtliche Gründe, unter anderem die Lauterkeit des Handelsverkehrs<sup>77</sup>, der Schutz der Verbraucher sowie der Schutz der sittlichen, religiösen und kulturellen Besonderheiten der Sozialordnung<sup>78</sup> und der Menschenwürde.<sup>79</sup>

38

### 3. Niederlassungsfreiheit, Art 43 Abs 2 EGV

Die Niederlassungsfreiheit verbürgt das **Freizügigkeitsrecht der Selbstständigen**, also Freiberufler, Handwerker und sonstigen Gewerbetreibenden (Unternehmer) und stellt damit einen der drei Eckpfeiler des Freizügigkeitsrechts in der Union dar, neben Art 39 Abs 1 EGV (Arbeitsnehmerfreizügigkeit) und Art 18 EGV (allg. Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger). Da insbesondere im Bereich der freien Berufe umfangreiche, mitgliedstaatliche Zugangsbestimmungen gewachsen sind, soll Art 43 EGV in diesem Bereich das **Prinzip der gegenseitigen Anerkennung** verstärken. Die Vorschrift ist jedoch nur für Fälle mit **grenzüberschreitendem Bezug** anwendbar. Die Fälle der **Inländerdiskriminierung** können nicht unter Berufung auf Art 43 EGV gelöst werden.

39

Auf die Niederlassungsfreiheit können sich sowohl natürliche als auch juristische Personen<sup>80</sup> berufen, die einer **selbstständigen Erwerbstätigkeit**<sup>81</sup> nachgehen beziehungsweise

40

<sup>73</sup> Streinz/Müller-Graff Art 49 EGV, Rn 85.

<sup>74</sup> EuGH EuZW 2000, 763 – Corsten; EuGH EuZW 2003, 415 – Kommission/Luxemburg.

<sup>75</sup> Vgl. EuGH GRUR Int 1997, 913 – de Agostini, wo der EuGH zwar eine Verkaufsmodalität als Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit anerkennt und diese Frage gar nicht aufwirft; vgl. auch *Bebrens* EuR 1992, 145 ff.

<sup>76</sup> EuGH NJW 1996, 579 – Gebhard; EuGH GRUR Int 1997, 913 – de Agostini; EuGH NJW 2004, 139 – Gambelli.

<sup>77</sup> EuGH GRUR Int 1997, 913 – de Agostini; EuGH WRP 1995, 801 – Alpine Investments.

<sup>78</sup> EuGH NJW 2004, 139 – Gambelli für das Verbot von Internetwetten.

<sup>79</sup> EuGH EuZW 2004, 753 – Omega Spielhallen für Verbot eines Laserdrom, in dem menschliche Tötungshandlungen simuliert werden.

<sup>80</sup> Weiterführend *Schön* FS Lutter 685 ff; *Wank* NZA 2005, 88 ff.

<sup>81</sup> Der Begriff dient der Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, vgl. EuGH EuZW 2006, 179 ff – Ritter-Coulais.

in einem anderen Mitgliedstaat ihre **Niederlassung** begründen. Der EuGH definiert den Begriff der Niederlassung als „tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer **festen Einrichtung** in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“.<sup>82</sup>

- 41** Eine besondere Ausprägung hat der **Begriff der Niederlassung im europäischen Medienrecht** erhalten. Durch die Fernsehrichtlinie (RL 89/552/EWG)<sup>83</sup> wurden die Mitgliedstaaten verpflichtet, bei den „**ihrer Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstaltern**“ für die Einhaltung der von der Richtlinie aufgestellten Regelungen bei den durch diese erfassten Sendungen zu sorgen. In Folge hatte der EuGH die Frage zu klären, welcher Mitgliedstaat bei mehreren Niederlassungen eines Fernsehveranstalters die Rechtshoheit innehält. Der EuGH stellte auf eine qualifizierte Niederlassung ab, an welcher der Fernsehveranstalter den „Mittelpunkt seiner Tätigkeit“ habe und in dem insbesondere „die Entscheidungen über die Programmpolitik und die endgültige Zusammenstellung der zu sendenden Programme getroffen würden“.<sup>84</sup> Dabei sei es laut EuGH unbeachtlich, dass bei der Ermittlung der Kriterien für die qualifizierte Niederlassung die Ausübung der Rechtshoheit über diesen Veranstalter einem anderen Mitgliedstaat zufalle, als dem Mitgliedstaat, für dessen Gebiet die Programme ausschließlich bestimmt sind.<sup>85</sup> Die Rechtsprechung des EuGH fand Eingang in die revidierte Fernsehrichtlinie, der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste.<sup>86</sup>
- 42** Die Niederlassungsfreiheit wird vom EuGH seit den Entscheidungen *Klopp*,<sup>87</sup> *Vlassopoulou*,<sup>88</sup> *Kraus*<sup>89</sup> und *Inasti*<sup>90</sup> zunehmend als „Behinderungsverbot“ verstanden, welches unabhängig vom Vorliegen einer Diskriminierung einschlägig sein kann. Art 43 EGV verbiete „**auch geringfügige oder unbedeutende Beschränkungen**“ der Niederlassungsfreiheit.<sup>91</sup>
- 43** Als **Ausnahme** von dem grundsätzlichen Behinderungsverbot verweist der EuGH in ständiger Rechtsprechung auf „**zwingende Gründe des Allgemeinwohls**“<sup>92</sup> und rekurriert damit auf einen Grundsatz der allgemeinen Grundfreiheitsdogmatik. Danach können beschränkende Maßnahmen ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn (a) sie nicht in diskriminierender Weise angewandt werden, (b) aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt sind und (c) dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, dh geeignet, erforderlich und angemessen sind.

#### 4. Kapitalverkehrsfreiheit

- 44** Eine genaue Definition der Kapitalverkehrsfreiheit ist bislang weder vom Gemeinschaftsgesetzgeber noch vom EuGH getroffen worden. Aus der Zusammenschau aller primär- und sekundärrechtlichen Regelungen, aus der EuGH-Rechtsprechung sowie aus dem ökonomischen Verständnis des Begriffs lässt sich jedoch ableiten, dass unter **Kapi-**

<sup>82</sup> EuGH Rs C-221/89 – Factortame, Slg 1991, I-3905, Rn 20.

<sup>83</sup> Vgl unten Rn 134 ff.

<sup>84</sup> EuGH Rs C-222/94 – Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg 1996, I-4025, Rn 58, 60; EuGH Rs C-56/96 – VT4 Ltd, Slg 1997, I-3143, Rn 19 ff.

<sup>85</sup> EuGH Rs C-56/96 – VT4 Ltd, Slg 1997, I-3143, Rn 19 ff.

<sup>86</sup> Vgl unten Rn 164 ff.

<sup>87</sup> EuGH Rs 107/83 – Klopp, Slg 1984, 2971.

<sup>88</sup> EuGH Rs C-340/89 – Vlassopoulou, Slg 1999, I-2357.

<sup>89</sup> EuGH Rs C-19/92 – Kraus, Slg 1993, 1663.

<sup>90</sup> EuGH Rs C-53/95 – Inasti, Slg 1996, I-703, Rn 9, 11.

<sup>91</sup> EuGH Rs C-49/89 – Societ  Corsica Ferries, Slg 1989, 4441, Rn 7 f.

<sup>92</sup> Vgl etwa EuGH Rs C-140/03 – Kommission/Griechenland, Slg 2005, I-3177, Rn 27; Rs C-19/92 – Kraus, Slg 1993, 1663; Rs C-55/94, Gebhard, Slg 1995, 4165, Rn 37.

**talverkehr** jede über die Grenzen eines Mitgliedstaates der Gemeinschaft hinweg stattfindende Übertragung von Geld- oder Sachkapital zu verstehen ist, welche primär zu Anlagezwecken erfolgt.<sup>93</sup>

Der **Schwerpunkt der Rechtsprechung** des EuGH zur Kapitalverkehrsfreiheit lag anfänglich insbesondere in der **Abgrenzung zu den anderen europäischen Grundfreiheiten**, insbesondere zur Warenverkehrsfreiheit,<sup>94</sup> Dienstleistungsfreiheit<sup>95</sup> und zur Niederlassungsfreiheit,<sup>96</sup> da der Gebrauch dieser Freiheiten in der Regel einen Kapitaltransfer als Gegenleistung nach sich zieht und die Liberalisierung der Kapitalverkehrsfreiheit nicht in gleichem Maße, wie die der anderen Freiheiten erfolgt. **45**

Art 56 Abs 1 EGV verbietet grds **alle Beschränkungen** des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten selbst sowie zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten. Damit ist ausschließlich der **grenzüberschreitende Kapitalverkehr** erfasst.<sup>97</sup> Als „Beschränkung“ iSd Art 56 EGV hat der EuGH sowohl Beschränkungen bei der Ausfuhr von Banknoten angesehen<sup>98</sup>, als auch eine mitgliedstaatliche Regelung, welche grenzüberschreitende Kapitalbeteiligungen verbietet.<sup>99</sup> Die letztgenannte **Veronica-Entscheidung** beschäftigte sich mit einer niederländischen medienrechtlichen Vorschrift, welche die Tätigkeiten von Rundfunkveranstaltern einer umfassenden Genehmigungspflicht unterwarf, um so die Gründung von ausländischen Rundfunkaktiengesellschaften zu verhindern. Der EuGH qualifizierte diese Vorschrift eindeutig als Beschränkung des Art 56 EGV, ging jedoch davon aus, dass dieses konkrete **Genehmigungserfordernis für Medienunternehmen** der Erhaltung eines pluralistischen und nichtkommerziellen Rundfunksystems und damit als Beschränkung dem **Allgemeinwohlinteresse** diene. So sei der beschränkende Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn die Auslandsgründung lediglich dazu diene, sich den Verpflichtungen aus den inländischen Vorschriften zu entziehen.<sup>100</sup> Damit rekurriert der EuGH auch bei der Kapitalverkehrsfreiheit auf die sich verfestigende **Grundfreiheitendogmatik**<sup>101</sup>, die er bereits zu Art 28 und 30 entwickelt hatte. **46**

## II. Grundrechte: Art 10 EMRK

### 1. Einleitung

Die **Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)**<sup>102</sup> wurde am 4. November 1950 in Rom von den Mitgliedsstaaten des Europarates unterzeichnet. Inzwischen ist sie von 47 Mitgliedern des Europarates ratifiziert.<sup>103</sup> Sie stimmt **47**

<sup>93</sup> Vgl Calliess/Ruffert/Bröhmer Art 56, Rn 8; weiterführend Beiser GesRZ 2003, 187 ff.

<sup>94</sup> Vgl dazu EuGH Rs 7/78 – Thompson, Slg 1978, 2247, Rn 27, 28.

<sup>95</sup> Vgl dazu EuGH Rs 267/86 – ASPA, Slg 1988, 4769, Rn 22–25; Rs C-484/93 – Svensson und Gustavsson, Slg 1995, I-3955, Rn 10, 11; Rs C-118/96 – Safir, Slg 1998, I-1897, Rn 9 ff.

<sup>96</sup> EuGH Rs C-302/97 – Konle, Slg 1999, I-3099.

<sup>97</sup> Allgemeine Ansicht; vgl dazu Calliess/Ruffert/Bröhmer Art 56, Rn 38; weiterführend Kutt; vgl auch Kraft/Bron IstR 2006, 26 ff.

<sup>98</sup> EuGH Rs 203/80 – Casati, Slg 1981, 2595, Rn 13.

<sup>99</sup> EuGH Rs C-148/91 – Veronica, Slg 1993, 487, Rn 15.

<sup>100</sup> EuGH Rs C-148/91 – Veronica, Slg 1993, 487, Rn 9, 13, 15.

<sup>101</sup> Weiterführend Classen EWS 1995, 97 ff; Jarass EuR 1995, 202 ff und 2000, 705 ff.

<sup>102</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4.11.1950, BGBl 1952 Teil II S 686.

<sup>103</sup> Der aktuelle Stand der Ratifikationen ist abrufbar unter <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=7&DF=3/27/2008&CL=GER>.

inhaltlich in vielen Punkten mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen (im Folg: „Erklärung“) überein, der als politischem Bekenntnis jedoch nur – in Teilen – gewohnheitsrechtliche Geltung zukommt.<sup>104</sup> Die Vertragsparteien der EMRK konnten sich darauf einigen, der Konvention „Zähne“ zu geben: ein Beschwerde-recht für jedermann und eine gerichtsähnliche Institution, die über die Beschwerden entscheidet. Außerdem enthält die EMRK im Gegensatz zur Erklärung klare und spezifische Schrankenregelungen, die sie justitiabler macht als die Erklärung.

- 48** Die EMRK ist bisher durch insgesamt 13 **Protokolle** ergänzt bzw revidiert worden. Die Protokolle, die materielle Grundrechte gewähren, sind Zusatzprotokolle. Sie können in Kraft treten, auch wenn sie nicht von allen Mitgliedstaaten der EMRK ratifiziert worden und binden dann nur die ratifizierenden Staaten. Dadurch sind in den verschiedenen Mitgliedstaaten materiell unterschiedliche Grundrechtsstandards möglich.
- 49** Die EMRK gehört zum Grundbestand (sog „acquis communautaire“) des **Gemeinschaftsrechts**.<sup>105</sup> Immer wieder hat der **EuGH** europäische Grundrechte aus der EMRK als Schranken-Schranke der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EGV angewendet. Wenn sich also ein Mitgliedstaat auf einer Vertragsausnahme berief, um eine Grundfreiheit, wie zB die Dienstleistungsfreiheit, einzuschränken, musste diese Rechtfertigung wiederum im Lichte der Bedeutung des jeweiligen Grundrechts ausgelegt werden.<sup>106</sup>
- 50** Art 10 Abs 1 S 1 und 2 EMRK statuieren die **Meinungs- und Informationsfreiheit**; sie schützt sowohl Individuen als auch Massenmedien. S 2 erlaubt den Mitgliedsstaaten, Rundfunk- und Kinobetreiber, dh also bestimmte audiovisuelle Diensteanbieter, einer Lizenzierungspflicht zu unterwerfen. Abs 2 enthält eine ausdifferenzierte Schrankenregelung.
- 51** Die **praktische Relevanz** von Art 10 EMRK für die Massenmedien in Europa sollte nicht unterschätzt werden: Ähnlich wie die Dienstleistungsfreiheit gem Art 49 ff EGV war Art 10 EMRK wichtig für die Öffnung nationaler Rundfunkmärkte, die über viele Jahrzehnte durch **staatliche Rundfunkmonopole** gekennzeichnet waren. So wurde das Rundfunkmonopol des Österreichischen Rundfunks (ORF) in der Entscheidung des EGMR in der Sache *Lentia*<sup>107</sup> für konventionswidrig erklärt und musste durch eine duale Rundfunkordnung unter Zulassung privaten Rundfunks ersetzt werden. Die **zweite wesentliche Bedeutung** von Art 10 EMRK für das nationale Medienrecht liegt darin, dass – ähnlich wie in einer verfassungsrechtlichen Überprüfung – die **nationalen Standards am Maßstab** der EMRK gemessen und überprüft werden. Dies ist auch für Staaten relevant, die – wie die Bundesrepublik Deutschland – über ein vergleichbares Grundrecht in der eigenen Verfassung verfügen.<sup>108</sup> Das hat zuletzt die Entscheidung in Sachen *Caroline von Hannover* gezeigt, in der der EGMR Personen der Zeitgeschichte einen größeren Schutz der Privatsphäre zubilligte als das Bundesverfassungsgericht.<sup>109</sup> Der **dritte Grund** für die zunehmende Bedeutung der EMRK ist ihre Relevanz für das

<sup>104</sup> *Peters* 1; eine bindende Gewährleistung enthält hingegen der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte, ua auch zur Meinungsfreiheit, vgl Grote/Marauhn/Grote/Wenzel Kap 18 Rn 10.

<sup>105</sup> Grote/Marauhn/Grote/Wenzel Kap 18 Rn 11 mwN; *Kühling* 110 ff.

<sup>106</sup> Ein gutes Beispiel aus dem Bereich der Medienfreiheiten ist die Entscheidung EuGH Rs C-368/95 – *Familiapress*, Slg 1997

I-3689 Rn 24 f; vgl allgemein *Peters* 29 mwN.

<sup>107</sup> EGMR AfP 1994, 281 – *Lentia*; Radio ABC v Österreich, Rep 1997 – VI, 2188, Rn 26 ff.

<sup>108</sup> Noch praxisrelevanter ist die EMRK selbstverständlich für Staaten, die keinen vergleichbaren Grundrechtsschutz kennen, wie etwa beim Vereinigten Königreich.

<sup>109</sup> *Klass* AfP 2007, 517 ff; s unten Rn 68 ff.

**EU-Recht.** Europäische Rechtsakte wie etwa Richtlinien sind einer Kontrolle am Maßstab deutscher Grundrechte grds<sup>110</sup> entzogen. Sie müssen sich jedoch am Maßstab der EMRK messen lassen.<sup>111</sup>

## 2. EMRK als Rechtsquelle, Begünstigte, Drittwirkung und Prüfungsfolge

Der Rang der EMRK als **Rechtsquelle** ist in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich. Teilweise steht sie über den nationalen Verfassungen, zum Beispiel in der Schweiz, teilweise hat sie Verfassungsrang, wie in Österreich, teilweise lediglich Gesetzesrang, wie in Deutschland. Obwohl damit in Deutschland formal der Grundsatz des *lex posterior* gilt, wonach alle zeitlich nach dem Zustimmungsgesetz erlassenen deutschen Gesetze der EMRK vorgehen müssen, sollte die Ausstrahlungswirkung auf das einfache Recht nicht unterschätzt werden. Aus dem Grundsatz der **völkerrechtsfreundlichen Auslegung** wird der Schluss gezogen, dass sämtliche Organe des Staates, einschließlich der Gerichte, die Urteile des EGMR, berücksichtigen müssen. Unterbleibt eine Auseinandersetzung mit der EMRK, verstößt dies gegen das Rechtsstaatsprinzip.<sup>112</sup> Wie weit die Bindung deutscher Gerichte und deutsche Behörden an die EMRK geht, zeigt das Beispiel des Caroline-Urteils.<sup>113</sup>

Die EMRK gewährt jedem, der unter die Gerichtsbarkeit eines Mitgliedsstaats fällt<sup>114</sup>, **Rechte und Freiheiten**. Dazu gehören Freiheitsrechte, wie das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art 8), Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art 9), aber auch Gleichheitsrechte und justizbezogene Rechte, wie das Recht auf ein faires Verfahren (Art 6). Rechtssubjekte sind natürliche und juristische Personen.

Im Rechtsschutzsystem der EMRK existieren zwei Verfahrensarten, die **Individualbeschwerde** und die – praktisch unbedeutende – Staatenbeschwerde. Mit dem 11. Protokoll wurde die Menschenrechtskommission in einen ständigen Gerichtshof mit hauptamtlichen tätigen Richtern umgewandelt. Die wichtigste Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Individualbeschwerde ist die effektive Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs (Art 35 Abs 1 EMRK).

Adressaten der sich aus der EMRK ergebenden Verpflichtungen sind Staaten, nicht Privatpersonen. Dennoch entfaltet die EMRK eine Art **mittelbarer Drittwirkung**. So kann die Rechtsverletzung von einer privaten Person ausgehen, zB von einem Presseunternehmen; hier kann dem Staat vorgeworfen werden, dass er die Rechte der Einzelnen nicht genügend gegen Angriffe Dritter schützt bzw Regelungen trifft, die diese Eingriffe zulassen.<sup>115</sup>

Die **Prüfungsreihenfolge**<sup>116</sup> ähnelt einer Grundrechtsprüfung. Zunächst muss allerdings geprüft werden, ob die EMRK überhaupt anwendbar ist.<sup>117</sup> Danach muss festge-

<sup>110</sup> S Rn 14.

<sup>111</sup> EuGH Rs C-368/95 – Familiapress, Slg 1997 I-3689 Rn 24 f; EuGH NVwZ 2006, 1033 Rn 52 –Familienzusammenführung.

<sup>112</sup> BVerfGE NJW 2004, 3407 – Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR.

<sup>113</sup> *Klass* AfP 2007, 517 ff; in seinem jüngsten Urteil vom 26.2.2008 hat das Bundesverfassungsgericht das Verhältnis von Grundgesetz und EMRK näher betrachtet: Danach findet die Pressefreiheit ihre Schranken nach Art 5 Abs 2 GG nicht nur in den Vorschriften des Kunsturhebergesetzes,

sondern auch in Art 8 EMRK. Damit hat das Gericht elegant die Frage umschiff, welchem der beiden Normkomplexen der Vorrang gebührt, vgl BVerfG WRP 2008, 645 ff.

<sup>114</sup> Der Beschwerdeführer muss deshalb nicht Staatsangehöriger des Konventionsstaats sein, dessen Jurisdiktion er unterliegt.

<sup>115</sup> EGMR NJW 2004, 2647 – Caroline von Hannover; EGMR 28.6.2001 – Verein gegen Tierfabriken, Appl 24699/94.

<sup>116</sup> *Peters* 256 ff.

<sup>117</sup> Dies ist zB nicht der Fall, wenn der betref-

stellt werden, ob in den Schutzbereich eines von der EMRK geschützten Rechts eingegriffen worden ist. Im dritten Schritt muss geklärt werden, ob der Eingriff durch die allgemeine Schrankenregelung (Art 15 bis 17 EMRK) oder durch spezielle Rechtfertigungen in Abs 2 des jeweiligen Grundrechts gerechtfertigt ist. Im vierten Schritt geht es um die Frage, ob der Eingriff „notwendig für eine demokratische Gesellschaft“ ist bzw ob es ein „pressing social need“ für den Eingriff gibt. Diese Prüfung entspricht der **Verhältnismäßigkeitsprüfung** in Deutschland. Sie enthält eine Abwägung der Bedeutung des Eingriffsziels im Verhältnis zur Schwere des Eingriffs. Dazu kommt: Je nach Eingriff und je nach Ziel der Beschränkung hat der Mitgliedsstaat einen unterschiedlich großen Beurteilungsspielraum („margin of appreciation“). Dieser Beurteilungsspielraum ist größer in Bereichen, die starkem gesellschaftlichen Wandel unterliegen, wie zB Moralvorstellungen. Der Spielraum ist ebenfalls eher größer, wenn im betreffenden Rechtsbereich ein gemeinsamer Standard in Europa fehlt.<sup>118</sup> Im Bereich der Meinungsfreiheit ist die Marge eher klein, insbesondere wenn es nicht nur um die Interessen eines Einzelnen, sondern um Themen geht, die von allgemeinem Interesse sind.<sup>119</sup>

### 3. Die Meinungs- und Informationsfreiheit

- 57** Art 10 EMRK schützt den **gesamten Prozess** der Meinungsbildung. Umfasst ist sowohl die Freiheit zur Mitteilung von Informationen und Ideen als auch das Recht auf den freien Empfang von Informationen. Dies schließt auch die Sammlung und Gewinnung von Informationen ein.<sup>120</sup> Allerdings geht der Anspruch nicht so weit, dass ein Anspruch auf Zugang zu noch nicht veröffentlichten Informationen bestehen würde.<sup>121</sup> Art 10 EMRK ist deshalb zu Recht als Grundnorm des europäischen Medien- und TK-Rechts bezeichnet worden.<sup>122</sup> Der EGMR hat eine Bereichsdogmatik der **Medienfreiheiten** entwickelt, die im Hinblick auf ihre grundrechtsdogmatische Ausdifferenzierung in Europa keinen Vergleich zu scheuen braucht.<sup>123</sup>
- 58** Um den **Schutzbereich** des Art 10 EMRK zu eröffnen, ist lediglich eine **Äußerung** im Sinne einer zu vermittelnden Informationen notwendig. Dabei wird nicht wie in Deutschland zwischen Meinungen und Tatsachen unterschieden. Auch kommerzielle Äußerungen werden grds geschützt.<sup>124</sup> Die Äußerung falscher Tatsachen und kommerzielle Meinungsäußerungen können allerdings stärker beschränkt werden als andere Äußerungen.<sup>125</sup>
- 59** Art 10 Abs 2 EMRK enthält eine detaillierte **Schrankenregelung**. Um zulässig zu sein, muss der Eingriff erstens gesetzlich vorgesehen sein, zweitens eines der in dieser Norm genannten Ziele verfolgen und drittens in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und damit verhältnismäßig sein.
- 60** Der EGMR fasste wichtige **Grundsätze** seiner Rechtsprechung zu Art 10 EMRK im Fall *Observer* wie folgt zusammen:

„Die Meinungsäußerungsfreiheit stellt eine der wesentlichen Grundlagen einer demokratischen Gesellschaft dar; unbeschadet des Art 10 Abs 2 gilt sie nicht nur für

fende Staat die EMRK bzw das einschlägige Protokoll nicht ratifiziert hat.

<sup>118</sup> *Peters* 25.

<sup>119</sup> EGMR 25.8.1998 – *Hertel v Schweiz*, Appl 25181/94, Rep 1998 – VI, 2298 ff Rn 47.

<sup>120</sup> EGMR 27.3.1994 – *Goodwin*, Appl 17488/90; EGMR 15.7.2003 – *Ernst ua*, Appl 33400/96.

<sup>121</sup> EGMR 19.2.1998 – *Guerra*, Appl 14967/89.

<sup>122</sup> *Trenkelbach* 59.

<sup>123</sup> *Kühling* 129 ff.

<sup>124</sup> *Castendyk/Dommering/Scheuer/Dommering* Art 10 ECHR passim; *Grote/Mahraun/Grote* Kap 18.

<sup>125</sup> S unten Rn 64.

Nachrichten oder Ideen, welche positiv aufgenommen werden, welche als unschädlich angesehen werden, oder welche auf Gleichgültigkeit stoßen, sondern auch und gerade für solche, die Angriffe enthalten, schockieren oder irritieren. Die Freiheiten gem Art 10 unterliegen einer Reihe von Ausnahmen, welche jedoch so auszulegen sind, dass die Notwendigkeit irgendwelcher Beschränkungen überzeugend dargelegt wird. Diese Grundsätze sind von besonderer Bedeutung hinsichtlich der Presse. Wenn sie auch nicht die Grenzen überschreiten darf, die sich ua hinsichtlich der nationalen Sicherheitsinteressen oder zur Aufrechterhaltung der Ansehens der Justiz begeben, ist es dennoch ihre Aufgabe, Nachrichten und Ideen über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse zu verbreiten. Es ist nicht nur Aufgabe der Presse, solche Nachrichten und Ideen mitzuteilen, sondern die Öffentlichkeit hat auch das Recht, sie zu empfangen. Sonst wäre die Presse nicht in der Lage, ihre wesentliche Rolle als Wächter der Öffentlichkeit („public watchdog“) wahrzunehmen.“<sup>126</sup>

#### 4. Differenzierung des Schutzstandards nach Inhalten

Die Meinungsfreiheit kann verschiedene Funktionen in einer Gesellschaft haben.<sup>127</sup> Sie kann ein „**Marktplatz der Meinungen**“ sein; sie ermöglicht Diskussionen und Auseinandersetzungen und damit letztlich Erkenntnisgewinn. Außerdem hat sie eine besondere Bedeutung für die **demokratische Meinungsbildung**. Ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht hält der EGMR die Meinungsfreiheit für ein besonders zentrales Grundrecht, weil sie Teil der demokratischen Ordnung ist.<sup>128</sup> In der öffentlichen Diskussion würden die politischen Alternativen formuliert, zwischen denen die Bürger wählen können.<sup>129</sup> Die Sicht der Medien als fünfte Gewalt, als „public watchdog“, hat zu Folge, dass bei der Schutzbedürftigkeit von Äußerungen zu differenzieren ist.<sup>130</sup> **61**

Besonders geschützt sind **Politiker** und **Journalisten**.<sup>131</sup> Eingriffe in ihre Meinungsfreiheit sind nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen zulässig. Hier ist der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten deutlich geringer. Diese im Fall *Lingens* 1986 aufgestellten Grundsätze bestimmen seitdem die Rechtsprechung des Gerichtshofs. Gleichzeitig müssen Politiker allerdings auch härtere Kritik hinnehmen. Die Bezeichnung des Verhaltens eines Politikers als „unmoralisch und würdelos“ war vor diesem Hintergrund ebenso zulässig wie die Bezeichnung als „Trottel“.<sup>132</sup> **62**

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterscheidet der EGMR zwischen **Tatsachenbehauptungen** und **Werturteilen**. Bei Tatsachenbehauptungen darf ein Wahrheitsbeweis verlangt werden. Unrichtige Tatsachenbehauptungen werden idR nur geschützt, wenn sie unter Beachtung der (journalistischen) Sorgfaltspflichten gewonnen wurden.<sup>133</sup> Die jeweilige nationale Regelung muss den Wahrheitsbeweis erlauben. Die Weigerung der spanischen Gerichte, im Strafverfahren gegen *Castells* den Wahrheitsbeweis zuzulassen, war für das Gericht ausschlaggebend, eine Verletzung des Art 10 EMRK anzunehmen.<sup>134</sup> Zu **63**

<sup>126</sup> EGMR EuGRZ 1995, 16 ff – *Observer/ Guardian*.

<sup>127</sup> Vgl *Barendt* 13 ff.

<sup>128</sup> *Holoubeck* 195 f.

<sup>129</sup> Krit dazu *Castendyk* Rechtliche Begründungen 50 ff.

<sup>130</sup> EGMR 7.12.1976 – *Handyside*, Appl 5493/72; 26.4.1979 – *Sunday Times*, Appl 6538/74.

<sup>131</sup> *Holoubeck* 194 f.

<sup>132</sup> EGMR 8.7.1986 – *Lingens*, Appl 9815/82, Rn 41; 1.7.1987 – *Oberschlick II*, Appl 20834/92, Rn 24 f.

<sup>133</sup> *Holoubeck* 194.

<sup>134</sup> EGMR 23.4.1992 – *Castells*, Appl 11798/85, Rn 42.

berücksichtigen ist auch der sog „chilling effect“, so dass zB ein grds gerechtfertigtes Bußgeld wegen einer falschen Tatsachenbehauptung gegen Art 10 EMRK verstoßen kann, wenn es zu hoch ist und Menschen von riskanten Äußerungen von vorneherein abschrecken kann.<sup>135</sup>

- 64** Eingeschränkter Schutz genießt die „**commercial speech**“. <sup>136</sup> Dies gilt allerdings nicht, wenn es um mehr geht als um **Werbung** für ein Produkt oder eine Dienstleistung, zB wenn auf Missstände hingewiesen wird.<sup>137</sup> Nicht zu verwechseln mit diesem geringeren Schutz ist der Umstand, dass das Gericht nicht in die komplexen Abwägungen des Wettbewerbsrechts des jeweiligen Mitgliedsstaates eingreifen will und deshalb den Beurteilungsspielraum seiner Gerichte und Behörden ausweitet.<sup>138</sup>
- 65** Ähnlich wie in Deutschland wird zwischen Meinungsäußerungen differenziert, die **Relevanz** für die politische bzw öffentliche Meinungsbildung aufweisen, und solchen Äußerungen, die lediglich die private Neugier befriedigen.<sup>139</sup>
- 66** Der Ermessensspielraum der nationalen Gerichte und Behörden ist besonders hoch bei **religiösen und moralischen Fragen**. Damit vertritt das Gericht nicht die Meinung, dass solche Fragen keine Bedeutung für den politischen oder gesellschaftlichen Diskurs aufweisen, sondern es geht davon aus, dass es hier keinen einheitlichen Standard über alle Mitgliedsstaaten hinweg gibt. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist dennoch zu beachten. Dies wurde deutlich im Fall *Verein gegen Tierfabriken*.<sup>140</sup>
- 67** Der Verein wollte in einem Fernsehspot im Schweizer Fernsehen auf **Tierquälerei** bei der Tierhaltung hinweisen. Das Schweizer Rundfunkrecht verbietet<sup>141</sup> jedoch – ebenso wie das deutsche<sup>142</sup> – religiöse und politische Werbung. Der Fernsehsender weigerte sich, den Spot auszustrahlen. Das Gericht stellte einen Eingriff in den Schutzbereich fest, da eine Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts und damit der Staat iSd Art 1 EMRK für das Ausstrahlungsverbot verantwortlich war. In der Prüfung der Rechtfertigung konzedierte das Gericht, dass ein Verbot politischer Werbung der Meinungsvielfalt dienen könne, indem es verhindere, dass finanzkräftige Gruppen einen politischen Wettbewerbsvorteil erhalten. Dies sei ein legitimer Zweck zum Schutz der Rechte Anderer iSd Art 10 Abs 2 EMRK.<sup>143</sup> Im Rahmen der **Verhältnismäßigkeit** sei jedoch im Einzelfall abzuwägen zwischen dem Recht des Beschwerdeführers auf freie Meinungsäußerung und dem Ziel, die öffentliche Meinungsbildung gegen übermäßige Beeinflussung durch finanzkräftige Gruppen zu schützen. Das Gericht argumentierte, dass die Verhinderung des politischen Wettbewerbsvorteils kein dringendes soziales Bedürfnis sein könne, wenn das Verbot der politischen Werbung **nicht für Printmedien** gelte. Die schweizerische Regierung habe außerdem nicht dargelegt, dass der kleine Verein gegen Tierfabriken eine finanzstarke Gruppierung darstelle. Deshalb sei das Verbot in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig und verletze Art 10 EMRK.

<sup>135</sup> EGMR 15.2.2005 – Steel & Morris, Appl 68416/01.

<sup>136</sup> EGMR 24.2.1994 – Casado Coca, Appl 15450/89, Rn 33 ff.

<sup>137</sup> EGMR 25.3.1985 – Barthold, Appl 8734/79.

<sup>138</sup> EGMR 20.11.1989 – markt intern Verlag, Appl 10572/83; 24.2.1994 – Casado Coca, Appl 15450/89.

<sup>139</sup> *Barendt* 155; s unten Rn 68 ff.

<sup>140</sup> EGMR 28.6.2001 – Verein gegen Tierfabriken, Appl 24699/94.

<sup>141</sup> Art 18 Abs 5 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen.

<sup>142</sup> Vgl § 7 Abs 7 RStV.

<sup>143</sup> EGMR 28.6.2001 – Verein gegen Tierfabriken, Appl 24699/94, Rn 63 ff.

## 5. Prominente und ihre Privatsphäre

Im Jahre 2004 hatte das EGMR darüber zu entscheiden, ob die deutschen Gerichte die **Privatsphäre Prominenter** ausreichend schützen. Sein Urteil<sup>144</sup> hatte Folgen im konkreten Fall<sup>145</sup> und darüber hinaus.<sup>146</sup> Es ging um eine **Bildberichterstattung** über Urlaube von *Caroline von Hannover*. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts waren Personen der Zeitgeschichte in der Öffentlichkeit nur geschützt, wenn sie sich – außerhalb des häuslichen Bereichs – erkennbar in eine räumliche Abgeschiedenheit begeben hatten, zB wenn man sich in den kaum beleuchteten hinteren Teil eines Gartenlokals zurückgezogen hatte.<sup>147</sup>

Diese eher räumliche Abgrenzung zwischen geschützte **Privatsphäre** und öffentlicher Sphäre beim Schutz des Rechts am eigenen Bild wurde vom EGMR für nicht ausreichend gehalten. Entscheidend für die Abwägung zwischen dem Recht am eigenen Bild (geschützt von Art 8 EMRK) und der durch Art 10 EMRK geschützten **Pressefreiheit** war für den EGMR die Frage, ob der Beitrag zur gesellschaftlichen Meinungsbildung beitragen könne. Welches Gewicht die Meinungsfreiheit im Einzelfall erhalte, hänge deshalb davon ab, ob es sich um einen Beitrag zu einer Diskussion in einer demokratischen Gesellschaft und um Personen des öffentlichen des politischen Lebens handle oder ob nur Aspekte des Privatlebens und Personen betroffen seien, die keinerlei öffentliche Aufgabe wahrnehmen. Die Auslegung des § 23 Abs 1 KUG durch die deutschen Gerichte war deshalb in zweierlei Hinsicht problematisch: Zum einen passt die Kategorie der Person der Zeitgeschichte nicht auf Prominente, die kein öffentliches Amt bekleiden. Zum anderen unterscheiden die deutschen Gerichte nicht zwischen einem Beitrag zur Diskussion in einer demokratischen Gesellschaft und einem solchen, der nur der Befriedigung privater Neugier diene.<sup>148</sup>

Der BGH versucht in seiner **aktuellen Rechtsprechung**, diese vom EGMR aufgestellten Grundsätze zu beachten und mit in seine Abwägung einzustellen.<sup>149</sup> Dabei versucht das Gericht in Diktion und Formulierung an die bisherige Rechtsprechung anzuknüpfen und damit den von der EGMR-Entscheidung veranlassten Bruch mit der alten Auslegung von § 23 KUG nicht allzu drastisch erscheinen zu lassen. So wird zB betont, dass die Presse selbst nach publizistischen Kriterien entscheiden dürfe, was der Befriedigung des öffentlichen Interesses diene. „Das Bundesverfassungsgericht hat zwar die Entscheidung

<sup>144</sup> EGMR NJW 2004, 2647 ff; krit dazu ua *Gersdorf AfP* 2005, 220 ff; *Stürmer AfP* 2005, 213 ff; *Söhring/Seelmann-Eggebert NJW* 2005, 571; *Klass AfP* 2007, 517 ff.

<sup>145</sup> Als Folge des Urteils einigten sich Caroline von Hannover und die Bundesregierung außergerichtlich auf die Zahlung von € 115.000,-. Damit wurden ihr nicht nur die Gerichtskosten erstattet, sondern sollten auch die entstandenen immateriellen Schäden ausgeglichen werden, vgl *Klass* 517 Fn 7.

<sup>146</sup> *Klass* 519 ff.

<sup>147</sup> BVerfG NJW 2000, 1021 ff, mit der die vorausgegangene BGH-Rechtsprechung (vgl ua BGH AfP 1996, 140 ff) zur Erweiterung des Prominentenschutzes auch auf Teile des öffentlichen Raumes bestätigt wurde.

<sup>148</sup> Das BVerfG hat zwar in anderen Entscheidungen durchaus den Schutz politischer relevanter Meinungsäußerungen höher gewichtet und besonders geschützt (zB BVerfGE 102, 347, 362 f – Benetton-Werbung); diese Differenzierung wurde jedoch bei der Definition der Person der Zeitgeschichte nicht relevant.

<sup>149</sup> BGH ZUM 2007, 382 ff – Caroline V; es ging um Fotos, die Caroline und ihren Ehemann im Urlaub auf einer öffentlichen Straße zeigten und um Bilder, die das prominente Paar auf einer Straße in St Moritz abbildeten, ebenfalls verbunden mit einer Berichterstattung über ihren Urlaub; vgl außerdem BGH AfP 2007, 472 ff – Lebenspartnerin von Herbert Grönemeyer.

des erkennenden Senats insoweit bestätigt, als dort der Schutz der Privatsphäre gegen unerwünschte Aufnahmen auf die Fälle erkennbarer räumliche Abgeschiedenheit beschränkt worden ist. Das schließt es jedoch nicht aus, bei der erforderlichen Interessenabwägung zwischen Pressefreiheit und Schutz der Privatsphäre den Informationswert für die Öffentlichkeit stärker zu berücksichtigen.<sup>150</sup>

- 71** Im Ergebnis folgte der BGH jedoch dem EGMR. Obwohl es sich – iSd alten Rechtsprechung – um Personen der Zeitgeschichte handelte, die sich nicht erkennbar in einer räumliche Abgeschiedenheit zurückgezogen hatten, wurde die Veröffentlichung der Fotos aus dem Urlaub von *Caroline von Hannover* für unzulässig gehalten. Der Urlaub gehöre zum Kernbereich der Privatsphäre. Die Veröffentlichung der Fotos sei weder von **allgemeinem Interesse**, noch handle es sich um ein zeitgeschichtliches Ereignis. Der Informationswert für die Öffentlichkeit sei gering, es ginge vielmehr um Unterhaltung ohne gesellschaftliche Relevanz. Nur bei den Fotos, die die Krankheit von Fürst *Rainier von Monaco* thematisierten, bestünde ein Zusammenhang mit einem zeitgeschichtlichen Ereignis, der die Bildberichterstattung zulässig mache.<sup>151</sup>
- 72** Das **Bundesverfassungsgericht** hat sich mit dieser Fragestellung in grundlegender Weise in seiner Entscheidung vom 26.2.2008 auseinander gesetzt.<sup>152</sup> Es ist dabei der neuen Linie des BGH im Wesentlichen gefolgt. Es hält allerdings an seiner Ansicht fest, dass auch **unterhaltende Beiträge**, etwa über prominente Personen, am Schutz der Pressefreiheit teilhaben. Erst bei der Abwägung mit kollidierenden Persönlichkeitsrechten durch die Gerichte komme es auf das Gewicht des **Informationsinteresses** und auf die Weise an, in der die Berichterstattung einen Bezug zu Fragen aufweise, welche **die Öffentlichkeit wesentlich angehen**. Das Gericht sieht sich in der Nachprüfung der Instanzgerichte auf die Frage begrenzt, ob der Einfluss der deutschen Grundrechte, **auch unter Berücksichtigung** der Gewährleistungen der EMRK auf die Auslegung der zivilrechtlichen Normen und auf die Abwägung der kollidierenden Schutzgüter hinreichend beachtet ist. Im Hinblick auf die bisher zentrale Unterscheidung zwischen **absoluten** und **relativen Personen der Zeitgeschichte** macht der Erste Senat darauf aufmerksam, dass er diese Unterscheidung nur als eine mögliche Abkürzung der Umschreibung für Personen verstanden wissen will, deren Bild die Öffentlichkeit für beachtenswert hält. In Rn 82 der Entscheidung regt es deswegen an, **neue**, auf der Basis der EGMR-Rechtsprechung stehende **Typisierungen** und **Fallgruppen** zu entwickeln.

## 6. Zurechnung

- 73** Geschützt ist auch die Verbreitung von Ideen anderer durch die Medien. Ihre Rolle als Marktplatz der Meinungen schützt sie auch, wenn sie ehrverletzende oder sogar rassistische Äußerungen verbreiten. Voraussetzung ist allerdings, dass die Äußerungen Dritter dem jeweiligen Medium nicht zugerechnet werden können. Im Fall *Jersild* interviewte der gleichnamige Journalist dänische Neonazis. Diese äußerten sich extrem verächtlich über bestimmte ethnische Minderheiten. Das Interview wurde in einem Nachrichtenmagazin ausgestrahlt. Es sollte auf das Problem des anwachsenden Rassismus bei den dänischen Jugendlichen aufmerksam machen. Der Journalist und der Fernsehsender wurden wegen Beihilfe und Anstiftung zur Rassendiskriminierung zu einem Bußgeld verurteilt. Bei der Rechtfertigung des Bußgelds musste – zugunsten des dänischen Verbots – Art 4 und 5 der

<sup>150</sup> BGH ZUM 2007, 382, 384 Rn 22.

<sup>151</sup> BGH ZUM 2007, 382, 385 Rn 26.

<sup>152</sup> BVerfG vom 26.2.2008, 1 BvR 1602/07, 1606/07 und 1626/07.

UN Antirassismus-Konvention berücksichtigt werden. Aufgrund der Rolle der Medien als „watch dog“ und Spiegel der Gesellschaft und weil die Äußerungen der Jugendlichen weder dem Journalisten nach dem Fernsehsender zurechenbar waren, müssten besonders starke Gründe für ein Verbot vorliegen. Und so entschieden die Richter in ihrer Mehrheit (12 gegen 7), dass die Informationsfreiheit in diesem Falle höher zu gewichten sei als der Minderheitenschutz. Das Bußgeld sei deshalb unverhältnismäßig gewesen und verletze Art 10 EMRK.<sup>153</sup>

### III. Kartell- und Wettbewerbsrecht

Zum europäischen Kartellrecht kann auf die Ausführungen von *Müller* in Teil 3 **74** Kap 2, zum europäischen Wettbewerbsrecht auf den von *Andrea Stauber* bearbeiteten Teil zum privaten europäischen Medienrecht<sup>154</sup> verwiesen werden.

### IV. Beihilfenrecht

#### 1. Einleitung

Der Gemeinsame Markt kann nicht nur durch missbräuchliches Verhalten von Kartellen oder durch Unternehmenszusammenschlüsse gestört werden, sondern auch durch staatliche Eingriffe. Von staatlicher Seite gewährte **Subventionen** oder **sonstige Hilfen** an einheimische Unternehmen oder ganze Wirtschaftszweige können ebenso den Wettbewerb verfälschen, zB wenn dadurch die einheimischen Produkte und Dienstleistungen künstlich verbilligt werden. Art 87 Abs 1 EGV möchte verhindern, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch solche von staatlichen Stellen gewährte Vergünstigungen beeinträchtigt wird, wenn dadurch der Wettbewerb verfälscht wird oder verfälscht zu werden droht. **75**

Beihilfen durch die Mitgliedstaaten sind deshalb grds gem Art 87 Abs 1 EGV verboten.<sup>155</sup> Dieses Verbot gilt allerdings nicht absolut. Es bestehen zum einen im EGV festgelegte **Ausnahmen**, zB Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen entstanden sind (Art 87 Abs 2 EGV), Ausnahmen, die **im Ermessen** der Kommission liegen (Art 87 Abs 3 EGV), zB zur Förderung strukturschwacher Gebiete, und Ausnahmen, die in sog **Freistellungsverordnungen** vereinheitlicht worden sind (Art 87 Abs 3 EGV). Art 86 Abs 2 EGV bietet eine weitere Ausnahmeregelung für Unternehmen, die **Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse** erbringen, im Medienbereich sind dies zB öffentlich-rechtliche Sender. Voraussetzung ist ua, dass die Kompensation für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf das Notwendige beschränkt ist und keine sog Überkompensation stattfindet. Art 16 EGV, der durch den Vertrag von Amsterdam Eingang in den EG-Vertrag gefunden hat, legt ein allgemeines Bekenntnis zu den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ab. **76**

<sup>153</sup> EGMR NStZ 1995, 237 – Jersild.

<sup>155</sup> Calliess/Ruffert/*Cremer* Art 87 EGV Rn 1.

<sup>154</sup> Vgl Rn 205 ff.

## 2. Struktur und Verfahren

- 77** **Rechtsgrundlage** der Beihilfekontrolle durch die EU-Kommission sind die **Art 87–88** sowie **Art 86 Abs 2 EGV**. Die Struktur der Beihilferegulation im EGV ist relativ einfach. Art 87 Abs 1 EGV statuiert den Grundsatz, wonach Beihilfen unzulässig sind. In Abs 2 werden bestimmte allgemeine Ausnahmen gemacht, etwa für Sozialbeihilfen; hier besteht kein Handlungsspielraum für die Kommission. Die in Abs 3 genannten Ausnahmen, zB zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von strukturschwachen Gebieten oder zur Kulturförderung, stehen im Ermessen der Kommission. Das **Beihilfeverfahren** ergibt sich aus Art 88 EGV und der Verordnung (EG) Nr 659/1999 des Rates vom 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art 88 EG-Vertrag.<sup>156</sup> Art 89 EGV ermöglicht Durchführungs- und Freistellungsverordnungen.
- 78** Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, der Kommission neue Beihilfen oder Änderungen bestehender Beihilferegulation vor ihrer Durchführung anzumelden (sog **Notifizierung**). Ausgenommen von der Notifizierungspflicht sind nur die Beihilfen, die unter eine Gruppenfreistellungsverordnung der Kommission fallen. Der Mitgliedstaat darf die angemeldete Maßnahme solange nicht durchführen, bis die Kommission entschieden hat. Die Kommission hat in der Regel zwei Monate<sup>157</sup> Zeit, um eine Entscheidung zu fällen. Diese relativ kurze Frist wird von der Kommission häufig eingehalten, weil im Vorfeld – vor der offiziellen Anmeldung der Beihilfe – informelle Gespräche zwischen den Behörden des jeweiligen Mitgliedstaats und der Kommission stattfinden. Vor der Genehmigung gewährte Beihilfen sind rechtswidrig.<sup>158</sup>
- 79** Beim Verfahren unterscheidet Art 88 EGV zwischen zwei Varianten: **bestehende und „neue“ Beihilfen**. Als bestehende Beihilfen gelten nach Art 1 d VO 659/1999 ua: aus der Zeit vor dem Beitritt stammende Beihilfen, genehmigte Beihilfen, Beihilfen, die länger als 10 Jahre zurückliegen, sowie Beihilfen, die zum Zeitpunkt ihrer Einführung keine Beihilfen waren und zu solchen erst aufgrund der Entwicklung des gemeinsamen Marktes wurden, ohne dass sie eine Änderung durch den Mitgliedstaat erfahren haben. Als eine solche Beihilfe wurden zB die **Rundfunkgebühren** in Deutschland eingestuft.<sup>159</sup> Bestehende Beihilfen können gem Art 88 Abs 1 EGV überprüft werden. Nach der Einleitung der Überprüfung kann die Beihilfe jedoch weitergewährt werden und muss nicht ausgesetzt werden. Gem Art 88 Abs 1 S 2 EGV kann die Kommission zweckdienliche Maßnahmen vorschlagen, um die Beihilferegulation statthaft zu machen.
- 80** **Neue Beihilfen oder Änderungen** bestehender Beihilfen müssen angemeldet werden (Art 88 Abs 3 S 1 EGV). Hält die Kommission eine geplante Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, leitet sie ein Verfahren nach Art 88 Abs 2 EGV ein.<sup>160</sup> An dessen Ende steht entweder ein Verbot oder die Aufforderung, die geplante Beihilfe umzugestalten.
- 81** Wird eine neue Beihilfe nicht notifiziert, kann die Kommission **einstweilige Anordnungen** erlassen, um die Zahlung einer Beihilfe bis zum Abschluss des Hauptverfahrens zu verhindern (Art 11 der VO 659/1999). Wird die Beihilfe für nicht freistellungsfähig erachtet, kann die Kommission anordnen, dass der Mitgliedstaat eine bereits geleistete Beihilfe vom Beihilfeempfänger zurückzufordern hat. Außerdem kann die Kommission

<sup>156</sup> ABIEG 1999, L 83, 1.

<sup>157</sup> Sog „Lorenz-Frist“, vgl EuGH Rs 120/73, Slg 1973, 1741, Rn 4.

<sup>158</sup> EuGH Rs C-345/90, Slg 1991 I-5505 Rn 16.

<sup>159</sup> Entscheidung der Kommission vom

24.4.2007 zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland, KOM (2007) 1761 endg Rn 200.

<sup>160</sup> S Art 4 Abs 4 der VO 659/1999.

gegen den betreffenden Mitgliedstaat ein Vertragsverletzungsverfahren gem Art 226 EGV einleiten und zwar sowohl wegen der Verletzung der Notifizierungspflicht als auch gegebenenfalls wegen Nichtbefolgung der Anordnungen.

### 3. Relevanz des Art 87 Abs 1 EGV für die Medien

Die Beihilfekontrolle durch die EU-Kommission ist von großer **Bedeutung für die Medien** auch in Deutschland. Die prominenteste Fallgruppe ist die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und hier insbesondere die **Gebührenfinanzierung**. Die Debatte über die Finanzierung von Sendern wie RAI, BBC, ZDF, TVE oder ORF, die Anfang der 90er Jahre erstmals unter Beihilfegesichtspunkten geführt wurde, ging auf Beschwerden privater Rundfunkveranstalter zurück, die von der EU-Kommission allerdings zunächst diktatorisch behandelt wurden. Der Gerichtshof erster Instanz entschied jedoch in den Fällen „Gestevisión Telecinco“ und „TF1“, dass die Kommission ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen ist.<sup>161</sup> Als Reaktion auf die damit erstmals drohende Kontrolle der Rundfunkfinanzierung durch die Kommission verlangten eine Reihe von Mitgliedstaaten, insbesondere Belgien, Deutschland und Schweden, die öffentlich-rechtlichen Rundfunksender aus der Beihilfekontrolle herauszunehmen und schlugen einen klarstellenden Zusatz im EG-Vertrag vor. Dieses Unterfangen war nur teilweise erfolgreich. Die Mitgliedstaaten einigten sich auf das Amsterdamer Protokoll zum EG-Vertrag.<sup>162</sup> Darin heißt es unter anderem:

„[...] Die Bestimmungen des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft berühren nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird, dient und die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt, dass dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages Rechnung zu tragen ist.“

Das Amsterdamer Protokoll ist ein integraler Bestandteil des Vertrages (Art 311 EGV) und keine bloße Absichtserklärung. Es erkennt die Kompetenz der Mitgliedstaaten an, für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk einen bestimmten Aufgabenkreis festzulegen und auszugestalten. Die Kommission hingegen sieht in dem Amsterdamer Protokoll – pointiert ausgedrückt – kaum mehr als eine Paraphrasierung des Art 86 Abs 2 EGV.<sup>163</sup> Für die Kommission sind die „Mitteilung über die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa“ aus dem Jahr 1996<sup>164</sup> und die darauf beruhende Rundfunkmitteilung<sup>165</sup> die

<sup>161</sup> EuGH Rs T-95/96 – Gestevisión Telecinco, Slg 1998 II 3407, Rn 90; T-17/96 – TF1, Slg 1999 II 1757 Rn 90.

<sup>162</sup> Protokollerklärung Nr 32 der Amsterdamer Regierungskonferenz („Amsterdamer Protokoll“) über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, ABIEG 1997 C 340, 1 Rn 109.

<sup>163</sup> Dies zeigt sich an der sog Rundfunkmitteilung (Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche

Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk) ABIEG 2001, C 320, 4 Rn 29 und sowie an der Entscheidung der Kommission KOM (2007) 1761 endg, Rn 217.

<sup>164</sup> Mitteilung der Kommission vom 11.9.1996 KOM (96) 443 endg.

<sup>165</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über Staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABIEG 2001, C 320, 4, die voraussichtlich 2008 reformiert wird.

weitaus wichtigeren Rechtsquellen. Auf Beschwerden ua des VPRT<sup>166</sup> und der Premiere AG aus dem Jahr 2002 und nach langen Diskussionen mit Bund und Ländern einigte sich die Kommission mit der Bundesregierung 2006 über bestimmte Änderungen ua bei der Rundfunkgebühr, der Definition des Rundfunkauftrags und der Transparenz der Geldflüsse. Dieser Kompromiss soll mit dem zur Zeit (März 2008) diskutierten 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag in deutsches Recht umgesetzt werden.

- 84** Als zweites Beispiel für die Relevanz des Beihilfetatbestandes soll hier die staatliche bzw staatlich organisierte **Filmförderung** in Deutschland herangezogen werden. In allen Mitgliedstaaten der EU existieren Filmförderungsprogramme, die insbesondere Gelder an Filmproduktionsfirmen und Filmauswerter (Verleih, Kino, etc) vergeben.<sup>167</sup> In Deutschland wird Filmförderung sowohl auf Landesebene (zB durch das Medienboard Berlin-Brandenburg<sup>168</sup>, den FilmFernsehFonds Bayern<sup>169</sup> oder die Filmstiftung NRW<sup>170</sup>) als auch auf Bundesebene ua über die Filmförderungsanstalt (FFA) betrieben.<sup>171</sup> Seit Anfang der 90er Jahre werden sie von der Kommission nach Art 87 ff EGV überprüft.<sup>172</sup> Dabei hat die Kommission sowohl ihre Rechtsauffassungen<sup>173</sup> als auch ihre Kriterien für die Zulässigkeit von Filmförderungen immer weiter verfeinert und in der sog Kinomitteilung aus dem Jahre 2001<sup>174</sup>, verlängert durch die Mitteilung von 2004<sup>175</sup>, zusammengefasst. Streitpunkte sind dabei ua die Frage, ob die Mitgliedsstaaten einen „Ländereffekt“ zur Voraussetzung ihrer Förderung machen dürfen (sog Territorialisierung), wie hoch der Anteil der Förderung am Gesamtbudget eines Films sein darf und an welchen Kriterien die allein genehmigungsfähige „kulturelle“ Filmförderung zu erkennen ist.<sup>176</sup> Bei der folgenden Darstellung des Tatbestands der Beihilfe werden diese beiden Bereiche, die Rundfunkgebührenfinanzierung<sup>177</sup> und die Filmförderung, zur Illustration herangezogen.<sup>178</sup>

<sup>166</sup> Verband privater Rundfunk und Telemedien eV.

<sup>167</sup> Castendyk Filmförderung 125 ff.

<sup>168</sup> www.medienboard.de.

<sup>169</sup> www.fff-bayern.de.

<sup>170</sup> www.filmstiftung.de.

<sup>171</sup> www.ffa.de; neben der FFA fördert ua auch der Bundesbeauftragte für Kultur und Medien, etwa durch die Finanzierung des deutschen Filmpreises.

<sup>172</sup> Vgl zB Entscheidung der Kommission zum Deutschen Filmförderfond (DFFF) K(2006) 6682 endg, Staatliche Beihilfe – N695/2006 – Deutscher Filmförderungsfond; Entscheidung K(2007) 2432 Staatliche Beihilfe – N 248/2007 – FilmFernsehFonds Bayern; Entscheidung K(2007) 2437 Staatliche Beihilfe – N 236/2007 – Medienboard Berlin-Brandenburg; Entscheidung K(2007) 2431 Staatliche Beihilfe – N 230/2007 – Filmstiftung NRW; Entscheidung K(2004) 4762 endg Staatliche Beihilfe – N 411/2004 – Förderung von Film- und Fernsehproduktionen in den deutschen Ländern, Entscheidung SG(99) D/4249, Staatliche Beihilfe – N4/98 – Filmförderungsgesetz.

<sup>173</sup> Broche/Chaterjee/Orsich/Tosics, Competition Policy Newsletter 2007/1, 44 ff.

<sup>174</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu bestimmten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kinofilmen und anderen audiovisuellen Werken vom 26.9.2001 KOM (2001) 534 endg, ABIEG 2002 C 43, 6 (sog Kinomitteilung).

<sup>175</sup> Kinomitteilung KOM (2001) 534 endg.

<sup>176</sup> Broche/Chaterjee/Orsich/Tosics Competition Policy Newsletter, 2007/1, 44 ff.

<sup>177</sup> Andere Vorteile öffentlich-rechtlicher Sender, die ebenfalls Begünstigungscharakter haben, wie etwa die Gewährträgerhaftung des Staates und die steuerliche Sonderbehandlung (vgl Entscheidung der Kommission KOM (2007) 1761 endg, Rn 152 ff) sollen hier außer Betracht bleiben.

<sup>178</sup> Selbstverständlich gibt es weitere Beispiele, zB die Subventionierung von DVB-T, vgl Castendyk/Dommering/Scheuer/Braun Art 87 EC, Rn 56 ff; Entscheidung der Kommission vom. 9.11.2005 über die Staatliche Beihilfe, die die Bundesrepublik Deutschland zugunsten der Einführung des

#### 4. Der Tatbestand der Beihilfe

a) **Übersicht.** Eine staatliche Beihilfe iSd Art 87 Abs 1 EGV liegt vor, wenn folgende **Tatbestandsmerkmale** erfüllt sind: **85**

- aa) eine staatliche oder aus **staatlichen Mitteln** finanzierte Maßnahme gleich welcher Art,
- bb) die bestimmte Unternehmen oder Wirtschaftszweige **begünstigt**,
- cc) den **Wettbewerb** verfälscht oder zu verfälschen droht und den **Handel** zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

aa) **Staatliche Mittel.** **Staatliche Mittel** im o. g. Sinne liegen vor, wenn eine Beihilfe unmittelbar vom Staat oder von öffentlichen oder privaten Einrichtungen, die vom Staat zur Durchführung der Beihilfenregelung eingerichtet oder beauftragt wurden, gewährt wird.<sup>179</sup> Wenn die Mittel nicht direkt aus dem Staatshaushalt fließen, sondern von Privatpersonen an eine öffentliche Einrichtung gezahlt werden, können sie dennoch als „staatliche oder aus staatlichen Mitteln stammende Zuwendungen“ angesehen werden, wenn (a) die Vergünstigungen unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden<sup>180</sup> und (b) die Entscheidung über die konkrete Zuwendung dem Staat zurechenbar ist.<sup>181</sup> **86**

Die Kommission geht davon aus, dass die deutschen **Rundfunkgebühren** staatliche Mittel sind, da sie vom Staat beschlossen werden und den Anstalten des öffentlichen Rechts zufließen.<sup>182</sup> Bund und Länder weisen demgegenüber darauf hin, dass Rundfunkanstalten schon aus verfassungsrechtlichen Gründen „staatsfrei“ sein müssen (s Teil 4 Kap 1 Rn 1). Ähnliche Probleme stellen sich bei der Filmförderung: Die Filmförderungsanstalt (FFA) erhebt ua die sog **Filmabgabe**, § 66 FFG, die zB von den Kinobetreibern entrichtet werden muss. Die FFA ist eine Anstalt öffentlichen Rechts, keine staatliche Institution. Sie wird von der Filmwirtschaft selbst kontrolliert. Die Gremien, die über die Projektfilmförderung entscheiden, sind staatsfrei zusammengesetzt. Der Staat beschränkt seine Kontrolle auf die Rechtsaufsicht. **87**

In der älteren Rechtsprechung des EuGH wurden **parafiskalische Abgaben**<sup>183</sup>, dh staatlich bestimmte Abgaben eines bestimmten Personenkreises, die nicht in den Staatshaushalt fließen, sondern in gesonderte Fonds oder Einrichtungen, als staatliche Mittel betrachtet.<sup>184</sup> Im *Preussen Elektra*-Urteil<sup>185</sup> entschied der Gerichtshof jedoch, dass eine **88**

digitalen terrestrischen Fernsehens (DVB-T) in Berlin-Brandenburg gewährt hat, ABIEG 2006, L 200, 14 Rn 62 ff; vgl auch *Koenig/Hus* EStAL 2004, 605, 608 ff.

<sup>179</sup> Dausen/Götz/Martínez Soria Bd II H III. Rn 56 ff; Grabitz/Hilf/von Wallenberg Bd II Art 87 Rn 35 ff.

<sup>180</sup> Vgl EuGH Rs C-72/91 und C-73/91 – Sloman Neptun, Slg 1993 I-887 Rn 19; Rs C-189/91 – Kirsammer-Hack, Slg 1993 I-6185 Rn 16; Rs C-52/97 ua – Vicido ua, Slg 1998 I-2629 Rn 13; Rs C-200/97 – Ecotrade, Slg 1998 I-7907 Rn 35; Rs C-295/97 – Piaggio, Slg 1999 I-3735 Rn 35; Rs C-379/98 – Preussen Elektra, Slg 2001 I-2099 Rn 58; Rs C-482/99 – Stardust Marine, Slg 2002, I-4397 Rn 24.

<sup>181</sup> EuGH Rs C-482/99 – Stardust Marine, Slg

2002, I-4397 Rn 24; Rs 67, 68 und 70/85 – Van der Kooy, Slg 1988, 219 Rn 35; Rs C-303/88 – Italien/Kommission, Slg 1991 I-1433 Rn 11; Rs C-305/89 – Italien/Kommission, Slg 1991 I-1603 Rn 13.

<sup>182</sup> Entscheidung der Kommission KOM (2007) 1761 endg, Rn 148 ff.

<sup>183</sup> EuGH Rs 173/73, Slg 1974, 709 Rn 35; EuG Rs T-358/94 – Air France/Kommission, Slg 1996 II-2109; Dausen/Götz/Martínez Soria Bd II, H III. Rn 58.

<sup>184</sup> Vgl *Koenig/Kühling* ZUM 2001, 537 (543) mwN; ähnlich auch Generalanwalt Jacobs, der parafiskalische Abgaben dann annimmt, wenn die Mittel zweckgebunden in einen zum Staatshaushalt gehörenden Sonderfonds fließen und dann an bestimmte Dritte ausgezahlt werden; Schlussanträge zum

Begünstigung nur dann aus staatlichen Mitteln stammt, wenn die Zuwendung Auswirkungen auf den Staatshaushalt hat. Die bloße Tatsache, dass die Vergütungsverpflichtung des Stromeinspeisungsgesetzes auf einem Gesetz beruhe, habe keine Bedeutung.<sup>186</sup> Ein Teil der Literatur hat die Entscheidung dahingehend interpretiert, dass unabhängig davon, ob eine staatliche Einrichtung oder eine privatwirtschaftliche Institution zwischengeschaltet wird, der **Staatshaushalt** durch die Subvention belastet werden muss.<sup>187</sup> Diese Interpretation ist allerdings nicht zwingend. Denkbar ist, dass die Bedingung „Auswirkung auf den öffentlichen Haushalt“ **nur** für Sachverhalte wie bei *Preussen Elektra* gilt, in denen die Mittel ausschließlich zwischen Privaten zirkulieren.<sup>188</sup> Die jüngste Entscheidung zur *Stardust Marine*<sup>189</sup> verdeutlicht diese Auffassung für zwischengeschaltete Institutionen: Der Gerichtshof sah Vergünstigungen einer privatrechtlich organisierten Bank in staatlichem Eigentum als staatliche Mittel an, obwohl sie diese Mittel aus ihrem laufenden Geschäftsbetrieb erwirtschaftet hatte. Entscheidend sei, dass die Mittel „unter **staatlicher Kontrolle** und damit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen“.<sup>190</sup>

- 89** Aber auch die staatliche Kontrolle wurde sowohl bzgl der Einnahmeseite mit Blick auf das staatsfern organisierte KEF-Verfahren bezweifelt, als auch bzgl der Ausgabeseite, da die Verwendung der **Rundfunkgebühr** durch die Rundfunksender gerade keiner staatlicher Kontrolle unterliegt.<sup>191</sup> Bei der **Filmförderung** gibt es hingegen auf der Einnahmeseite weniger Zweifel, weil sie der Höhe nach vom Gesetzgeber festgelegt wird. Problematisch sind hier nur die freiwilligen Leistungen der Rundfunksender an die FFA gem. § 67 FFG.
- 90** Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes zur deutschen Rundfunkgebühr gibt es nicht. Angesichts der Tatsache, dass Bund und Länder weitgehende **Zugeständnisse** gegenüber der Kommission gemacht haben (vgl Mitteilung der Kommission vom 24.4.2007<sup>192</sup>), ist die zwischen 1998–2007 intensiv geführte Diskussion<sup>193</sup> nicht mehr so rele-

Urteil EuGH Rs C-379/98 – Preussen Elektra, Slg 2001 I-2099 Rn 165.

<sup>185</sup> EuGH Rs C-379/98 – Preussen Elektra AG, Slg 2001 I-2099.

<sup>186</sup> EuGH Rs C-379/98 – Preussen Elektra AG, Slg 2001 I-2099 Rn 59: „Der Umstand, dass die Abnahmepflicht auf einem Gesetz beruht und bestimmten Unternehmen unbestreitbare Vorteile gewährt, kann damit der Regelung nicht den Charakter einer staatlichen Beihilfe iSv Art 92 Abs 1 EGV verleihen“, so auch der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen zum Urteil, Rn 165 ff.

<sup>187</sup> Vgl *Bartosch* NVwZ 2001, 643, 645 f; *Koenig/Kühling* ZUM 2001, 537, 543 mwN.

<sup>188</sup> Diese Auffassung wird von der Kommission vertreten, s Entscheidung der Kommission KOM (2007) 1761 endg, Rn 151; in etwas andere Richtung geht jedoch der EuGH Rs C-72/91 und C-73/91 – *Sloman Neptun*, Slg 1993 I-887 Rn 19 ff.

<sup>189</sup> EuGH Rs C-482/99 – *Stardust Marine*, Slg 2002, I-4397.

<sup>190</sup> EuGH Rs C-482/99 – *Stardust Marine*, Slg 2002, I-4397 Rn 37; damit erteilte der

Gerichtshof denjenigen Interpretationen eine Absage, die nach *Preussen Elektra* die Voraussetzung „aus staatlichen Mitteln“ nur für gegeben ansahen, wenn der Staatshaushalt unmittelbar belastet wird, so auch Castendyk/Dommering/Scheur/*Braun* Art 87 EC Rn 11.

<sup>191</sup> Vgl *Bartosch* NVwZ 2001, 643, 645 f; *Koenig/Kühling* ZUM 2001, 537, 545 mwN; *Gounalakis* 166 ff; aA *Degenhardt* ZUM 2001, 357, 370.

<sup>192</sup> Entscheidung der Kommission KOM (2007) 1761 endg, Rn 322 ff.

<sup>193</sup> Hinsichtlich der Rechtslage in Deutschland vgl Schreiben der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission zur Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland und zur Vereinbarkeit des bestehenden Systems mit dem gemeinsamen Markt, vom 3.3.2005, Staatliche Beihilfe E 3/2005, epd medien 2005, Nr 21; s anders die Antwort der Bundesregierung vom 6.5.2005, *Journalist.de* 6/2005, 1 ff (abrufbar unter <http://www.journalist.de/downloads/pdf/>

vant. Dasselbe gilt für das Filmförderungsgesetz (FFG). Der EuGH hat sich zwar nicht zur deutschen Filmförderung geäußert. Die Bundesregierung hat jedoch seit 1991 alle FFG-Novellen notifiziert und die von der Kommission gewünschten Änderungen vorgenommen, obwohl die freiwilligen Beiträge der Fernsehsender nicht unter den Begriff der staatlichen Mittel subsumiert werden können.<sup>194</sup>

**bb) Begünstigung.** Eine **Begünstigung** als weitere Voraussetzung des Art 87 Abs 1 EGV ist gegeben, wenn Unternehmen geldwerte Vorteile ohne marktgerechte Gegenleistung erhalten.<sup>195</sup> Ob eine angemessene Gegenleistung vorliegt, ist danach zu beurteilen, ob ein privater Investor dieselbe Summe für die Leistung zahlen würde (sog. „private investor test“).<sup>196</sup> Der EuGH geht davon aus, dass auch **adäquate Gegenleistungen** für die Erfüllung von Gemeinwohlsverpflichtungen iSd Art 86 Abs 2 EGV den Tatbestand der Beihilfe entfallen lassen können.<sup>197</sup>

Auch bei der Rundfunkgebühr ist das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung umstritten. Denn es ist fraglich, ob die **Rundfunkgebühr** nicht doch eine angemessene Gegenleistung für die Leistungen der Rundfunkanstalten ist.<sup>198</sup> Die Voraussetzungen, die der EuGH für die „angemessene Gegenleistung“ aufstellt, überschneiden sich teilweise mit denen des Ausnahmetatbestands für Unternehmen, die **Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse** erbringen (Art 86 Abs 2 EGV).<sup>199</sup> Eine der vier Voraussetzungen ist, dass die Parameter, anhand derer die angemessene Gegenleistung für das Unternehmen berechnet wird, zuvor (dh vor der Betrauung mit der gemeinwirtschaftlichen Tätigkeit) objektiv und transparent aufgestellt werden müssen. Dies ist bei der Rundfunkgebühr nicht der Fall, denn sie wird von der KEF ex post geprüft und letztendlich von den Ländern bestimmt.<sup>200</sup> Schon deshalb erfüllt die Rundfunkgebühr auch das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung.<sup>201</sup>

Die **Filmförderung** ist ebenfalls begünstigend. Betrachtet man die **Einnahmeseite**, ist unproblematisch, dass die Filmabgabe keine angemessene Gegenleistung für eine Leistung der FFA darstellt. Bei der **Ausgabenseite** sieht es nicht anders aus: Die Referenzförderung ist keine Gegenleistung für die Leistung eines geförderten Filmherstellers. Die Projektfilmförderung als erfolgsbedingt rückzahlbares Darlehen hielte angesichts einer Rückzahlungsquote von unter 10 %<sup>202</sup> keinem „private investor test“ Stand.<sup>203</sup> Nur bei

dokumentationen/finanzierung.pdf); vgl Analyse von *Kleist/Scheuer* Funkkorrespondenz 11.3.2005, 3 ff; *Sumrada/Noblen* EStAL 2005, 609, 618 ff; *Dörr* Media Perspektiven 2005, 333, 335 ff; *Jury*, 80 ff; *Koenig/Haratsch* EStAL 2003, 569, 570 ff; *Koenig/Kühling* ZUM 2001, 537, 538 ff; *Michel* MMR 2005, 284, 285 ff; Auffassung der Kommission (vgl Schreiben der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission vom 3.3.2005, *epd* medien 2005 Nr 21 Rn 118, wird ua unterstützt von *Selmayr/Kamann* K&R 2004, 49, 52; *Tigchelaar* EStAL 2003, 169, 173.

<sup>194</sup> *Castendyk/Bark* ZUM 2003, 480, 483.

<sup>195</sup> *Calliess/Ruffert/Cremer* Art 87 Rn 7 mwN.

<sup>196</sup> EuG Rs T-358/94 – *Air France/Kommission*, Slg 1996 II-2109 Rn 70 ff; *Dauses/Götz/Martínez Soria* Bd II H III Rn 62.

<sup>197</sup> EuGH Rs C-53/00 – *Ferring*, Slg 2001 I-9067 Rn 17 ff; Rs C-280/00 – *Altmark* Trans, Slg 2003 I-7747 Rn 87 ff.

<sup>198</sup> Vgl *Koenig/Kühling* ZUM 2001, 537, 538 ff; *Michel* MMR 2005, 284, 285 ff.

<sup>199</sup> Die Auffassung, wonach nach der *Altmark*-Entscheidung kein Raum mehr für eine selbstständige Prüfung des Art 86 Abs 2 EGV verbleiben würde, ist wohl überholt, vgl *Koenig/Haratsch* ZUM 2004, 122 ff.

<sup>200</sup> Vgl Teil 4 Kap 1 Rn 106 ff.

<sup>201</sup> Entscheidung der Kommission KOM (2007) 1761 endg Rn 160 ff.

<sup>202</sup> Vgl *Castendyk* Filmförderung 143 f.

<sup>203</sup> Gesondert ist die Förderung nach dem Filmfernsehabkommen zwischen ARD-Sendern, ZDF und FFA zu beurteilen, da die Rundfunkanstalten als Gegenleistung für ihre Förderung Senderechte an den geförderten Filmen erhalten. Die Begünstigung könnte

Förderarten, wie der Filmtheaterförderung nach § 56 Abs 3 FFG, bei der die FFA zinslose Darlehen für Investitionen (zB neue Bestuhlung eines Kinos) vergibt, die in der Regel auch zurückgezahlt werden, liegt die Begünstigung nicht im Förderbetrag selbst, sondern lediglich in der Differenz zum marktüblich verzinsten Darlehen.

- 94** cc) **Wettbewerbs- und Handelsbeeinträchtigung.** Eine Beihilfe ist mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn die Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen **Handel** eine verzerrende Wirkung auf den **Wettbewerb** in der Gemeinschaft entfaltet oder entfalten kann. Dies ist zB dann der Fall, wenn die Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern in diesem Handel stärkt.<sup>204</sup> Bei der Auswirkung auf den Wettbewerb ist seitens der Kommission der relevante Markt zu definieren, wenn sie die Beihilfeentscheidung begründet.<sup>205</sup>
- 95** Angesichts des **internationalen Programm- und Sportrechtshandels** sowie der grenzüberschreitenden Wirkung der Werbung geht die Kommission davon aus, dass eine staatliche Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunksender den **innergemeinschaftlichen Handel beeinflusst**. Da private und **öffentlich-rechtliche Sender** um dieselben Zuschauer und zumindest teilweise um dieselben Werbekunden kämpfen, kann sich die Begünstigung **wettbewerbsverfälschend** auswirken.<sup>206</sup> Weitere Argumente basieren auf der Tätigkeit der kommerziellen Tochterfirmen und der Onlinerangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland.
- 96** Auch die **Filmproduktion und Filmauswertung** ist ein internationales Geschäft, so dass deren Förderung den innergemeinschaftlichen Handel und Wettbewerb verzerren kann. Die derzeit aktuelle Frage bei Rundfunkgebührenfinanzierung und Filmförderung ist deshalb weniger, ob sie Beihilfen darstellen, sondern eher, inwieweit und in welcher Ausgestaltung sie ausnahmsweise zulässig sein können. Für die Rundfunkgebührenfinanzierung kommt als Ausnahmenvorschrift vor allem der erwähnte Art 86 Abs 2 EGV in Betracht, für die Filmförderung geht es um die Bereichsausnahme in Art 87 Abs 3 d) EGV.<sup>207</sup>
- 97** b) **Art 86 Abs 2 EGV.** Eine Ausnahme für Unternehmen, die mit **Dienstleistungen von allgemeinem öffentlichen Interesse** betraut sind, kommt unter drei Voraussetzungen in Betracht:<sup>208</sup>
1. Die zu erbringenden Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse muss vom Mitgliedstaat klar definiert sein (**Definition**).

nur in der Differenz zwischen nach dem Abkommen vereinbarten, für die Filmproduzenten vergleichsweise günstigen und den üblichen Vertragsbedingungen bestehen.

<sup>204</sup> EuGH Rs 730/79 – Philip Morris/Kommission, Slg 1980, 2671 Rn 11, Grabitz/Hilf/von Wallenberg Bd II Art 87 Rn 54.

<sup>205</sup> Vgl EuGH, verbd Rs C-329/93, C-62/95, C-63/95 – Bremer Vulkan, Slg 1996 I-5151 Rn 53 ff; s anders Schlussanträge des Generalwalts Alber zu EuGH Rs C-351/98 – Spanien/Kommission, Slg 2002 I-8031 Rn 78 ff.

<sup>206</sup> Entscheidung der Kommission KOM (2007) 1761 Rn 184 ff.

<sup>207</sup> Selbstverständlich kommen theoretisch

beide Ausnahmeregelungen für Rundfunkgebühr und Filmförderungen Betracht. Dies wird aber nur bei der Rundfunkgebühr thematisiert, vgl zB Hahn/Vesting/Libertus § 13 Rn 46 f; Castendyk/Dommering/Scheuer/Schmahl Art 151 EC, Rn 27; Grabitz/Hilf/von Wallenberg Bd II Art 87 Rn 182 f.

<sup>208</sup> So die Kommission in dem Verfahren der staatlichen Beihilfe – C 62/1999 (ex NN 140/1998) – Italien, ABIEG 1999, C 351, 20 ff, Entscheidung der Kommission betreffend der Maßnahmen Italiens zu Gunsten von RAI K(2003) 3528, ABIEG 2004, L 119, 1, Rn 95 ff; Koenig/Haratsch ZUM 2004, 122 ff und in der Entscheidung der Kommission KOM (2007) 1761 Rn 217 ff.

2. Das Unternehmen muss mit der Erbringung der Dienstleistung durch eine öffentliche Stelle betraut sein (**Betrauung**). Die Einhaltung der allgemeinen wirtschaftlichen Verpflichtungen im Einklang mit dem Betrauungsakt muss durch eine unabhängige Stelle überwacht werden.
3. Die staatliche Beihilfe darf nicht über die Netto-Mehrkosten der allgemeinen wirtschaftlichen Dienstleistung hinausgehen, wobei andere Einkünfte, die unmittelbar oder mittelbar aus der Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen entstehen, zu berücksichtigen sind (**Verhältnismäßigkeit**).

Bei der **Definition** des Rundfunkauftrags gesteht die Kommission – entsprechend dem Amsterdamer Protokoll<sup>209</sup> – den Mitgliedsstaaten gesetzgeberisches Ermessen zu. Die Rolle der Kommission beschränkt sich auf die Kontrolle **offensichtlicher Fehler**.<sup>210</sup> Auch wenn es den Mitgliedstaaten frei steht, den öffentlichen Auftrag selbst zu definieren<sup>211</sup>, müssen diese Definitionen jedoch hinreichend präzise sein. Dabei hat die Kommission die sehr weit gefasste Definition des Rundfunkauftrags in den meisten deutschen Rundfunkgesetzen grds akzeptiert. In Einzelfällen, zB bei Digitalkanälen und bei Internetangeboten, hat sie jedoch Präzisierungen verlangt.<sup>212</sup> Die Zulassung öffentlich-rechtlicher E-Commerce-Angebote, von Werbung, Sponsoring und Merchandising über das Internet, von Pay-TV und Pay-Per-View und ähnlicher kommerzieller Dienste wäre hingegen ein „offensichtlicher Fehler“.

Bei der **Betrauung** hat die Kommission Zweifel daran erkennen lassen, ob die interne Kontrolle durch den Rundfunk- bzw Verwaltungsrat effizient ist.<sup>213</sup> Dies gilt insbesondere für die noch unzureichende Kontrolle der kommerziellen Tochter- und Beteiligungsfirmen der Rundfunkanstalten.

Zur **Verhältnismäßigkeit** hat die Kommission eine Vielzahl von Anforderungen an die Kommission. Gem der Rundfunkmitteilung muss die Kommission im Rahmen von Art 86 Abs 2 EGV darüber wachen, dass die Subventionierung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse den Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht in unverhältnismäßig hohem Maße beeinträchtigt. Neben der klaren Definition des öffentlichen Auftrags erfordert dies eine ebenso klare Trennung zwischen gemeinwirtschaftlichen und anderen kommerziellen Tätigkeiten. Nur auf Grundlage einer solchen differenzierten Mittelzuweisung lässt sich feststellen, ob die öffentliche Finanzierung tatsächlich auf die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages begrenzt ist. Die Anforderungen an die getrennte Buchführung ergeben sich dabei aus der Transparenzrichtlinie. Nur damit können unzulässige Quersubventionierungen kommerzieller Töchter mit Mitteln aus der Rundfunkgebühr verhindert werden.

c) **Art 87 Abs 3 d) EGV**. Ein Filmförderungsprogramm kann von der Kommission nach Art 87 Abs 3 lit d) EGV als Förderung der Kultur genehmigt werden<sup>214</sup>, wenn sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maß

<sup>209</sup> S oben Rn 82.

<sup>210</sup> Entscheidung der Kommission KOM (2007) 1761 Rn 220.

<sup>211</sup> Mit dieser Möglichkeit sind interessante Fragestellungen, wie zB, ob ein Marktversagen erforderlich ist, um eine Einrichtung mit der Dienstleistung von öffentlichem Interesse zu betrauen, leider abgeschnitten (vgl krit zum Konzept des Marktversagens jedoch *Koenig/Füg* EStAL 2005, 591 ff).

<sup>212</sup> Entscheidung der Kommission KOM (2007) 1761 Rn 236, 248 ff.

<sup>213</sup> Entscheidung der Kommission KOM (2007) 1761 Rn 255 ff.

<sup>214</sup> Denkbar ist selbstverständlich auch eine andere Ausnahme, zB die Förderung strukturschwacher Gebiete, vgl Art 87 Abs 1a) EGV iVm der Verordnung (EG) Nr 1628/2006 (Regionalfreistellungsverordnung).

beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Nach Ansicht der Kommission ist eine Filmförderung in diesem Sinne noch angemessen, wenn maximal 50 % der Gesamtkosten des Films von der Filmförderung zugeschossen werden, wobei Ausnahmen für kleine, schwierige oder kulturell besonders wichtige Filme möglich sind.<sup>215</sup> Der Produzent muss mindestens 20% des Filmbudgets in anderen Mitgliedsstaaten ausgeben dürfen, ohne dass die ihm gewährte Beihilfe gekürzt wird (sog „80/20-Regel“). Damit wird der *Territorialisierungsgrad* auf 80 % limitiert.<sup>216</sup>

- 102** Es muss außerdem sichergestellt sein, dass **Produktionen mit nicht kulturellem Inhalt** von der Förderung ausgeschlossen sind, der EuGH nennt als Beispiele Werbung oder Pornographie.<sup>217</sup> Wichtig ist daneben, dass nicht die Wirtschaftsförderung im Vordergrund steht. Diese Voraussetzungen waren bei der FFA ua über das **Qualitätserfordernis** (welches iS einer kulturellen Qualität ausgelegt werden muss) und § 19 FFG sichergestellt. Neuerdings verlangt die Kommission aber auch zusätzliche „**kulturelle**“ **Kriterien**. Bisher hielt sie dies nur bei „Incentive“-Förderungen, wie dem Deutschen Filmförderungsfonds, für erforderlich. Bei den jüngsten Genehmigungsverfahren hat sich gezeigt, dass die EU-Kommission zwischen – förderungswürdigen – „kulturellen“ und – nicht förderungsfähigen – technischen bzw wirtschaftlichen Teilen der Filmproduktion differenzieren möchte.<sup>218</sup> Es ist jedoch problematisch, zwischen „kultureller“ und „wirtschaftlicher“ Filmförderung zu unterscheiden. Eine Trennung in „kulturell wertvolle“ und „Kommerzfilme“ ist nicht möglich und wäre auch mit Bezug auf die Funktion des Films als kultureller Spiegel der Gesellschaft verfehlt. Auch erfolgreiche und massenattraktive Filme können einen ganz erheblichen Einfluss auf die private und öffentliche Meinungsbildung erlangen und kulturell eine ganze Generation mitprägen. Noch problematischer ist die einseitige Bevorzugung „kreativer“ Beiträge, denn zum einen sind auch Teile der „technischen“ Beiträge heutzutage künstlerisch, zB im Bereich der digitalen Nachbearbeitung, zum anderen sind auch rein technische Beiträge notwendig, um den Film entstehen zu lassen.

### § 3

## Medien im Völkerrecht und Europa

### I. Einleitung

- 103** Das Völkerrecht beeinflusst Rundfunk und Medien unter verschiedenen Gesichtspunkten.
- 104** Von ganz erheblicher praktischer Bedeutung sind die völkerrechtlichen Regelungen für das **Fernmeldewesen**.<sup>219</sup> So wird etwa das Frequenzspektrum im Rahmen internatio-

<sup>215</sup> Kritik an diesem – allerdings in der Praxis nicht sehr ernst genommen – Kriterium übt *Hentschel* 289.

<sup>216</sup> Vgl Kinomitteilung KOM (2001) 534 endg Rn 6, die zunächst bis Ende 2004 galt, bis Mitte 2007 verlängert wurde und spätestens Ende 2009 auslaufen soll.

<sup>217</sup> Vgl Entscheidung der Kommission SG(98) D/6935, Staatliche Beihilfe – N3/98 – Frankreich, 6 f.

<sup>218</sup> Entscheidung der EU-Kommission zum neuen UK-Fund K(2007) 6075 endg, Staatliche Beihilfe – NN 6/06 – UK film development and production funds; Entscheidung der Kommission zum Deutschen Filmförderungsfond (DFFF) K(2006) 6682 endg, Staatliche Beihilfe – N695/2006 – Deutscher Filmförderungsfond.

<sup>219</sup> Zur Einführung vgl *Ladeur ArchPT* 1998, 243 ff.

naler Vereinbarungen zwischen den Staaten aufgeteilt.<sup>220</sup> Die Verteilung von Frequenzen richtet sich nach dem internationalen **Fernmeldevertrag (IFV)**<sup>221</sup> und der **Vollzugsordnung für den Funkdienst (VO Funk)**. Danach koordiniert, verteilt und registriert die **Internationale Fernmeldeunion (ITU)**, eine Sonderorganisation der UNO, die Frequenzen. In mehrjährigem Abstand finden sog Weltfunkkonferenzen statt, bei denen die Vollzugsanordnungen ergänzt und geändert werden. Die danach auf nationaler Ebene zur Verfügung stehenden Frequenzen werden in Deutschland nach Maßgabe des **TKG** in einem mehrstufigen Verfahren vergeben.<sup>222</sup> Ebenfalls bedeutsam sind die Handelsliberalisierungen, die im Anschluss an die Uruguay-Runde der WTO-Verhandlungen auch für den **Telekommunikationssektor** erreicht wurden.<sup>223</sup> Da das TK-Recht nicht zum Medienrecht gehört, soll dieser Aspekt im Folgenden nicht weiter vertieft werden.

Bei **Rundfunk- und Mediendiensten** wurde in den letzten Jahren vor allem diskutiert, ob und inwieweit derartige Angebote unter das **WTO-Regime** fallen. Die in den GATT- und GATS-Abkommen vereinbarten Liberalisierungen sind für den audiovisuellen Sektor durchaus relevant<sup>224</sup>: Wäre etwa das **GATT-Abkommen** von 1947 auf Rundfunksendungen anwendbar, wären Quotenregelungen, wie zB die europäische Quote in Art 4 der Fernsehrichtlinie, völkerrechtswidrig.<sup>225</sup> Die Anwendung des welthandelsrechtlichen Grundsatzes der Inländerbehandlung könnte zB dazu führen, dass in Europa ansässige US-amerikanische Zweigniederlassungen Anspruch auf europäische Fördermittel hätten. Auch im Bereich der Kabelweiterleitung dürften außereuropäische Anbieter nicht mehr benachteiligt werden. Schließlich würde jede Subvention für Medienangebote, gegebenenfalls sogar auch die Rundfunkgebühr, dem harten Erforderlichkeitstest des GATT-Abkommens ausgesetzt. **105**

Neben der WTO bestimmen auch die Aktivitäten der **UNESCO** die völkerrechtliche Diskussion der audiovisuellen Medien. In Ausfüllung des Prinzips des „free flow of information“ verabschiedete sie 1972 eine – rechtlich unverbindliche – Deklaration zum **freien Informationsfluss** bei Rundfunksendungen. Dabei erkennt sie damals auch noch das gegenläufige Prinzip des „prior agreement“ an (Art IX Abs 1), welches heute mehr in den Hintergrund getreten ist.<sup>226</sup> **106**

Wichtig ist daneben auch die **kulturelle Dimension** von Rundfunk und Telemediendiensten, die völkerrechtlich gesehen auch die Funktion hat, Liberalisierungen aus rein wirtschaftlichen Motivationen heraus Grenzen zu setzen. Nach langer und intensiver Debatte wurde am 20.10.2005 das „Übereinkommen zum Schutz der Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen“ verabschiedet. Kulturpolitische Ziele der Nationalstaaten können damit gewisse Einschränkungen des Welthandels rechtfertigen.<sup>227</sup> **107**

Nicht zuletzt hat das Völkerrecht für den **Einzelnen** die Bedeutung einer Garantie der **Informations- und Meinungsfreiheit**. Hervorzuheben ist zunächst Art 19 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (GA-Res 217 III vom 10.12.1948), in dem es heißt: „Jeder Mensch hat das Recht auf freie Meinungsäußerung; dieses Recht umfasst die Freiheit, Meinungen unangefochten anzuhängen und Informationen und Ideen mit allen Verstän- **108**

<sup>220</sup> Einen ersten Einstieg bietet *Herrmann/Lausen* 5. Kap § 29 Rn 1 ff.

<sup>221</sup> Vertragstext in der Fassung des Schweizer Bundesgesetzblatts abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/sr/i/0.784.16.de.pdf>.

<sup>222</sup> *Herrmann/Lausen* 5. Kap § 29 Rn 26 ff.

<sup>223</sup> Vgl *Grabitz/Hilf/Tietje* Bd IV E 27 Rn 63 ff.

<sup>224</sup> Zur Bedeutung der welthandelsrechtlichen

Regelung für den Rundfunk allgemein *Pleitgen* AfP 2005, 1 ff.

<sup>225</sup> *Castendyk/Dommering/Scheuer/Castendyk* Art 4 TWFD Rn 37 ff; *Oeter* AfP 2005, 6 ff.

<sup>226</sup> UNESCO World Communication Report 2006.

<sup>227</sup> *Wiedemann* 23 ff; *Merkel* 9 ff.

digungsmitteln ohne Rücksicht auf Grenzen zu suchen, zu empfangen und zu verbreiten.“ Dieses Freiheitsrecht wurde später in Art 19 Abs 2 **Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte** (IPbÜRG)<sup>228</sup> fast wortgleich übernommen. Angesichts der nahezu weltweiten Ratifikation dieses Paktes wird heute von einer völkergewohnheitsrechtlichen Geltung des Menschenrechts auf Meinungs- und Informationsfreiheit ausgegangen.<sup>229</sup> Dies muss auch die EU bei der Gestaltung ihrer Politik in den Bereichen von Medien, Telekommunikation und Informationstechnologie beachten. Selbstverständlich ist das Menschenrecht auf Meinungs- und Informationsfreiheit, ähnlich wie die entsprechenden Regelungen im Grundgesetz und in der EMRK, nicht schrankenlos gewährleistet. Als legitime Gründe für eine Einschränkung dieser Kommunikationsfreiheiten nennt Art 19 Abs 3 IPbÜRG die Rechte anderer, den Schutz der nationalen Sicherheit, des *ordre public*, der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit.

- 109** Auch die **Europäische Menschenrechtskonvention** (EMRK)<sup>230</sup> stellt eine völkerrechtliche Grundlage für das Menschenrecht auf Meinungs- und Informationsfreiheit dar. Da die EMRK zum sog. „*acquis communautaire*“ gehört und damit immer stärker in die Rolle eines Grundrechtskatalogs für das EU-Recht hineingewachsen ist, wurde die EMRK bereits in § 2, II dieses Abschnitts als Teil des europäischen Primärrechts dargestellt.<sup>231</sup>

## II. GATT/GATS

- 110** Die völkerrechtlich aktuellste **Problemstellung** betrifft die Frage, wie der Rundfunk und die sonstigen audiovisuellen Medienangebote im WTO-Kontext zu verorten sind. Rundfunk transportiert Information, Kultur und Unterhaltung. Die audiovisuellen Dienste dienen der öffentlichen Meinungsbildung und Unterhaltung, sind aber gleichzeitig auch Wirtschaftsunternehmen, die mit ihren Waren und Dienstleistungen Geld verdienen müssen. Diese kulturelle und ökonomische **Doppelnatur** warf die Frage auf, ob und inwieweit welthandelsrechtliche Normen auf Rundfunkangebote anwendbar sind. Zentraler Dreh- und Angelpunkt für das Welthandelsrecht ist die WTO mit ihren circa 160 Mitgliedstaaten; sie wirkt auf den Abbau von Handelsbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten hin. Die WTO bildet das Dach für eine ganze Reihe von multilateralen Handelsabkommen.<sup>232</sup>
- 111** Grundlegend ist zunächst das **GATT-Abkommen** aus dem Jahre 1947<sup>233</sup>, mit dem der Handel mit Waren liberalisiert wurde. Es stellt für die Mitgliedstaaten strenge, zT unmittelbar umzusetzende Regeln auf. Mengenmäßige Beschränkungen sind grds verboten: es gilt das Gebot der Inländergleichbehandlung. Es enthält außerdem Regelungen über Subventionen und ihre Zulässigkeit. Im Jahr 1995 kam das Abkommen über die Liberalisierung von Dienstleistungen (GATS)<sup>234</sup> hinzu. Dieses Abkommen enthält Rahmenbe-

<sup>228</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbÜRG) vom 16.12.1966, BGBl 1973 II S 1534.

<sup>229</sup> Vgl Böckstiegel/Wolfrum 395; Gornig 230 ff passim.

<sup>230</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.5.2002, BGBl II S 1054.

<sup>231</sup> S oben Rn 47.

<sup>232</sup> Dazu gehört auch das im Urheberrecht so

bedeutsame TRIPS-Abkommen, vgl zur WTO die Aufzählung unter [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/legal\\_e.htm#agreements](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#agreements).

<sup>233</sup> Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (engl. *General Agreement on Tariffs and Trade*).

<sup>234</sup> Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (engl. *General Agreement on Trade in Services*).

dingungen für den Dienstleistungsverkehr. Die Einbeziehung des audiovisuellen Sektors in das GATS war während der Uruguay-Verhandlungsrunde äußerst umstritten. Die Europäer, insbesondere Frankreich, betonten die kulturelle Seite des Sektors und forderten eine „exception culturelle“. Andere Staaten, allen voran die USA und Japan, hielten audiovisuelle Güter nur für Unterhaltungsdienstleistungen, die keine Ausnahmeregelungen verdienen würden. Am 14.12.93 wurden die diesbezüglichen Verhandlungen als gescheitert abgebrochen. Es gelang den Europäern nicht, eine Ausnahmeregelung zu Gunsten des audiovisuellen Sektors durchzusetzen. Damit unterfallen auch Rundfunkprogramme grds dem Abkommen.

Die Folgen für den audiovisuellen Sektor in Europa sind jedoch gering, da das **GATS-Abkommen** völlig anders strukturiert ist als das GATT-Abkommen. Nach dem GATS-Abkommen besteht ohne eine spezifische Verpflichtung („**specific commitment**“) nicht einmal Anspruch auf Marktzugang. Nur für Dienstleistungen, die ausdrücklich in einem Anhang benannt sind („Positivliste“), gilt der Grundsatz der Inländerbehandlung. Angesichts ihrer harten Verhandlungsposition bei der Uruguay-Runde wenig erstaunlich, hat die EU niemals Verpflichtungen für den audiovisuellen Bereich angemeldet. **112**

Da also GATT und GATS unterschiedlich große Liberalisierungsforderungen stellen, ist die **Abgrenzung** zwischen Waren und Dienstleistungen von erheblicher Bedeutung. Dennoch wurden die Begriffe „Ware“ und „Dienstleistung“ nicht definiert. Allerdings wurden in der „**Services Sectoral Classification List**“,<sup>235</sup> bestimmte audiovisuelle Dienstleistungen aufgeführt. Hierzu gehören die Produktion, öffentliche Vorführung und der Vertrieb von Kino- und Videofilmen, das Radio und Fernsehdienste. Daraus ergibt sich ein in der Praxis schwer zu handhabendes, durchaus widersprüchliches Ergebnis. So ist ein klassischer Spielfilm als eine auf einem Träger fixierte Bild- und Tonsequenz unstrittig eine Ware im Sinne des GATT. Die Vorführung oder Ausstrahlung des Spielfilms ist jedoch als Dienstleistung und nicht als Ware einzuordnen. Gleichzeitig enthält das GATT-Abkommen von 1947 Regelungen zu Kinoquoten, die streng genommen die Vorführung der „Ware Film“ im Kino und damit eine Dienstleistung regeln.<sup>236</sup> Noch verschärft werden diese Abgrenzungsprobleme mittlerweile im Kontext des Internets. Über die systematische Einordnung der über das Netz vermarkteten digitalen Produkte besteht keine Einigkeit. Während einerseits digitale Produkte grds als Dienstleistung angesehen werden, wird andererseits vertreten, elektronisch übertragene Produkte wären generell als Waren im Sinne des GATT-Abkommens anzusehen.<sup>237</sup> **113**

<sup>235</sup> GATT. Doc. MTN.GNS/W/120 (07/10/1991), abrufbar unter [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/serv\\_sectors\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/serv_sectors_e.htm).

<sup>236</sup> Es wurde diskutiert, ob das GATT und die genannten Regelungen auf Fernsehsendungen analog Anwendung finden können. Zur Klärung dieser von den USA im Jahre 1961 in das GATT getragenen Frage wurde eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die sich jedoch nicht auf einen Standpunkt einigen konnte,

vgl *Frese*, 143 f. Ob Quotenregelungen im Fernsehen, wie in Art 4–6 der Fernsehrichtlinie, die schließlich auch Kinofilme einschließen, gegen das GATT-Abkommen verstoßen, wurde in den vom GATT vorgesehenen Schlichtungsverfahren jedoch noch nicht überprüft, vgl dazu auch Castendyk/Dommering/Scheuer/*Castendyk* Art 4 TWFD Rn 37 ff.

<sup>237</sup> Castendyk/Dommering/Scheuer/*Castendyk* Art 4 TWFD Rn 32 ff.

### III. Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen

- 114** Die Mitgliedsstaaten des **Europarates** haben 1989 das Europäische Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen (FsÜ) abgeschlossen.<sup>238</sup> Die Konvention wurde mit Änderungsprotokoll vom 1.10.1998 an die 1997 revidierte Fernsehrichtlinie angepasst.<sup>239</sup> Das auf diese Weise revidierte FsÜ trat am 1.3.2002 in Kraft. Der Kreis der Vertragsstaaten ist größer als der der Mitgliedstaaten der EU, für die gleichzeitig die Fernsehrichtlinie gilt. Als völkerrechtlicher Vertrag wird das Übereinkommen durch Ratifikation in den einzelnen Vertragsstaaten gültig. Das Zustimmungsgesetz<sup>240</sup> hat in der Bundesrepublik den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.
- 115** Die **politische Motivation** für eine parallele rundfunkrechtliche Regelung zur Fernsehrichtlinie war vielgestaltig.<sup>241</sup> So machte der Satellitenrundfunk auch nicht an den Grenzen der damaligen Europäischen Gemeinschaft halt, so dass eine europaweite Mindestregelung sinnvoll erschien, die auch Staaten wie die Schweiz oder Norwegen miteinbeziehen konnte. Außerdem wollten viele Mitgliedstaaten und auch die deutschen Bundesländer auf ihre exklusiven Kompetenzen im Rundfunkbereich nicht verzichten und waren nicht bereit, der Europäischen Gemeinschaft Kompetenzen zuzugestehen.<sup>242</sup> Da sie gleichzeitig einsehen mussten, dass angesichts des Satellitenrundfunks eine gewisse Harmonisierung rundfunkrechtlicher Vorschriften in Europa notwendig war, hielten sie ein völkerrechtliches Instrument mit geringerer Bindungswirkung für besser geeignet. Dieses politische Ziel, die Fernsehrichtlinie zu verhindern, wurde jedoch nicht erreicht. Damit hat die FsÜ für EU-Mitgliedstaaten nur noch eine geringe Bedeutung.
- 116** Der Vorrang der Fernsehrichtlinie wird durch eine Kollisionsregel sichergestellt. Nach Art 27 Abs 1 FsÜ sind die Bestimmungen der Fernsehrichtlinie in EG-Mitgliedstaaten vorrangig, es sei denn, dass es zu dem Regelungsgegenstand keine Vorschrift der Richtlinie gibt. Zwischen den EU-Mitgliedsstaaten hatte die FsÜ deswegen nur noch die Bedeutung einer **Interpretationshilfe** bei der Auslegung der Fernsehrichtlinie. Denn es entspricht dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung, gleichlautende Regelungen in der Fernsehrichtlinie ohne Widerspruch zur FsÜ zu interpretieren.<sup>243</sup> Dieser

<sup>238</sup> Europäisches Übereinkommen über das grenzüberschreitende Fernsehen vom 5.5.1989, Text im Internet unter <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/132.htm>. Das FsÜ ist inzwischen in Bulgarien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Großbritannien, Italien, Lettland, Malta, Norwegen, Österreich, Polen, San Marino, der Schweiz, Slowakei, Spanien, Türkei, Ungarn, Vatikanstadt und Zypern in Kraft. Unterzeichnet haben weiterhin Albanien, Estland, Griechenland, Kroatien, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Niederlande, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowenien, Tschechische Republik und die Ukraine, abrufbar unter <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=132&CM=7&DF=2/27/2008&CL=GER>.

<sup>239</sup> Ebenso gibt es bereits Bestrebungen, das Abkommen an die AVMDR anzupassen, s Bericht des ständigen Ausschusses (Report

TT-T(2007)007) vom 8. und 9.10.2007, TOP 5, abrufbar unter [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/media/2\\_transfrontier\\_television/T-TT\(2007\)007\\_en.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/e/human_rights/media/2_transfrontier_television/T-TT(2007)007_en.asp#TopOfPage).

<sup>240</sup> Das FsÜ trat in Deutschland am 1.11.1993 in Kraft, vgl *Dörr ZUM* 1994, 342, 343.

<sup>241</sup> Vgl *Schwartz* EuR 24, 1 Fn 11; *Berger ZUM* 1996, 119 ff; *Engel ZRP* 1988, 240.

<sup>242</sup> Die Länder hatten vergeblich versucht, die Zustimmung der Bundesregierung zur Fernsehrichtlinie mit einer einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts zu verhindern, BVerfGE 1980, 74 ff; auch in der Hauptsache hat das höchste deutsche Gericht den Ländern seinen Schutz versagt (BVerfGE 92, 203 ff); vgl dazu ua *Lerche AfP* 1995, 632 ff.

<sup>243</sup> Es ist ständige Rechtsprechung, dass Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts – soweit wie möglich – in Überein-

Ansatz wird auch vom EuGH vertreten. In einem Fall, der Art 18 der Fernsehrichtlinie<sup>244</sup> betraf, suchte der EuGH nach Ansatzpunkten auch im FsÜ (und seinem „**Explanatory Memorandum**“).<sup>245</sup> Allerdings muss es sich um gleichlautende Regelungen handeln. In dem Verfahren Kommission gegen Vereintes Königreich<sup>246</sup>, in dem das Vereinigte Königreich ebenfalls für einen „consistent approach“ votierte, verweigerte sich der EuGH dieser Argumentationslinie, weil die jeweiligen Regelungen einen anderen Wortlaut und unterschiedliche Kriterien verwendeten.

Ziel des Übereinkommens ist die Sicherung des „**free flow of information**“ und der Unabhängigkeit der Rundfunkveranstalter durch Erleichterung der grenzüberschreitenden Verbreitung von Fernsehprogrammen. Es gilt, anders als die Fernsehrichtlinie, **nur für grenzüberschreitende** Programme (Art 3). Die Vertragsstaaten werden verpflichtet, den freien Empfang zu gewährleisten und die Weiterverbreitung von Programmen (im Kabelnetz) nicht einzuschränken (Art 4). Die Vertragsstaaten sind frei, für die ihrem Recht unterworfenen Fernsehveranstalter strengere oder ausführlichere Vorschriften zu erlassen (Art 28). Sie könnten also zB über das Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse hinausgehende, weitere inhaltliche Werbeverbote einführen, die Anzahl und Dauer der nach dem Übereinkommen zulässigen Werbungsunterbrechungen verringern oder die zulässige tägliche Sendezeit für Werbung reduzieren. **117**

In seinem **Inhalt** gleicht das Übereinkommen in den meisten Punkten der **Fernsehrichtlinie**. Die Quotenregelung zugunsten der europäischen audiovisuellen Produktionen, die Werbebeschränkungen, die Gegendarstellung und der Jugendschutz sind fast identisch geregelt. Unterschiede bestehen bei der Werbung insofern, als die gezielte Einstrahlung und die damit verbundene Abschöpfung von **Werbeeinnahmen aus dem Empfangsland** nicht zulässig ist, wenn dadurch die Werbebestimmungen des Empfangslands umgangen werden (Art 16). Darüber hinaus enthält die Konvention auch Programmgrundsätze, wonach Menschenwürde und Grundrechte anderer Personen zu achten sind, die Nachrichten objektiv sein und die freie Meinungsbildung fördern sollen (Art 7). Auch der Zugang der Öffentlichkeit zu wichtigen Ereignissen darf – ähnlich wie bei der Richtlinie – nicht durch Vergabe von Exklusivrechten übermäßig beeinträchtigt werden (Art 9). **118**

Zur Beratung und Vermittlung zwischen den Vertragsparteien wird ein **ständiger Ausschuss** eingesetzt (Art 20). Nach Art 21 ist der ständige Ausschuss berechtigt, Empfehlungen gegenüber den Vertragsparteien in Bezug auf die Anwendung und Auslegung der FsÜ abzugeben. Der Ausschuss hat bspw eine einflussreiche Empfehlung zur damals noch neuartigen virtuellen Werbung im Fernsehen abgegeben.<sup>247</sup> Sie folgte dem Verhaltenskodex der European Broadcasting Union (EBU) und der Association of Commercial Television in Europe (ACT) aus dem Jahr 1996. Diese Auffassung des ständigen Ausschusses hatte starken Einfluss auf die Auslegung der parallelen Normen in der Fernsehrichtlinie.<sup>248</sup> **119**

stimmung mit von der Gemeinschaft abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen auszulegen sind. Vgl EuGH Rs C-61/94 – Kommission/Deutschland, Slg 1996 I-3989 Rn 52.

<sup>244</sup> Richtlinie 1989/552/EWG des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität.

<sup>245</sup> EuGH Rs C-320/94 ua – RTI, Slg 1996 I-6471.

<sup>246</sup> EuGH Rs C-222/94 – Kommission/Vereintes Königreich, Slg 1996 I-4025.

<sup>247</sup> Empfehlung des ständigen Ausschusses (Recommendation (97) 1, adopted by the Standing Committee on Transfrontier Television at its 12th meeting) abgedruckt bei *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner* RStV § 7 Rn 60.

<sup>248</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen auf bestimmte Aspekte der Bestimmungen der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ über Fernsehwerbung, ABIEG 2004 C 102, 2 Rn 42.

**120** Vergleicht man Konvention und Richtlinie, so bestehen die größten Unterschiede nicht in ihrem Inhalt, sondern in ihrer **Durchsetzbarkeit**. Die Fernsehrichtlinie ist nach ihrer Verabschiedung bindend. Sie muss innerhalb der vorgegebenen Frist in allen Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Spätere Änderungen sind nicht möglich. Die Einhaltung dieser Vorgaben wird von der Kommission überwacht; im Falle der Zuwiderhandlung bleibt ihr das Mittel des Vertragsverletzungsverfahrens. Außerdem liegt die letztverbindliche Auslegung für alle Mitgliedstaaten in einer Hand: der des EuGH. Darüber hinaus kann die Richtlinie, wenn sie nicht umgesetzt wird, unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbare Wirkung entfalten<sup>249</sup>. Beim Übereinkommen beruhen Beitritt und Umsetzung dagegen auf **Freiwilligkeit**. Eine spätere Kündigung, die Änderungen des Rundfunkrechts entgegen der F5Ü in diesem Mitgliedsstaat erlauben würde, ist ebenso möglich wie die Erklärung von Vorbehalten bei der Unterzeichnung. Eine einheitliche Auslegung ist nicht gewährleistet. Eine unmittelbare Wirkung dieser rein völkerrechtlichen Regelung kommt nicht in Betracht.

## § 4

### Entscheidungskompetenzen

#### I. Gesetzgebungskompetenzen

**121** Die EU verfügt nur über die Kompetenzen, die ihnen die Mitgliedstaaten durch die Gründungsverträge übertragen haben. Diese begrenzte Kompetenz, das Erfordernis einer spezifischen Ermächtigungsgrundlage für die Gesetzgebung der Gemeinschaft und ihrer Organe wird als Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bezeichnet.<sup>250</sup> Ein klassischer Nationalstaat hat hingegen eine sog Kompetenz-Kompetenz, dh er kann sich selbst Kompetenzen schaffen. Das Prinzip der **begrenzten Einzelermächtigung** ist in Art 5 Abs 1 EGV und für die Befugnisse der Gemeinschaftsorgane in Art 7 Abs 1 S 2 EGV, Art 3 Abs 1 S 2 EGV statuiert. Das Prinzip zeigt besonders deutlich die Vorschrift des Art 7 EGV, wonach jedes Organ nach Maßgabe der ihm in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse handelt, sowie die Vorschriften der Art 249 Abs 1 EGV und Art 161 Abs 1 EGV, die den Rat und die Kommission nur nach Maßgabe dieses Vertrages zum Erlass von Rechts-handlungen ermächtigen. Die Praxis der Kommission und des EuGH folgt einem großzügigen Verständnis vom Umfang der Gemeinschaftskompetenzen. Dies liegt daran, dass sich diese Organe der EU als Motor der Integration verstehen. Aber auch Vertreter der Mitgliedstaaten im Rat tragen zur Kompetenzerweiterung der EU bei, weil sich bestimmte Bereiche, wie zB staatliche Monopole, auf europäischer Ebene leichter liberalisieren lassen. Es ist daher wenig verwunderlich, wenn das Bundesverfassungsgericht die deutschen Vertreter im Rat dazu ermahnt hat, auf die Einhaltung der Kompetenzschränken der Gemeinschaft zu achten.<sup>251</sup> Der EuGH hat zu überprüfen, ob die Gemeinschaftsorgane für den Erlass der fraglichen Maßnahme zuständig waren. Dabei muss zwischen gemeinschaftlicher und mitgliedstaatlicher Zuständigkeit abgegrenzt werden. Daneben prüft der EuGH, ob die Gemeinschaftsorgane für den fraglichen Rechtsakt die richtige Kompetenzgrundlage gewählt haben.<sup>252</sup>

<sup>249</sup> S oben Rn 11.

<sup>250</sup> BVerfGE 89, 155 ff; Calliess/Ruffert/Calliess Art 5 EGV Rn 8.

<sup>251</sup> BVerfGE 92, 203, 235.

<sup>252</sup> EuGH Rs C-156/93 – Parlament/Kommis-

sion, Slg 1995 I-2019; Rs C-303/94 – Parlament/Rat, Slg 1996 I-2943; Rs C-189/97 – Parlament/Rat, Slg 1999 I-1689; Rs C-209/97 – Kommission/Rat, Slg 1999 I-8067; EuGH Gutachten 2/00 – Cartagena,

Die Entscheidung über die richtige Grundlage für die Zuständigkeit ist deshalb von Bedeutung, weil davon nicht nur die anzuwendenden Verfahrensvorschriften (zB Beteiligung anderer Organe, Beschlussverfahren etc.) abhängen, sondern dies auch Rückwirkungen auf den zulässigen Inhalt einer Regelung haben kann.<sup>253</sup> **122**

Sind im EG-Vertrag Befugnisse für eine bestimmte Tätigkeit vorgesehen und hält die Gemeinschaft sie dennoch für erforderlich, kann der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission nach Anhörung des Europäischen Parlaments die geeigneten Vorschriften erlassen (Art 308 EGV). Ein Rückgriff auf Art 308 EGV ist nur möglich, wenn andere Ermächtigungsgrundlagen nicht eingreifen. In der Vergangenheit sind auf der Grundlage der allgemeinen Kompetenznorm des Art 308 EGV Maßnahmen ua im Bereich des Umweltschutzes erlassen worden. Neben der subsidiären Handlungsermächtigung des Art 308 EGV gibt es Zuständigkeiten kraft **Sachzusammenhangs** und **Annexzuständigkeiten**.<sup>254</sup> Damit sind Gemeinschaftsorgane durch die aus den Verträgen eingeräumte Befugnis gleichzeitig auch zum Erlass solcher Maßnahmen ermächtigt, die zur wirksamen und sinnvollen Ausführung dieser ausdrücklich erteilten Befugnis erforderlich sind. **123**

Ermächtigungen zur **Rechtsangleichung** finden sich in Art 94 ff EGV. Die Basisnorm ist die Art 94 EGV mit Ermächtigung zum Erlass von Richtlinien für die Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des gemeinsamen Marktes auswirken. Von einer unmittelbaren Auswirkung kann gesprochen werden, wenn innerstaatliche Rechtsvorschriften die Freiheit des Wirtschaftsverkehrs behindern, den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen oder die gemeinsamen Politiken der Gemeinschaft oder die Koordinierung der Wirtschaft oder Sozialpolitik der Mitgliedstaaten gefährden.<sup>255</sup> **124**

Art 94 EGV hat einen weiten Anwendungsbereich und bietet der EU viel **Freiraum** für die Bewertung der jeweils gebotenen Angleichungsziele. Auch das Fehlen entsprechender Vorschriften kann eine Beeinträchtigung des gemeinsamen Marktes bedeuten. Man muss also nicht warten, bis die Mitgliedstaaten eigene Rechtsvorschriften erlassen. Die Rechtsangleichung nach Art 94 EGV kann nur durch den Erlass von Richtlinien erfolgen. Die Richtlinie ist nach dem „effet utile“-Prinzip ohnehin darauf beschränkt, bestimmte Ergebnisse vorzugeben und ist damit ein flexibles Harmonisierungsinstrument. **125**

Art 95 Abs 1 EGV ermächtigt die Gemeinschaftsorgane zum Erlass von Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des **Binnenmarktes** zum Gegenstand haben. Art 95 EGV ähnelt Art 94 EGV, ist jedoch für auf den Binnenmarkt bezogene Maßnahmen *lex specialis*<sup>256</sup> bzw. „*Rechtsangleichungs-Grundnorm*“.<sup>257</sup> Angesichts der materiellen Identität der Begriffe „gemeinsamer Markt“ und „Binnenmarkt“<sup>258</sup> sind es im Wesentlichen die gleichen inhaltlichen Anforderungen; es gibt aber auch Unterschiede: Während beim Verfahren nach Art 94 EGV das Europäische Parlament lediglich angehört wird, gilt im Rahmen des Art 95 EGV das Verfahren der Mitentscheidung nach § 251 EGV. Allerdings wird im letzteren Fall die Mitwirkung des Europäischen Parlaments als Ausgleich für die Einführung des Mehrheitsprinzips, bzw der qualifizierten Mehrheit im Rat, verstanden. **126**

Slg 2002 I-7699; Rs C-491/01 – British American Tobacco, Slg 2002 I-11453.

<sup>253</sup> EuGH Rs 45/86 – Kommission/Rat, Slg 1987, 1520.

<sup>254</sup> EuGH Rs 22/70 – AETR, Slg 1971, 263; Grabitz/Hilf/Krenzler Bd. IV E. 1, Rn 25 ff, 34 ff.

<sup>255</sup> Grabitz/Hilf/Tietje Bd II Art 94 Rn 18 ff.

<sup>256</sup> Grabitz/Hilf/Tietje Bd II Art 95 Rn 56.

<sup>257</sup> So Oppermann § 18 Rn 9 f; Grabitz/Hilf/Tietje Bd II Art 94 Rn 1 ff; Calliess/Ruffert/Kahl Art 94 Rn 3 f.

<sup>258</sup> Grabitz/Hilf/Tietje Bd II Art 94 Rn 4 f.

- 127** Die allgemeine Harmonisierungskompetenz für den Binnenmarkt aus Art 95 EGV und die speziellen Rechtsangleichungsbefugnisse der Marktfreiheiten<sup>259</sup> rechtfertigen jedoch nicht jede Harmonisierung unter Berufung auf mögliche Gefährdungen der Marktfreiheiten oder potentiell denkbare Wettbewerbsverzerrungen. Dies hat der EuGH in seiner Leitentscheidung zum Tabakwerbeverbot deutlich gemacht.<sup>260</sup> Der EuGH sah in dem umfassenden Werbeverbot im Interesse des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit eine über die Kompetenzermächtigung hinausgehende Regelung, weil bestimmte Werbeträger, wie zB Plakat- oder Kinowerbung, gar nicht Gegenstand des grenzüberschreitenden Handels bzw Dienstleistungsverkehrs waren.<sup>261</sup> Außerdem konnte der EuGH auch keine spürbaren Wettbewerbsverzerrungen erkennen, die von der Richtlinie hätten beseitigt werden können.<sup>262</sup>

## II. Vorlage an den EuGH

### 1. Vorabentscheidungsverfahren gem Art 234 Abs 2 EGV

- 128** Die Gerichte der Mitgliedstaaten der EU haben bei der Anwendung des nationalen Rechts den **Vorrang des Gemeinschaftsrechts** zu beachten. Beruht eine nationale Regelung auf Gemeinschaftsrecht, so ist diese auch „europäisch“, dh konform mit Zweck und Wortlaut des Gemeinschaftsrechts anzuwenden bzw auszulegen.<sup>263</sup>
- 129** Erachtet ein mitgliedstaatliches Gericht eine das Gemeinschaftsrecht betreffende Rechtsfrage für entscheidungserheblich und hat es begründete Zweifel an der Auslegung dieses Gemeinschaftsrechts, so kann es diese nach Art 234 Abs 2 EGV dem EuGH zur **Vorabentscheidung** vorlegen.<sup>264</sup> Ein letztinstanzlich entscheidendes, mitgliedstaatliches Gericht ist in einem solchen Fall zur Vorlage an den EuGH gem Art 234 Abs 3 EGV sogar verpflichtet. Die verbindliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts ist ausschließlich dem EuGH vorbehalten, dem gem Art 220, 292 EGV das sog **Auslegungsmonopol** zukommt.<sup>265</sup>
- 130** Durch die Vorlagepflicht soll zum einen eine einheitliche Auslegung und Anwendung von Gemeinschaftsrecht gesichert und zum anderen verhindert werden, dass sich in einem Mitgliedstaat nationale Rechtsprechung festigt, welche mit den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts in Widerspruch steht. Die Vorlagepflicht der letztinstanzlichen mitgliedstaatlichen Gerichte entfällt entsprechend nur, wenn die Rechtsfrage nicht entscheidungserheblich ist oder bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH war oder die richtige Auslegung und damit Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum ist.
- 131** Hat der EuGH über eine Vorlagefrage entschieden, so ist grds nur das im Ausgangsverfahren befasste staatliche Gericht an diese Auslegung gebunden. Im Interesse einer einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts sind jedoch sämtliche mitgliedstaat-

<sup>259</sup> Art 46 Abs 2 EGV für die Dienstleistungsfreiheit, sowie Art 40, 44, 47, 52, 55 iVm 46 Abs 2, 47 und 57 Abs 2 EGV.

<sup>260</sup> EuGH Rs C-376/98 – Tabakwerbeverbot, Slg 2000 I-8419.

<sup>261</sup> EuGH Rs C-376/98 – Tabakwerbeverbot, Slg 2000 I-8419, Rn 99 ff.

<sup>262</sup> EuGH Rs C-376/98 – Tabakwerbeverbot, Slg 2000 I-8419, Rn 108 ff.

<sup>263</sup> Dreyer/Kotthoff/Meckel/Dreyer § 15 UrhG Rn 29.

<sup>264</sup> Auch die Auslegung einer Richtlinie selbst kann Gegenstand eines Vorlageverfahrens sein, vgl EuGH WRP 1998, 290, 292 ff – Inter-Environnement Wallonie.

<sup>265</sup> Zu den Auslegungsprinzipien des EuGH vgl Rs 283/81 – CILFIT, Slg 1982, 3415; Rs C-336/03 – easy car (UK) Ltd, Slg 2005, I-1947; zum Gebot des effet utile vgl EuGH Rs C-231/96 – Edis, Slg 1998, I-4951; Rs C-223/98 – Adidas, Slg 1999, I-7081.

lichen Gerichte gehalten, das Gemeinschaftsrecht in der Auslegung durch den EuGH anzuwenden oder aber die Auslegungsfrage erneut vorzulegen.

Der EuGH ist als **gesetzlicher Richter** iSd Art 101 Abs 1 S 2 GG anzusehen. Missachtet ein Gericht seine Vorlagepflicht, kann eine Verfassungsbeschwerde wegen Verstoßes gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters erhoben werden.<sup>266</sup> **132**

## 2. Typische Auslegungsfragen

Für die mitgliedstaatlichen Gerichte können sich sowohl aus dem primären Gemeinschaftsrecht als auch aus dem sekundären Gemeinschaftsrecht vielfältige **Auslegungsfragen** ergeben. Während jedoch das primäre Gemeinschaftsrecht und auch die sekundäre Gemeinschaftsrecht bildenden Verordnungen nach Art 249 Abs 2 EGV für die Mitgliedstaaten ohne weitere Umsetzungsnormen rechtlich verbindlich sind<sup>267</sup>, bedürfen die Richtlinien nach Art 249 Abs 3 EGV noch der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten. Erst nach Ablauf der in der Richtlinie vorgesehenen Umsetzungsfrist kann eine Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbare Wirkungen entfalten und darf abweichendes nationales Recht nicht zum Nachteil des Betroffenen angewendet werden.<sup>268</sup> Bei begünstigenden Richtlinien kann sich der Einzelne nach Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbar auf die Richtlinie berufen, sofern diese inhaltlich unbedingt ist und ausreichend konkrete Rechte verbürgt bzw Regelungen enthält.<sup>269</sup> Bei der Anwendung einschlägiger europäischer Richtlinien ist demnach von entscheidender Bedeutung, ob die für die Umsetzung einer einschlägigen Richtlinie vorgeschriebene Umsetzungsfrist noch läuft oder bereits abgelaufen ist, und ob der Mitgliedstaat die Richtlinie umgesetzt hat oder nicht: **133**

- Ist die Umsetzungsfrist einer einschlägigen Richtlinie noch nicht abgelaufen, so kann sie jedoch schon **Vorwirkungen** zeigen und es für die mitgliedstaatlichen Gerichte angezeigt sein, das Richtlinienrecht bereits zu beachten und das nationale Recht bereits richtlinienkonform auszulegen.<sup>270</sup> Bereits aus der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Richtlinien in nationales Recht umzusetzen (Art 249 Abs 3 EGV), folgt auch die Verpflichtung, nationales Recht im Regelungsbereich einer Richtlinie **richtlinienkonform** im Hinblick auf Zweck und Wortlaut der Richtlinie auszulegen. Dabei hat eine Auslegung innerhalb der Grenzen der nationalen Methodenlehre und unter voller Ausschöpfung eventuell bestehender Beurteilungsspielräume, **nicht jedoch contra legem**, das heißt nicht entgegen dem expliziten Wortlaut der nationalen Regelung, zu erfolgen.<sup>271</sup> Eine solche richtlinienkonforme Auslegung ist vor allem dann angezeigt, wenn die anzuwendende, nationale Norm letztlich auf einer Wertungsfrage beruht und die Wertung bei Geltung des Gemeinschaftsrechts in jedem Fall anders ausfällt.<sup>272</sup> Enthält eine noch nicht umgesetzte Richtlinie jedoch strengere Regeln als das

<sup>266</sup> BVerfGE 73, 399, 366 – Solange II.

<sup>267</sup> Grundlegend zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts EuGH Rs 6/64 – Costa Enel, Slg 1964, 1251.

<sup>268</sup> EuGH NJW 2006, 2465 – Adelener.

<sup>269</sup> EuGH Rs 152/84 – Marshall, Slg 1986, 723, 749; keine unmittelbare Wirkung jedoch zwischen Privatpersonen EuGH NJW 1996, 1401 – El Corte Ingles.

<sup>270</sup> Weiterführend Auer NJW 2007, 1106.

<sup>271</sup> EuGH NJW 2006, 2465 – Adelener; BGH GRUR 1998, 824, 827 – Testpreis Angebot.

<sup>272</sup> Bspw in der Entscheidung des Zivilsenats I. zur Frage der Zulässigkeit vergleichender Werbung, welche in Vorgriff auf die Regelungen der Werberichtlinie RL 97/55/EG zur Änderung der RL 84/450/EWG über irreführende Werbung bis dato wettbewerbswidrige, vergleichende Werbung bereits zuließ, sofern nur die ebenfalls in der Richtlinie geforderten Voraussetzungen erfüllt sind – BGHZ 138, 55 – Testpreis-Angebot.

nationale Recht, so kann sie noch keine Vorwirkungen zeigen. Eine Verbots- oder Eingriffsregel bedarf einer gesetzlichen Regelung, welche vor Ablauf der Umsetzungsfrist eben noch nicht vorliegt.<sup>273</sup>

- Ist die Umsetzungsfrist bereits abgelaufen, ist das Richtlinienrecht **unmittelbar** anwendbar, sofern es eindeutig ist, für die Angehörigen eines Mitgliedstaates subjektive Rechte verbürgt und nationale Normen nicht entgegenstehen. Widersprechen sich das Richtlinienrecht und nationales Recht, so sind die mitgliedstaatlichen Gerichte gehalten, den Konflikt unter Anwendung aller gebotenen Auslegungsregeln unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts zu beseitigen<sup>274</sup> oder das entgegenstehende nationale Recht gem Art 10 Abs 2 EGV nicht anzuwenden. Die Nichtanwendung von (weiter-)geltenden und einschlägigen nationalen Normen führt jedoch weder auf der nationalen Ebene zu Rechtsklarheit, noch kann damit zu einem einheitlichen Gemeinschaftsrecht sinnvoll beigetragen werden. Bei Unvereinbarkeit von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht bietet sich für einen Richter daher das Vorlageverfahren an, insbesondere weil die Konfliktlage dadurch dem nationalen Gesetzgeber besonders deutlich vor Augen geführt wird.<sup>275</sup>

### 3. Die Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts

- 134** Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts ist nicht nur im Rahmen eines Vorlageverfahrens, sondern ist bereits im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts von Bedeutung. Das Gemeinschaftsrecht enthält keine Vorschriften zu den anzuwendenden Auslegungsmethoden. Der EuGH, dem das ausschließliche **Auslegungsmonopol** gem Art 220, 292 EGV zukommt, hat in seiner Rechtsprechung noch keine abschließende Auslegungsmethodik entwickelt, den Urteilen lassen sich gleichwohl Auslegungsregeln entnehmen. Auch stellt der EuGH bei der Auslegung von sekundärem Gemeinschaftsrecht auf den Wortlaut, den systematischen Zusammenhang sowie den Sinn und Zweck der Norm ab. Allerdings ergibt sich bereits beim Abstellen auf den **Wortlaut** die Besonderheit, dass im Gemeinschaftsrecht die verschiedenen Sprachfassungen der einzelnen Mitgliedstaaten gleichrangig nebeneinander stehen. Die Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift würde streng genommen zunächst einen Vergleich aller Sprachfassungen erfordern. Demgegenüber betont der EuGH, dass das Gemeinschaftsrecht einer eigenen Terminologie folgt und seine Rechtsbegriffe nicht zwingend mit dem Gehalt nationaler Rechtsbegriffe übereinstimmen müssen.<sup>276</sup> Auch die **systematische Auslegungsmethode** erkennt der EuGH an, wonach jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts auszulegen ist, insbesondere im Hinblick auf die Grundfreiheiten.<sup>277</sup> Die auszulegende Norm muss sich also widerspruchsfrei in die sonstigen Bestimmungen der Norm sowie verwandter Normen auf dem Gebiet einfügen und mit ihrer Ermächtigungsgrundlage sowie den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts in Einklang stehen.<sup>278</sup> In diesem Zusammenhang hat der EuGH auch den Vorrang der von der Gemeinschaft selbst abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge vor dem abgeleiteten Gemeinschaftsrecht anerkannt und lässt bisher in diesen engen Grenzen die **völkerrechtskonforme Auslegung** des Sekundärrechts zu.<sup>279</sup> Auf nicht durch die Gemeinschaft abgeschlossene völkerrechtliche

<sup>273</sup> Riesenhuber/Ullmann 303.

<sup>274</sup> EuGH NJW 2006, 2465 – Adeneler; Auer NJW 2007, 1106 ff.

<sup>275</sup> Riesenhuber/Ullmann 305.

<sup>276</sup> Walter/von Lewinski AT Kap 1, Rn 35.

<sup>277</sup> EuGH Slg 1992, I-3669 – Delhaize et Le Lion; WRP, 1994, 380, 381 – Clinique; Rs C-220/98 – Estée Lauder, Slg 2000, I-117.

<sup>278</sup> Walter/von Lewinski AT Kap 1 Rn 36.

<sup>279</sup> EuGH Rs C-61/94 – Kommission/BRD, Slg

Verträge und auf solche, die lediglich Mindeststandards in dem geregelten Rechtsgebiet aufstellen sollen, dürfte diese Methode jedoch nicht anwendbar sein. Anderenfalls könnte strengeres Gemeinschaftsrecht ausgehöhlt werden, sofern eine verwandte völkerrechtliche Norm geringeres Schutzniveau aufweist.<sup>280</sup> Die Reichweite der völkerrechtskonformen Auslegung ist durch den EuGH anlässlich des Vorlageverfahrens *Peek & Cloppenburg vs Cassina*<sup>281</sup> aktuell behandelt worden, wobei der EuGH in seiner Entscheidung die Auslegung der verfahrensgegenständlichen Richtlinie (Art 4 Abs 1 InfoRL 2001/29/EG) an den verwandten Vorgaben des Völkerrechts misst. Damit lässt der EuGH allerdings zum Ausdruck kommen, dass bei Fehlen einer explizit weiteren Regelung des Sekundärrechts das Schutzniveau einer völkerrechtlichen Vorschrift durchaus auch die Auslegung des Sekundärrechts beschränken kann. Ob der EuGH damit allerdings auch eine allgemeine Auslegungsregel aufstellen wollte, wonach die Mindeststandards des Völkerrechts zugleich den Maximalstandard für die Auslegung des gemeinschaftlichen Sekundärrechts vorgeben, wird aus der Entscheidung nicht deutlich. Eine solche Auslegungsregel würde auch der allgemein überkommenen Auffassung widersprechen, wonach das urheberrechtliche Konventionsrecht lediglich obligatorische Mindestrechte vorschreibt. In der Praxis des EuGH stellt schließlich die **teleologische Auslegung (Sinn und Zweck der Norm)** die wichtigste Auslegungsmethode dar, bei welcher der EuGH mit Blick auf den **effet utile** darauf abstellt, welche Auslegung die praktische Wirksamkeit der einschlägigen Bestimmungen am besten garantiert oder die Verwirklichung der Vertragsziele am besten fördert.<sup>282</sup> Ferner kann der Sinn und Zweck der Norm den **Erwägungsgründen** des jeweiligen Rechtsaktes entnommen werden, welche nach Art 253 EGV zwingend zur Rechtsetzung gehören, auch wenn sie selbst nicht zu den operativen Bestimmungen des Rechtsaktes zählen.

## § 5

### Öffentliches und europäisches Medienrecht

#### I. Überblick

Bei der Beschreibung des für audiovisuelle Medien **relevanten Sekundärrechts** soll im Folgenden das Schwergewicht auf aktuelle Fragestellungen gelegt werden. Die Fernsehrichtlinie (FsRi) von 1997 wurde mit der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMDR) novelliert; die nur für Fernsehangebote geltende Fernsehrichtlinie wurde auf fernsehähnliche Medienangebote auf Abruf erweitert. Diese Novellierung muss bis Ende 2009 in nationales Recht umgesetzt werden. Von daher sind die Regelungen der Fernsehrichtlinie bereits jetzt mit einem Ablaufdatum versehen. Sie werden ab 2010 nur noch für Altfälle relevant sein. Andererseits sind in der novellierten Richtlinie viele Regelungen der alten Fernsehrichtlinie enthalten, so dass es sinnvoll erscheint, auf diese im Überblick einzugehen. Zentrale Vorschriften der Fernsehrichtlinie sind idR fast wortgleich in deutsches Medienrecht umgesetzt worden. Mit Bezug auf die Interpretation etwa der Werbe-regulierung kann deshalb der Leser weitgehend auf die Kommentierung des deutschen

135

1996 I-3989/4021; weiterführend *Rosenkranz* EuZW 2007, 238 ff.

<sup>280</sup> Anderer Auffassung jedoch Generalanwältin Eleanor Sharpston im Schlussantrag vom 17.1.2008 im Vorlageverfahren *Peek & Cloppenburg vs Cassina*, abrufbar unter <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/>

LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0456:DE:HTML.

<sup>281</sup> EuGH GRUR Int 2008, 593 – *Peek & Cloppenburg vs Cassina*; krit dazu *von Welser* GRUR Int 2008, 596.

<sup>282</sup> Weiterführend *Walter/von Lewinski* AT Kap 1 Rn 37.

Fernsehwerberechts verwiesen werden.<sup>283</sup> Dasselbe gilt für den Bereich des Jugendmedienschutzes.<sup>284</sup>

- 136** Medienregulierung wird zu Recht vor allem als **Inhalteregulierung** verstanden. Es geht um rechtliche Grenzen, die sich auf Medieninhalte beziehen. Dennoch sollte nicht außer Acht gelassen werden, dass die Regulierung der technischen Seite, insbesondere der Verbreitung, erheblichen Einfluss auf das Medienangebot und die Medienvielfalt haben kann. Deswegen sollen neben der – alten und neuen – Richtlinie zur Inhalteregulierung die **technischen Rahmenbedingungen** erwähnt werden, die auf europäischer Ebene zunehmend harmonisiert werden.

## II. Sekundärrecht im Bereich des Medienrechts

### 1. Fernsehrichtlinie in der Fassung von 1997

- 137** a) **Entstehungsgeschichte.**<sup>285</sup> Die Anstrengungen der Europäischen Gemeinschaft, im Bereich des Rundfunks zu einer gemeinschaftsweiten Regelung zu kommen, reichen zurück in die **80er Jahre**. Damals gab es verschiedene Entwicklungen, die eine Harmonisierung erforderlich machten. Die neue Satellitentechnik ermöglichte die paneuropäische Ausstrahlung von Fernsehprogrammen. Eine ausschließlich nationale Regulierung des Fernsehens war nicht mehr möglich. Die Grundlage für die erforderliche **Regelungskompetenz** der EG war durch die Entscheidung des EuGH in Sachen *Sacchi* geschaffen worden.<sup>286</sup> Überdies bröckelten in dieser Zeit die ersten nationalen Rundfunkmonopole von in der Regel öffentlich-rechtlichen Sendern. Es wurde möglich, durch Zulassung privater Sender einen dynamischen Wachstumsmarkt zu etablieren. Gleichzeitig versuchte man seitens des Europäischen Parlaments, den Gefahren der Kommerzialisierung des Rundfunks auch auf europäischer Ebene zu begegnen.<sup>287</sup>
- 138** 1984 legte die Kommission das sog **Grünbuch** „Fernsehen ohne Grenzen“ vor.<sup>288</sup> Ihre Zielsetzung war die Schaffung eines einheitlichen europäischen Rundfunkmarktes im Rahmen eines gemeinsamen Binnenmarktes für Dienstleistungen. Dabei träumte sie auch von paneuropäischen Satellitenprogrammen, die sich an das gesamte europäische Publikum richten sollten, wie dies bei Euronews Realität wurde. In den Bereichen, in denen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit für zulässig angesehen wurden, sollte ein Mindeststandard durch eine Richtlinie etabliert werden. Das Grünbuch nannte die Bereiche Jugendschutz, Werbung, Gegendarstellung und Urheberrecht.<sup>289</sup>

<sup>283</sup> S unten Teil 3 Kap 3.

<sup>284</sup> S unten Teil 7 Kap. 2.

<sup>285</sup> Zur Entstehungsgeschichte der Richtlinie vgl ausf *Krebber* passim und *Stock* RuF 1989, 180 ff.

<sup>286</sup> S oben Rn 36 ff.

<sup>287</sup> Entschließungsanträge der Abgeordneten Pedini, Hahn ua sowie Schinzel ua, abgedruckt bei *Seidel* 244 ff.

<sup>288</sup> Grünbuch der EG-Kommission Fernsehen ohne Grenzen. Die Errichtung des gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel (Mitteilung der Kommission an den Rat vom 14.6.1984, KOM (84) 300 endgültig), auszugsweise abgedruckt bei *Schwarze*, 191 ff.

<sup>289</sup> Die Harmonisierung des Urheberrechts stellte sich als politisch so schwierig heraus, dass sie erst in einer späteren Richtlinie, der sog Kabel- und Satellitenrichtlinie (Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27.9.1993, ABIEG 1993 L 20048, 15) erreicht wurde. Vgl dazu den Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ZUM 1992, 21 ff; *Castendyk/von Albrecht* GRUR Int 1992, 734 ff.

Zwei Jahre später legte die Kommission einen ersten Entwurf für die Fernsehrichtlinie vor. Erst nach langen und intensiven Diskussionen wurde die **Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“** am 3.10.1989 vom Ministerrat in zweiter Lesung endgültig verabschiedet, wobei sowohl Kommission als auch einige Mitgliedstaaten ihre Auffassung zu verschiedenen Bestimmungen in Protokollerklärungen festhielten.<sup>290</sup> Die ursprüngliche Absicht, auch den Hörfunk mit einzubeziehen, wurde nicht realisiert; deswegen wird die Richtlinie zu Recht auch die „Fernsehrichtlinie“ (im Folgenden abgekürzt „FsRi“) genannt. **139**

Erheblichen Widerstand gegen die Richtlinie leisteten die deutschen **Bundesländer**, die eine Aushöhlung ihrer **Rundfunkkompetenz** befürchteten. Das von den Ländern angerufene Bundesverfassungsgericht bestätigte, dass die Bundesregierung in der Tat ihre Rechte verletzt hatte.<sup>291</sup> Sie hätte im Gesetzgebungsverfahren der Gemeinschaft nicht konsequent genug vertreten, dass der Gemeinschaft die Kompetenz für die Regelung von Quoten im Fernsehen fehle. Diese Auffassung entsprach dem vorher gemeinsam mit den Bundesländern entwickelten Rechtsstandpunkt. Der Verstoß gegen diese formellen Spielregeln der Außenvertretung blieb allerdings ohne Folgen, da mit dem neuen Art 23 GG die Außenvertretung der Länder durch den Bund im EU-Gesetzgebungsverfahren ohnehin neu geregelt wurde. **140**

Am 17.6.1997 wurde die **erste Revision** der Richtlinie vom Ministerrat verabschiedet.<sup>292</sup> Die Revision brachte für bestimmte Bereiche, wie etwa das Sendelandsprinzip, Präzisierungen mit sich. Außerdem wurden neue Regelungen eingeführt, wie etwa Art 3a, der sicherstellen sollte, dass **Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung** im jeweiligen Mitgliedstaat nicht nur im Pay-TV ausgestrahlt werden. Teleshopping wurde ausdrücklich zugelassen und gesondert geregelt. Im Bereich des Jugendschutzes konnten sich Strömungen nicht durchsetzen, den sog **V-Chip** („violence chip“) verbindlich zu machen.<sup>293</sup> Erfolglos war auch der Versuch, neue audiovisuelle Dienste, wie zB On-Demand-Angebote, ebenfalls dem Regelkorsett der Fernsehrichtlinie zu unterwerfen. Dies ist erst mit der zweiten Revision der Fernsehrichtlinie geschehen, die Ende 2007 in Kraft trat.<sup>294</sup> **141**

**b) Geltungsbereich.** Die Richtlinie gilt für **Fernsehsendungen** (Art 1 Nr 1 FsRi). Ausdrücklich nicht eingeschlossen sind Sendungen, die Inhalte auf individuellen Abruf vermitteln. Die Definition der Fernsehsendung hat drei wesentliche Elemente: **142**

1. (Erst-) Ausstrahlung in allen technischen Formen
2. von Fernsehprogrammen und
3. intendiert für den Empfang durch die Allgemeinheit.

Die Definition ähnelt dem des Rundfunks in § 2 Abs 1 RStV, wobei das Kriterium der Meinungsrelevanz im europäischen Medienrecht keine Rolle spielt.<sup>295</sup> Der EuGH **143**

<sup>290</sup> Richtlinie des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, abgedruckt ua in Media Perspektiven, Dokumentation, 1989, 107 ff; vgl zur Gesetzgebungsgeschichte auf *Krebber* passim.

<sup>291</sup> BVerfGE 83, 238, 295 ff; vgl dazu *Hess* AfP 1990, 95; *Hahn/Vesting/Hahn/Witte* Präambel Rn 7.

<sup>292</sup> Vgl *Schmitt-Vockenhausen* ZUM 1998, 377; *Berger* ZUM 1996, 119;

<sup>293</sup> Dieser in den USA teilweise verwendete Chip reagiert auf ein zusammen mit dem Fernsbild ausgestrahltes Signal und schaltet den Bildschirm schwarz, wenn der Fernsehanbieter die Sendung mit diesem Signal gekennzeichnet hat.

<sup>294</sup> S unten Rn 167 ff.

<sup>295</sup> Näher dazu: *Castendyk/Dommering/Scheuer/Castendyk* Art 1 TWFD Rn 24 ff,

präzisierte den Begriff der Fernsehsendung in der Entscheidung *Mediakabel*, in der das Gericht sog Near-Video-On-Demand (NVoD)-Angebote als Fernsehangebot im Sinne der Richtlinie einordnete.<sup>296</sup> Die Definition der Fernsehsendung in der revidierten Fernsehrichtlinie, der sog Audiovisuelle Mediendienste Richtlinie (AVMDR)<sup>297</sup>, ist präziser, ohne zu unterschiedlichen Ergebnissen zu führen.<sup>298</sup>

- 144** c) **Das Sendelandsprinzip.** Das **Sendelandsprinzip**, das im Englischen treffender „**home country control**“-Prinzip genannt wird<sup>299</sup>, regelt die Frage, welcher Staat für die Aufsicht und Zulassung eines Fernsehveranstalters zuständig ist (Art 2), sowie die Verpflichtung zur freien und ungehinderten Weiterverbreitung von Fernsehprogrammen, die innerhalb der Union zugelassen sind (Art 2a). Nach diesem zentralen Prinzip der Richtlinie darf die Kontrolle ausschließlich in dem Staat erfolgen, in dem der Rundfunkveranstalter niedergelassen ist. Damit soll eine **mehrfache Zuständigkeit** verhindert werden. Ein Mitgliedstaat muss den freien Empfang eines in einem anderen Mitgliedsstaat ordnungsgemäß zugelassenen Fernsehprogramms gewährleisten und darf insbesondere die Kabeleinspeisung nicht aus Gründen behindern, die dem Harmonisierungsziel der Richtlinie widersprechen.
- 145** Das Sendelandsprinzip wurde in Deutschland in § 52 Abs 1 RStV umgesetzt.<sup>300</sup> Bezogen auf die Bundesrepublik Deutschland spricht man auch vom **Führerscheinprinzip**. Die Analogie ist einleuchtend: Wer seinen Führerschein in Hamburg gemacht hat, braucht für bayerische Straßen nicht nochmals eine Führerscheinprüfung zu absolvieren. Europäisch gewendet, reicht auch ein Führerschein aus Riga oder Lissabon. Dasselbe Prinzip gilt für die Zulassung eines Rundfunkprogramms; ist es in einem Mitgliedsstaat zugelassen, darf ein anderer Mitgliedsstaat nicht als Voraussetzung für die Kabelverbreitung eine erneute Zulassung verlangen.
- 146** Auch wenn sich Art 2 und 2a FsRi auf die Prinzipien „home country control“ und ungehinderte Weiterverbreitung reduzieren lassen, geht es doch um **komplexe Fragestellungen**. Das lässt sich an einem **hypothetischen Beispiel** illustrieren: Nehmen wir an, ein Teleshopping-Sender mit Sitz in Kopenhagen strahlt ein Programm in deutscher Sprache aus, welches sich an das deutsche Publikum richtet; die Redaktion sitzt in Kiel, Geschäftsführung und Sendetechnik in Kopenhagen. Nehmen wir weiter an, dass die dänischen Regelungen für Teleshopping weniger streng sind als die deutschen. Darf der Sender

*Gibbons* 53; *Stender-Vorwachs/Theissen* ZUM 2006 362.

<sup>296</sup> EuGH Rs C-89/04 – *Mediakabel*, Slg 2005 I-4891 Rn 22.

<sup>297</sup> Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABIEG 2007, L 332, 27.

<sup>298</sup> S unten Rn 173.

<sup>299</sup> Denn entscheidend ist nicht, von wo aus gesendet wird, sondern wo der Fernsehveranstalter niedergelassen ist.

<sup>300</sup> „Die zeitgleiche und unveränderte Weiterverbreitung von bundesweit empfangbaren Fernsehprogrammen, die in Europa in recht-

lich zulässiger Weise [...] veranstaltet werden, ist durch Landesrecht im Rahmen der vorhandenen technischen Möglichkeiten zu gestatten. Die Weiterverbreitung von Fernsehprogrammen kann unter Beachtung europäischer rundfunkrechtlicher Regelungen ausgesetzt werden. Landesrechtliche Regelungen zur analogen Kanalbelegung sind zulässig, soweit sie zur Erreichung klar umrissener Ziele von allgemeinem Interesse erforderlich sind. Sie können insbesondere zur Sicherung einer pluralistischen, am Angebot der Meinungsvielfalt orientierten Medienordnung getroffen werden. Einzelheiten, insbesondere die Rangfolge bei der Billigung der Kabelkanäle, regelt das Landesrecht.“

damit die deutschen Regelungen „umgehen“? Wo liegt der Sitz des Senders wirklich – am Ort der Geschäftsführung oder am Ort der Redaktion – und welcher Staat ist deshalb zuständig für eine Sendelizenz und die Kontrolle? Dürfte die Landesmedienanstalt eines Bundeslandes eine Erlaubnis zur Kabelweitersendung daran knüpfen, dass die strengeren deutschen Regelungen eingehalten werden? Dürfte die Weiterverbreitung untersagt werden, wenn der Sender ab 22.00 Uhr drastische Werbung für pornographische Angebote macht? Dürfen andere Teleshopping-Sender bei der Vergabe von Kabelplätzen in einem Bundesland bevorzugt behandelt werden, wenn sie dort zugelassen sind oder dort Arbeitsplätze schaffen? § 52 Abs 1 RStV und die ihm zugrunde liegenden Art 2 und 2a FsRi beantworten diese Fragen.

Mit der Revision der Richtlinie im Jahre 1997 wurde das **Sendestaatsprinzip** konkretisiert: danach ist ein Fernsehveranstalter der Gerichtshoheit eines Mitgliedstaat unterworfen, wenn er dort seine **Niederlassung** hat.<sup>301</sup> Er gilt nach Art 2 Abs 3 als dort niedergelassen, wo er seine **Hauptverwaltung** hat und wo die **redaktionellen Entscheidungen** über das Programmangebot getroffen werden. Fallen Hauptverwaltung und Sitz der redaktionellen Entscheidung auseinander, so kommt es darauf an, wo der wesentliche Teil des Senderpersonals beschäftigt ist.<sup>302</sup> Dass in einem solchen Falle die Entscheidung im Einzelfall nicht einfach ist, hat zuletzt die Auseinandersetzung um die in Luxemburg zugelassenen, aber auf das holländische Publikum ausgerichteten Sender RTL 4 und RTL 5 gezeigt, deren Sendepersonal in beiden Staaten beschäftigt war.<sup>303</sup> **147**

Eine weitere Problematik ist die **Umgehung** möglicher Beschränkungen im Empfangsland. Art 16 Abs 1 FsÜ enthält eine Regelung für diesen Fall: „Um Wettbewerbsverzerrungen und die Gefährdung des Fernsehsystems einer Vertragspartei zu vermeiden, darf Werbung, die sich eigens und häufig an Zuschauer in einer einzelnen Vertragspartei außerhalb der sendenden Vertragspartei richtet, die für die Fernsehwerbung geltenden Vorschriften dieser Vertragspartei nicht umgehen.“ Eine solche Regelung enthält die Fernsehrichtlinie nicht, lediglich im Erwägungsgrund 14 ist ein Verweis auf die *TV 10*-Entscheidung des EuGH zu finden. Diese Entscheidung betrifft allerdings eine Situation vor Inkrafttreten der Richtlinie und ist daher nur mit Vorsicht anzuwenden. Die Ausnutzung eines Rechtsgefälles ist für sich genommen keine Umgehung eines **Missbrauchtatbestandes**.<sup>304</sup> Dasselbe gilt für die 1998 eingefügte **generelle Umgehungsvorschrift** in Art 24a FsÜ. **148**

Der **Verweis** auf das **Fernsehübereinkommen** in § 52 Abs 1 S 1 RStV sollte nicht dahingehend missverstanden werden, dass ein Recht auf ungehinderte Weiterverbreitung nur bei Programmen besteht, die auch das Fernsehübereinkommen (insbesondere §§ 16 und 24a FsÜ) einhalten. § 52 RStV muss völkerrechtskonform ausgelegt werden: Art 16 und 24a FsÜ sind nur in Bezug auf Staaten anwendbar, die nicht zur EU gehören wie zB Norwegen oder die Schweiz (vgl Art 27 Abs 1 FsÜ).<sup>305</sup> **149**

Hält sich der Sendestaat **nicht** an die in der Fernsehrichtlinie vorgegebenen Mindeststandards, darf der Empfangsstaat dennoch die Weiterverbreitung nicht behindern oder **150**

<sup>301</sup> Dabei wurden Entscheidungen des EuGH zur alten Richtlinie in Gesetzesform gegossen, vgl Erwägungsgründe 11–18 zur FsRi von 1997; ua EuGH Rs C-222/94 – Kommission v Vereinigtes Königreich, Slg 1996 I-4025; Rs C-23/93 – TV 10 v Commissariaat voor de Media, Slg 1994 I-4795.

<sup>302</sup> Zu Details vgl Castendyk/Dommering/Scheuer/Dommering, Art 2 TWFD Rn 7 ff.

<sup>303</sup> Castendyk/Dommering/Scheuer/Dommering Art 2 TWFD Rn 52 ff.

<sup>304</sup> EuGH Rs C-56/96 – VT 4, Slg 1997 I-3143.

<sup>305</sup> ZT bestehen hier jedoch Assoziierungsabkommen, mit welchen EU-Recht weitgehend übernommen würde; in diesem Fall kann auch hier § 27 FsÜ die Anwendung von §§ 16 Abs 1 und 24a FsÜ ausschließen.

untersagen. Dies musste der EuGH in *Paul Denuit* der belgischen Regierung ins Stammbuch schreiben, die **Cartoon Networks** aus Großbritannien die Kabeleinspeisung verweigerte, weil der Sender die **Quotenregelung** nicht eingehalten hatte.<sup>306</sup>

- 151** Die einzige **Ausnahme** vom strikten Prinzip des „free flow“ besteht gem Art 2a Abs 2 FsRi für den Fall, dass ein Programm offensichtlich und schwerwiegend gegen die **Jugendschutzvorschriften** in Art 22 FsRi verstößt und ein Konsultationsverfahren zwischen Sende- und Empfangsstaat keinen Erfolg hat.<sup>307</sup> Zwar kann eine Behörde des Empfangsstaats in diesen Fällen die Weiterverbreitung dieses Programms untersagen, die **Interpretation** von Begriffen wie „Pornographie“, „ernsthafte Jugendgefährdung“ etc. richtet sich jedoch nach dem **Recht des jeweiligen Sitzlandes** und der Auslegung des EuGH. Wird also zB in einem Mitgliedsstaat der Begriff „Pornographie“ liberaler ausgelegt als in einem anderen, kann lediglich der EuGH über eine verbindliche Interpretation dessen entscheiden, was die FsRi als Minimalgrenze für Sexualdarstellung im Fernsehen vorgibt. Daran ändert sich nichts, wenn die entsprechende Verbotsnorm nicht im Rundfunkrecht, sondern zB im Strafrecht geregelt ist. Andernfalls könnte der vom EuGH geforderte „effet utile“ (dh, die Durchsetzung der Vorgaben der Richtlinie) durch die Wahl der Rechtsmaterie unterlaufen werden.
- 152** Allerdings gilt der **Grundsatz der ungehinderten Weiterverbreitung** nur unmittelbar. Zumindes **mittelbar** kann man die Ausstrahlung eines Programms behindern, das gegen Regelungen verstößt, die **nicht in der Fernsehrichtlinie harmonisiert** worden sind. Das Schulbeispiel dafür ist die EuGH-Entscheidung *de Agostini/TV-Shop*.<sup>308</sup> Es ging um ein Fernsehprogramm, TV 3, das in Großbritannien zugelassen und auf das schwedische Fernsehpublikum ausgerichtet war. Anders als in Großbritannien ist in Schweden an Kinder gerichtete Werbung verboten. Die schwedische Wettbewerbsbehörde ging gegen Werbespots für Kinder in mittelbarer Weise vor: Sie versuchte nicht, die Weiterverbreitung oder gar den Empfang von TV 3 in Schweden zu untersagen, sondern eröffnete Bußgeldverfahren gegen die schwedischen Werbetreibenden, die Kinderwerbung auf TV 3 geschaltet hatten. Auch diese mittelbare Behinderung des freien Empfangs bzw der Weiterverbreitung verstößt gegen Art 2 und 2a FsRi, wenn es sich um einen Rechtsbereich handelt, der in der Richtlinie **harmonisiert** ist. Dies ist bei Kinderwerbung der Fall, die in Art 16 FsRi geregelt ist. Zuständig für Regulierung und Kontrolle ist ausschließlich die britische Behörde, bei der TV3 die Sendezulassung erworben hat. In der damit verbundenen Rechtsache *TV-Shop* ging es hingegen um irreführende Werbung, die **nicht in der Richtlinie harmonisiert** ist.<sup>309</sup> Hier – so der Gerichtshof – hindert die Richtlinie einen Mitgliedsstaat nicht daran, in Anwendung allgemeiner Vorschriften zum Schutz der Verbraucher vor irreführende Werbung, Maßnahmen gegen einen Werbetreibenden wegen einer aus einem anderen Mitgliedstaat ausgestrahlten Werbung zu ergreifen. Allerdings dürfen diese Maßnahmen nicht die Weiterübertragung von Fernsehsendungen aus diesem anderen Mitgliedstaat in sein Gebiet unterbinden.<sup>310</sup>
- 153** **Kabelrangfolgeregelungen** können gegen den Grundsatz der freien Weiterverbreitung verstoßen. In einem sog Mahnschreiben (1. Stufe eines Vertragsverletzungsverfahrens

<sup>306</sup> EuGH Rs C-14/96 – Paul Denuit, Slg 1997 I-2785.

<sup>307</sup> Vgl die Verfahren EuG, Rs T-69/99 – Eurotica Rendez-Vous Television, Slg 2000 II-4039; EFTA E-8/97, TV Sverige 1000, ABIEG 1998, C 275, 6.

<sup>308</sup> EuGH verbd. Rs C-34, 35 und 36/95 – de Agostini, Slg 1997 I-3834 ff.

<sup>309</sup> Für irreführende Werbung existieren eigene Harmonisierungsrichtlinien, vgl insbesondere die Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung vom 12.12.2006 und hierzu Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Köhler, Einl Rn 3.41 ff.

<sup>310</sup> Urteil des EuGH verbd Rs C-34, 35 und 36/95 – de Agostini, Slg 1997 I-3843.

gem Art 226 EGV) hatte die Kommission bereits 1995 die Vereinbarkeit von Rangfolge-Regelungen in drei deutschen Landesmediengesetzen mit Art 49 EGV infrage gestellt, die in diesem Bundesland zugelassene Anbieter in der Rangfolge bevorzugten (sog. Landeskinderklausel). Die Regelungen wurden deshalb geändert.<sup>311</sup> Auch Kriterien, die deutschsprachige Programme bevorzugen, oder solche mit regionalem oder lokalem Bezug können eine – zumindest verdeckte – Diskriminierung ausländischer Veranstalter beinhalten.<sup>312</sup>

d) **Möglichkeiten der Inländerdiskriminierung.** Die Fernsehrichtlinie setzt mit ihren Regelungen nur einen **Mindeststandard**. Dies drückt Art 3 FsRi aus, der es den Mitgliedstaaten erlaubt, **strengere und ausführlichere** Bestimmungen in den von dieser Richtlinie erfassten Bereichen zu erlassen. Macht ein Mitgliedstaat davon Gebrauch, indem er zB die maximale Werbezeit pro Stunde (vgl. Art 18 Abs 1 FsRi) von 12 Minuten auf 6 Minuten halbiert, werden inländische Fernsehanbieter möglicherweise schlechter behandelt als die ausländischen Konkurrenten, die von anderen Mitgliedstaaten aus nach Deutschland einstrahlen und mehr pro Stunde werben dürfen. Man nennt dies eine „**Inländerdiskriminierung**“. Ein Beispiel aus dem Rundfunkstaatsvertrag ist das deutsche Verbot, Kindersendungen mit Werbung zu unterbrechen, während die Fernsehrichtlinie die Unterbrechung von Kindersendungen mit einer Länge von mehr als 30 Minuten erlaubt. 154

Allerdings dürfen diese strengeren Vorschriften nicht gegen **primäres Gemeinschaftsrecht** (zB Dienstleistungsfreiheit, Art 10 EMRK) verstoßen.<sup>313</sup> Sie sind, wenn es sich um Beschränkungen oder mittelbare Diskriminierungen handelt, nur gerechtfertigt, wenn sie zwingende Gründe des Allgemeinwohls für sich in Anspruch nehmen können.<sup>314</sup> Außerdem muss bei der Überprüfung der Richtlinienkonformität des nationalen Rechts zwischen einer – möglicherweise zulässigen – Inländerdiskriminierung und einer Fehlinterpretation der Richtlinie durch Legislative, Judikative oder Exekutive des Mitgliedsstaates unterschieden werden.<sup>315</sup> 155

e) **Quotenvorgaben.** Gem Art 4 FsRi müssen die Mitgliedstaaten mit angemessenen Mitteln dafür sorgen, dass die Fernsehveranstalter in ihrer Zuständigkeit den **Hauptteil ihrer Sendezeit**, die nicht aus Nachrichten, Sportberichterstattung, Spielshows oder Werbung bzw. Teleshopping besteht (qualifizierte Sendezeit), mit europäischen Werken bestücken.<sup>316</sup> Diese Quotenregelung war und ist sehr umstritten. 1988 hätte der Konflikt zwischen Frankreich, das eine Quote forderte, und Mitgliedstaaten wie Großbritannien und Deutschland, die sie ablehnten, fast zu einem Scheitern der Verhandlungen geführt. In Deutschland hat die Quotenregelung jedoch fast keine praktische Bedeutung. Ihre Einhaltung wird praktisch nicht überprüft und die Nicht-Einhaltung würde auch keine negativen Rechtsfolgen haben. Dies liegt zum einen daran, dass die Bundesrepublik Deutschland in einer Protokollerklärung zur Fernsehrichtlinie von 1989 festgehalten hat, dass es sich bei der Regelung in Art 4 nur um eine politische Absichtserklärung und nicht um eine bindende Verpflichtung handelt.<sup>317</sup> Auch wenn EuGH und Bundesverfassungsgericht derartige Protokollerklärungen nicht für geeignet halten, klare und bindende Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts auszuhebeln<sup>318</sup>, bestimmt diese politische 156

<sup>311</sup> Vgl. *Betz Media Perspektiven* 1997, 431 ff.

<sup>312</sup> Vgl. dazu auch *Dörr/Charisse AfP* 1999, 18.

<sup>313</sup> EuGH Rs C-6/98 – *ARD vs ProSieben*; Rs C-245/01, *RTL vs NLM*, Slg 2003, I-12.489.

<sup>314</sup> Ausf. dazu *Castendyk/Dommering/Scheuer/Scheuer/Ader* Art 3 TWFD Rn 11 ff.

<sup>315</sup> Vgl. auch *Schmittmann AfP* 1997, 515, 525.

<sup>316</sup> Ausf. zu Art 4, zu seiner Entstehungsge-

schichte, Interpretation und der streitigen Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht *Castendyk/Dommering/Scheuer/Castendyk* Art 4 TWFD Rn 3 ff.

<sup>317</sup> *Castendyk/Dommering/Scheuer/Castendyk* Art 4 TWFD Rn 15 ff.

<sup>318</sup> EuGH Rs C-292/89 – *Antonissen*, Slg 1991 I-745; BVerfGE 83, 238, 295 ff.

Haltung jedoch nach wie vor die Aufsichtspraxis der Landesmedienanstalten. Der zweite Grund liegt darin, dass die Angaben darüber, ob Fernsehsender die **Quotenvorgaben** der Richtlinie einhalten, von den betroffenen Fernsehsendern selbst gemacht werden.<sup>319</sup> Eine unabhängige Überprüfung hätte mit dem Problem zu kämpfen, dass die Prüfung, ob ein Film europäisch oder außereuropäisch ist (vgl die Definition in Art 6 FsRi), große Schwierigkeiten bereitet, zB müsste eruiert werden, wo die Filmschaffenden zur Zeit der Produktion ihren Wohnsitz hatten.

- 157** Art 5 FsRi enthält eine weitere Quotenvorgabe zu Gunsten **unabhängiger Produzenten**.<sup>320</sup> Der **Schwellenwert** von wahlweise mindestens 10 % der qualifizierten Sendezeit oder 10 % ihrer Haushaltsmittel ist jedoch so niedrig, dass kein deutscher Fernsehsender Schwierigkeiten hat, diese Vorgabe einzuhalten. Sie wäre so lediglich für solche Fernsehveranstalter relevant, die ihr Programm ausschließlich mit eigenen Mitarbeitern herstellen, wie dies bei vielen ARD-Sendern in den sechziger und siebziger Jahren noch der Fall war.<sup>321</sup>
- 158** f) **Fernsehwerbung und Sponsoring**. Die Fernsehrichtlinie enthält umfangreiche Regelungen zur Fernsehwerbung, zum Sponsoring und zum Teleshopping. Dazu gehören ua das Trennungsprinzip (Art 10 Abs 1 FsRi), das Verbot der Schleichwerbung (Art 10 Abs 4 FsRi), differenzierte Bestimmungen zur Möglichkeit der Unterbrechung von Fernsehsendungen mit Fernsehwerbung (Art 11 FsRi), inhaltliche Werbeverbote, etwa mit Bezug auf Tabakwerbung (Art 13 FsRi), Werbung für rezeptpflichtige Arzneimittel (Art 14 FsRi), oder die – nur eingeschränkt mögliche – Alkoholwerbung (Art 15) und Werbung, die sich an Minderjährige richtet (Art 16 FsRi), Regelungen zum Sponsoring und zum Sponsorhinweis (Art 17 FsRi), Werbemengenbegrenzungen pro Stunde und pro Tag (Art 18 FsRi) sowie Regelungen für Teleshoppingspots, Teleshoppingfenster und Teleshoppingsender (Art 18, 18a, 19 FsRi).
- 159** Der **Rundfunkstaatsvertrag** hat die Vorgaben der Fernsehrichtlinie zumindest für private Fernsehanbieter fast wörtlich umgesetzt. Lediglich im Bereich der Unterbrechbarkeit mit Werbespots gibt es in Deutschland etwas strengere Vorgaben. Für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten gelten eine Reihe von weiteren Einschränkungen, zB mit Bezug auf die tägliche Werbezeit, die Beschränkung der Werbung auf die Zeit bis 20.00 Uhr an Werktagen, oder das Verbot des Teleshopping. Da sämtliche Werberegulungen der Fernsehrichtlinie auch im deutschen Medienrecht enthalten sind, jedenfalls mindestens für die privaten Fernsehveranstalter gelten und diese Werberegulungen bereits in Teil 3 Kap 3 Rn 9 ff dargestellt worden sind, kann der geneigte Leser auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden.
- 160** g) **Jugendschutz**. Die Regelungen zum Jugendschutz (in Art 22, 22a und 22b FsRi) existierten schon vorher und wurden bei der Revision 1997 lediglich präzisiert.<sup>322</sup> Wie im deutschen Recht wird zwischen **jugendgefährdenden** (Art 22 Abs 1 FsRi formuliert „ernsthaft beeinträchtigen“,) und minderjährige Zuschauer lediglich **beeinträchtigen** Sendungen unterschieden. Gem Art 22 Abs 1 FsRi müssen die Mitgliedstaaten angemessene Maßnahmen ergreifen, um Sendungen zu verhindern, welche die körperliche, geistige und sittliche Entwicklung von Minderjährigen ernsthaft beeinträchtigen können, insbesondere solche, die Pornographie oder grundlose Gewalttätigkeiten zeigen. Programme, welche die körperliche, geistige oder sittliche Entwicklung von Minderjährigen (nur) beein-

<sup>319</sup> Erst die AVMDR beinhaltet eine Verpflichtung, unabhängige Daten über die Einhaltung der Quotenvorgaben zu erheben.

<sup>320</sup> Ausf zu Art 5 vgl *Castendyk* Communication Law 2006, 88 ff.

<sup>321</sup> Vgl *Castendyk/Keil/Wickleder* passim.

<sup>322</sup> *Castendyk/Dommering/Scheuer/Ukrow* Art 22 TWFDF Rn 4.

trächtigen können, sollen durch die Wahl der Sendezeit oder durch sonstige **technische Maßnahmen**, wie zB durch **Verschlüsselung** und Zugangscode dafür sorgen, dass diese von Minderjährigen üblicherweise nicht wahrgenommen werden (Art 22 Abs 2 FsRi).

Art 22 Abs 3 FsRi fordert, dass **jugendbeeinträchtigende** Programme (dies gilt in Deutschland für Filme mit einer FSK-Freigabe von 16 oder 18 Jahren) nur ausgestrahlt werden, wenn ihre Ausstrahlung durch akustische Zeichen angekündigt oder durch optische Zeichen während der gesamten Sendung kenntlich gemacht wird. Diese Regelung wurde in Deutschland in § 10 Abs 2 JMStV umgesetzt und erfordert in der Praxis den bekannten **Warnhinweis** „Diese Sendung ist für Jugendliche unter [...] Jahren nicht geeignet“.<sup>323</sup> Art 22a FsRi verbietet Sendungen, die zu Hass aufgrund von Rasse, Geschlecht, Religion oder Nationalität aufstacheln. **161**

Die Bestimmungen zum Jugendschutz in der Fernsichtlinie stehen im Einklang mit **europäischem und internationalem Recht** zum Schutz von Kindern und Jugendlichen und der Menschenwürde auf dem Feld der Medien. Auf EU-Ebene betrifft dies zum Beispiel die Rahmenentscheidung gegen die sexuelle Ausbeutung von Kindern und Kinderpornographie vom 20.12.2003. Auf internationaler Ebene sind dies Vorgaben wie die UNO-Konvention der Rechte des Kindes vom 20.11.1983 oder der UNESCO-Resolution „Kinder und Gewalt auf dem Bildschirm“ vom 12.11.1997.<sup>324</sup> **162**

In Europa herrschen große **Unterschiede** bei der Einschätzung, ob ein bestimmtes Programm Minderjährige gefährdet oder zumindest ihre Entwicklung beeinträchtigt.<sup>325</sup> Die Unterschiede sind fast ebenso groß wie die Unterschiede der **moralischen Vorstellungen**. Dies lässt sich am Beispiel der Pornographie illustrieren, die in Europa sehr unterschiedlich definiert wird.<sup>326</sup> Wie oben ausgeführt,<sup>327</sup> ist der vom EuGH und dem EGMR gewährte Spielraum für die Mitgliedstaaten, Grundfreiheiten oder Grundrechte einzuschränken, im Bereich von Menschenwürde, Jugendschutz und öffentlicher Moral sehr groß. Dies ergibt sich auch aus dem Subsidiaritätsprinzip in Art 5 Abs 2 EGV. Dies mag ein Grund dafür sein, dass die Jugendmedienschutzregelungen in Europa nach wie vor sehr unterschiedlich ausfallen. Der Konsultationsprozess, der in Art 2a und 23a FsRi vorgesehen ist, könnte allerdings dazu führen, dass die in Art 22 und 22a FsRi verwendeten Begriffe, wie etwa „Pornographie“ oder „grundlose Gewalttätigkeiten“ sich mittelfristig annähern. Jedenfalls müssen Beschränkungen der Grundfreiheiten, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit des Fernsehanbieters, verhältnismäßig sein. Dies gilt auch für Regelungen zum Jugendschutz und zum Schutz der Menschenwürde.<sup>328</sup> **163**

h) **Gegendarstellung**. Art 23 FsRi garantiert das Recht auf **Gegendarstellung** oder auf **gleichwertige Maßnahmen**.<sup>329</sup> Die Mitgliedstaaten müssen insbesondere dafür Sorge tragen, dass die tatsächliche Ausübung des Rechts auf Gegendarstellung oder auf gleichwertige Maßnahmen nicht durch Auferlegung unverhältnismäßiger Bedingungen behindert wird. Bei der Regelung des Verfahrens muss darauf geachtet werden, dass die Frist für die Wahrnehmung des Rechts auf Gegendarstellung oder auf gleichwertige Maßnahmen auch von juristischen Personen oder natürlichen Personen wahrgenommen werden kann, deren Wohnsitz oder Niederlassung sich einem anderen Mitgliedstaat befindet. **164**

<sup>323</sup> Näheres dazu in Hahn/Vesting/Hertel § 10 JMStV Rn 5 f.

<sup>324</sup> Groebel passim; Roßnagel/Scheuer MMR 2005, 271.

<sup>325</sup> *Bundschuh* 123 f; *Gangloff* 104 ff.

<sup>326</sup> Vgl hierzu ua *Ulich* 114 ff; *Ritz* passim; *Weigend ZUM* 1994, 133 ff; *Hönges* passim.

<sup>327</sup> S Rn 56.

<sup>328</sup> Castendyk/Dommering/Scheuer/*Ukrow* Art 22 TWFD Rn 9 ff.

<sup>329</sup> Ausf dazu Castendyk/Dommering/Scheuer/*Palzer/Scheuer* Art 23 TWFD Rn 4 ff.

- 165** Aus deutscher Sicht sind nur wenige Elemente dieser Vorschrift relevant. Zum einen ist zu beachten, dass sog. „gleichwertige Maßnahmen“ ausreichen. In einer Protokoll-erklärung hat Frankreich klargestellt, dass unter diesen Begriff sämtliche der Gegendarstellung vergleichbare, rechtliche oder behördliche, Rechtsbehelfe fallen.<sup>330</sup> Damit sind auch Mittel gemeint, die im technischen Sinne keine Gegendarstellungen sind, wie zB ein Anspruch auf Unterlassung oder auf Widerruf. Nicht ausreichen dürfte es angesichts von Art 23 Abs 5 FsRi, wenn lediglich ein Rekurs zu einer Institution der Selbstregulierung eröffnet wäre, zum Beispiel zum Deutschen Presserat.<sup>331</sup>
- 166** Das Recht auf Gegendarstellung oder auf Widerruf im transnationalen Kontext betrifft auch das Internationale Privatrecht. Im Bereich des Deliktsrechts wurde dieser Bereich durch die Verordnung (EG) Nr 864/2007 („Rom II“)<sup>332</sup> harmonisiert. Im Rahmen der Entstehungsgeschichte von Rom II wurde – nach intensivem Lobbying der Medienverbände – das Sendestaatsprinzip für Medien eingeführt. Damit wurden Widersprüche zu Art 2 FsRi verhindert. Art 6 Abs 2 iVm Art 4 Rom II legt deshalb fest, dass das Recht des Staates anwendbar ist, in dem der Fernsehveranstalter oder der Verlag seine Niederlassung hat. Damit gilt – entgegen dem ursprünglichen Entwurf – für die Gegendarstellung und vergleichbare Rechtsbehelfe nicht das Recht des Staates, in dem der Betroffene niedergelassen ist.

## 2. Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMDR)<sup>333</sup>

- 167** a) **Entstehungsgeschichte.** Die Fernsehrichtlinie wurde im Dezember 2007 durch die Richtlinie über Audiovisuelle Mediendienste (AVMDR) abgelöst, deren Ziel der Abbau von Hindernissen für grenzüberschreitende Fernsehangebote ist. Der Verabschiedung im Parlament vom 29.11.2007 waren lange und zähe Verhandlungen vorangegangen, die bereits im Jahre 2002 begonnen hatten.<sup>334</sup> Einem 2005 von der Kommission vorgelegten Entwurf<sup>335</sup> waren im Europäischen Parlament 150 Änderungsanträge entgegengebracht worden. Erst 2007, nach Einreichung eines geänderten Vorschlags durch die Kommission<sup>336</sup>, einigte sich der Rat auf einen gemeinsamen Standpunkt. Diese unter deutscher Ratspräsidentschaft gelungene politische Einigung wurde weitgehend als Durchbruch gefeiert.<sup>337</sup>
- 168** b) **Geltungsbereich.** aa) **Grundsatz.** Die im Dezember 2007 in Kraft getretene AVMDR basiert, ebenso wie der Rundfunkstaatsvertrag mit seiner Unterscheidung zwischen Rundfunk und Telemedien, auf dem Prinzip der **abgestuften Regelungsdichte**. Die Regelungen für das Fernsehen gehen weiter als die für die nicht-linearen audiovisuellen Mediendienste. Um den Rundfunkbegriff nach der AVMDR näher zu bestimmen, muss man drei Kategorien von Angeboten unterscheiden, denen wiederum drei Regulierungsebenen entsprechen:

<sup>330</sup> *Martin-Pérez de Nanclares* 155.

<sup>331</sup> Weiter gefasst scheint hier die entsprechende Regelung im Fernsehübereinkommen zu sein, vgl Explanatory Report FsÜ Rn 169.

<sup>332</sup> Verordnung (EG) Nr 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABIEG 2007, L 199, 40.

<sup>333</sup> Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007

zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABIEG 2007, L 332, 27.

<sup>334</sup> Vgl Überblick der Kommission, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/history/codecision/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/history/codecision/index_en.htm).

<sup>335</sup> KOM (2005) 646 endg.

<sup>336</sup> KOM (2007), 170.

<sup>337</sup> *Schulz* EuZW 2008, 107.

- (1.) Am wenigsten reguliert sind Angebote, die als Dienste der Informationsgesellschaft der e-Commerce Richtlinie unterfallen<sup>338</sup>, den elektronischen Kommunikationsdiensten nach der Rahmenrichtlinie zuzuordnen sind oder gar keine medien- oder telekommunikationsspezifische Regulierung genießen.
- (2.) Auf der mittleren Ebene liegt die Regulierung der non-linearen audiovisuellen Mediendienste.
- (3.) Am stärksten reguliert sind die linearen audiovisuellen Mediendienste und damit Fernsehdienste, wie sie im Wesentlichen schon nach der Fernsehrichtlinie definiert waren.

Mengenlogisch formuliert: **Dienste der Informationsgesellschaft** machen die Gesamtmenge aus. Davon bilden die **audiovisuellen Mediendienste** eine Teilmenge, von der wiederum (lineare) **Fernsehdienste** eine Teilmenge sind. Die Regeln für die Gesamtmenge gelten auch für die Teilmengen, wenn es keine abweichende, speziellere Regel gibt. Im Kern geht es also nur um zwei Abgrenzungen: (1.) zwischen Diensten der Informationsgesellschaft und audiovisuellen Mediendiensten und (2.) zwischen linearen und non-linearen audiovisuellen Mediendiensten. 169

**bb) Abgrenzung zwischen Diensten der Informationsgesellschaft und audiovisuellen Mediendiensten.** Gem Art 1(a) AVMDR umfasst der Begriff der audiovisuellen Mediendienste Dienstleistungen iSd Art 49 und 50 des EG-Vertrags (wirtschaftliche Tätigkeiten), für die ein Mediendienstanbieter die redaktionelle Verantwortung trägt. Ihr Hauptzweck ist die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit **über elektronische Kommunikationsnetze** iSv Art 2a der Richtlinie 2002/21/EG, also zB über Satellit, Kabel, Internet oder UMTS. Audiovisuelle Mediendienste, die sich auf vorwiegend **nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten** erstrecken, wie zB private Internetseiten oder nicht-kommerzielle Blogs, unterfallen nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie. 170

Das Kriterium der **redaktionellen Verantwortlichkeit**, näher definiert in Art 1(c) AVMDR, stellt klar, dass nur solche audiovisuellen Dienste gemeint sind, bei denen ein Mediendienstanbieter die redaktionelle Gestaltung und Zusammenstellung der Sendungen verantwortet. 171

Es geht um die Bereitstellung von Sendungen zur Information, Unterhaltung und Bildung der allgemeinen Öffentlichkeit **als Hauptzweck** der audiovisuellen Mediendienste. Das ‚Hauptzweckkriterium‘ schließt solche Dienste aus, bei denen audiovisuelle Inhalte lediglich eine Nebenerscheinung darstellen, wie zB Internetseiten, die lediglich ergänzend audiovisuelle Elemente enthalten, wie ua elektronische Ausgaben von Zeitungen und Zeitschriften, Glücksspiele mit einem einen Geldwert darstellenden Einsatz oder Suchmaschinen.<sup>339</sup> 172

Auch audiovisuelle Dienste bestehen aus **„Sendungen“**; sie sind in Art 1(b) AVMDR definiert als Abfolgen von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, die Einzelbestandteil eines **Sendepplans** oder eines **Katalogs** sind und die nach Form und Inhalt **mit Fernsehsendungen vergleichbar** sind. Beispiele für Sendungen sind ua Spielfilme, Sportberichte, Fernsehkomödien, Dokumentarfilme oder Kindersendungen. Audiovisuelle Mediendienste müssen damit also eine gewisse **‚Fernsehähnlichkeit‘** aufweisen und laut Erwägungs- 173

<sup>338</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, ins-

besondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, ABIEG 2000, L 178, 1.

<sup>339</sup> Vergleiche Erwägungsgrund 18.

grund 17 sogar auf das gleiche Publikum wie Fernsehsendungen ausgerichtet sein. Der Sendungsbegriff muss allerdings unter Berücksichtigung der Entwicklungen auf dem Gebiet des Fernsehens dynamisch ausgelegt werden. Auch wenn Art 1(b) AVMDR derzeit typische Fernsehsendungen wie zB Spielfilme als Beispiele anführt, kann die weitere Entwicklung auch neue Fernsehformen und -inhalte mit sich bringen.

- 174** Erwägungsgrund 16 stellt außerdem klar, dass nur solche audiovisuellen Mediendienste erfasst sind, die **Massenmedien** sind. Heranzuziehen ist die vom EuGH in der Rechtssache *Mediakabel*<sup>340</sup> – im Rahmen der Definition der Allgemeinheit – geforderte Intention des Diensteanbieters, eine **unbestimmte Zahl** möglicher Zuschauer zu erreichen.
- 175** cc) **Abgrenzung zwischen Fernsehen und audiovisuellen Mediendiensten auf Abruf.** Die Richtlinie unterscheidet zwischen Fernsehen und Mediendiensten auf Abruf nach dem **Kriterium der Linearität**. Ein Fernsehprogramm ist ein linearer audiovisueller Mediendienst. Dieser wird gem Art 1(e) für den zeitgleichen Empfang von Sendungen auf der Grundlage eines **Sendepplans** bereitgestellt. Es handelt sich damit letztlich um ein technisches Kriterium.<sup>341</sup> Dies entspricht weitgehend dem Gegensatz zwischen dem Senderecht (§ 20 UrhG) und dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) im Urheberrecht und folgt der schon vom EuGH in *Mediakabel* und *Largadere* und *SGAE* praktizierten Parallelisierung zwischen öffentlichem und privatem Medienrecht.<sup>342</sup> Der von der DLM befürwortete<sup>343</sup> Ansatz einer Abstufung der verschiedenen audiovisuellen Mediendienste nach Wirkungsintensität und Meinungsrelevanz in Anlehnung an das deutsche Recht wurde nicht übernommen.<sup>344</sup> Die in Erwägungsgrund 20 genannten Beispiele für lineare Dienste umfassen analoges und digitales Fernsehen, Live Streaming, Webcasting und Near-Video-On-Demand.<sup>345</sup>
- 176** c) **Neue Regelungen für Fernsehdienste? aa) Einleitung.** Der Kern der Revision der Fernsehrichtlinie ist die Erweiterung des Anwendungsbereichs auf audiovisuelle Mediendienste, die nach dem Konzept der gestuften Regulierung – ähnlich wie in Deutschland Rundfunk und Telemedien – unterschiedlich ausführlichen Regelungen unterliegen. Die Regulierung von **Fernsehangeboten** (nunmehr auch „linearen“ Angeboten) hat sich demgegenüber weniger verändert. Dennoch gibt es einige Neuregelungen, die Erwähnung verdienen, weil sie sehr praxisrelevant sein werden: liberalisiert<sup>346</sup> wurden die Werbemengenbegrenzungen, die Werbeunterbrecherregelungen und das Trennungsprinzip, letzteres durch Einführung einer zulässigen Form der Produktplatzierung.
- 177** bb) **Werbemengenbegrenzungen.** Anders als die Vorgängernorm Art 18 FsRi enthält Art 18 AVMDR keine Begrenzung der **täglichen Werbezeit** mehr. Eine von der EU-Kommission in Auftrag gegebene empirische Studie hatte ergeben, dass diese Grenze ohnehin von keinem TV-Sender je erreicht wurde.<sup>347</sup> Geblieben ist nur die Begrenzung der stünd-

<sup>340</sup> EuGH, Rs C-89/04 – *Mediakabel*, Slg 2005, I-4891, Rn 30.

<sup>341</sup> *Gersdorf* 32 ff, der darauf hinweist, dass dies der von der EU-Kommission angestrebten Technologieneutralität nicht entspricht.

<sup>342</sup> EuGH, Rs C-89/04 – *Mediakabel*, Slg 2005, I-4891, Rn 30; Rs C-192/04 – *Lagardère Active Broadcast*, Slg 2005, I-7199, Rn 31; Rs C-306/05 – *SGAE*, Slg 2006, I-1519, Rn 37 ff (dazu auch oben Teil 1 Kap 2 Rn 18 Medienrecht als Disziplin).

<sup>343</sup> [http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/](http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/modernisation/2003_review/contributions/wc_dlm.pdf)

[modernisation/2003\\_review/contributions/wc\\_dlm.pdf](http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/modernisation/focus_groups/fg1_wp_de.pdf), Papier Fokusgruppe 1, [http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/modernisation/focus\\_groups/fg1\\_wp\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/modernisation/focus_groups/fg1_wp_de.pdf).

<sup>344</sup> *Stender-Vorwachs/Theißen* ZUM 2006, 362, 367.

<sup>345</sup> Krit dazu *Gersdorf* 29 ff.

<sup>346</sup> Vgl ua Roßnagel/*Schmid* 93; Roßnagel/*Mastroianni* 85.

<sup>347</sup> Vgl Gutachten Carat/KOAN, Comparative study on the impact of control measures on the televisual advertising markets in

lichen Werbezeit, wonach nicht mehr als 20 % pro Stunde Werbe- und Teleshoppingspots ausgestrahlt werden dürfen.

Weggefallen ist auch die Limitierung von **Teleshopping-Fenstern** auf maximal acht pro Tag und eine maximale Zeit von drei Stunden pro Tag (Art 18a AVMDR). Weitergehende Einschränkungen wären angesichts der in dieser Hinsicht regulatorisch weit weniger beschränkten Internet-Shoppingangebote wohl auch nicht zu rechtfertigen gewesen. **178**

**cc) Durchbrechung des Trennungsprinzips?** Das in Art 10 Abs 1 FsRi enthaltene Trennungsgebot ist auch im neuen Art 10 Abs 1 AVMDR fast gleichlautend enthalten. Die Regelung lautet wie folgt: **179**

„Fernsehwerbung und Teleshopping müssen als solche leicht erkennbar und vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein. Unbeschadet des Einsatzes neuer Werbetechniken müssen Fernsehwerbung und Teleshopping durch optische und/oder akustische und/oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Sendungsteilen abgesetzt sein.“

**Erkennbarkeit und Abtrennung** („eindeutig von anderen Sendungsteilen abgesetzt sein“) sind zwei unterschiedliche Konzepte. Abtrennung geht weiter als Identifizierung. Werbung muss durch optische, akustische oder räumliche Mittel vom Programm abgetrennt werden. Der Unterschied kann am Beispiel der Produktplatzierung deutlich gemacht werden. Wenn eine Produktplatzierung, zB ein Softdrink auf dem Tisch des Protagonisten, mit einem Warnhinweis (zB roter Punkt) versehen wäre, wäre die werbliche Aussage Teil der Handlung und damit Teil des Programms. Das Erkennbarmachen durch den roten Punkt würde daran nichts ändern. Das Trennungsprinzip im engeren Sinne, welches ausschließlich nur für lineare audiovisuelle Mediendienste (Fernsehdienste) Geltung beansprucht, würde dies nicht zulassen.<sup>348</sup> **180**

Der Zusatz „unbeschadet des Einsatzes **neuer Werbetechniken**“ verfolgt das Ziel, neue Formen der Werbung, wie sie insbesondere bei interaktiven Internetangeboten zur Zeit entstehen, nicht zu behindern. Würde man lineare Angebote (und zwar auch die, die über das Internet verbreitet werden) auf konventionelle Formen der Fernsehwerbung beschränken, würden lineare Angebote gegenüber non-linearen zu sehr eingeschränkt.<sup>349</sup> Ein Beispiel für eine solche neue Werbetechnik ist „enhanced advertising“: bei internet-basierte Fernsehen ist es möglich, Requisiten – etwa das Kleid der Protagonistin – als Ausgangspunkt für weitergehende Produktinformationen zu nutzen. Der Zuschauer kann mit der Maus/der Fernbedienung das Kleid anklicken und es öffnet sich ein Pop-up oder ein Sublevel mit kommerziellen Informationen. Betrachtet man das Kleid selbst als Werbung, wäre der Trennungsgrundsatz verletzt. Um derartige neue Werbetechniken dennoch zuzulassen, wurde der Zusatz „unbeschadet [...]“ eingefügt. Wohlgermerkt lässt der Zusatz nur Erleichterungen beim Trennungsgrundsatz zu, nicht beim Erkennbarkeitsgrundsatz. **181**

**dd) Produktplatzierung.** Die zentrale Ausnahme vom Trennungsgrundsatz ist die zulässige **Produktplatzierung**. Sie wird definiert in Art 1 (m) AVMDR als eine kommerzielle Kommunikation, die sich auf Produkte, eine Dienstleistungen oder Marken bezieht und zwar als Gegenleistung für ein Entgelt oder eine geldwerte Leistung. Der Begriff ist anders **182**

European Union Member States and certain other countries, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/2003/44\\_03\\_finalrep\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/2003/44_03_finalrep_fr.pdf).

<sup>348</sup> Zu den Ausnahmen von diesem Grundsatz s unten Rn 182 ff.

<sup>349</sup> Vgl Erwägungsrund 57 zur AVMDR.

definiert als Schleichwerbung in Art 1 d FsRi, im Ergebnis sind die Unterschiede jedoch gering: Bei der Schleichwerbung muss das Entgelt (bzw die entgeltwerte Leistung) des Werbetreibenden **an den Sender** geleistet werden oder dem Sender zumindest zurechenbar sein<sup>350</sup>, bei der Produktplatzierung reicht es aus, wenn es **an den Filmhersteller** gegeben wird.

- 183** Aus Erwägungsgrund 61 (und in Art 3g AVMDR) wird deutlich, dass Sachspenden (dies betrifft Produkte und Dienstleistungen) nur dann erfasst werden, wenn sie einen **signifikanten Wert** haben. Überlässt also zB ein Modehaus der Filmproduktionsfirma ein Abendkleid, damit die Hauptdarstellerin dieses in einer zentralen Szene des Films trägt, wäre dies streng genommen eine Produktplatzierung. Denn damit würde ein Produkt für eine ähnliche Gegenleistung (ie: der Wert des Abendkleids) präsentiert werden. Nach Erwägungsgrund 61 ist zu prüfen, ob der Wert des Abendkleids – im Verhältnis zu den gesamten Produktionskosten – ins Gewicht fällt. Liegt der Wert eines einzelnen Gegenstandes unterhalb von 0,25% oder der kumulierte Wert aller von einem Hersteller gespendeten Gegenstände unter 1% der Filmherstellungskosten, kann der Wert sicherlich nicht mehr als signifikant bezeichnet werden.<sup>351</sup>
- 184** Auch wenn die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste nunmehr „product placement“ zulässt, bindet sie die Zulässigkeit jedoch an enge Voraussetzungen: Es muss auf die Produktplatzierung mit einem Warnhinweis hingewiesen werden. Die Werbeverbote für bestimmte Produkte (Tabakprodukte, rezeptpflichtige Medikamente) gelten auch für das „product placement“. Die Platzierung des Produkts oder der Dienstleistung darf nicht zu offensichtlich sein (Kriterium der „undue prominence“)<sup>352</sup> und sie darf keinen unmittelbar werblichen Charakter haben, zB dadurch dass unmittelbar zum Kauf des Produkts aufgefordert wird.
- 185** Außerdem darf der Werbetreibende keinen Einfluss auf Inhalt oder Sendplatz der jeweiligen Sendung erhalten. Das Beeinflussungsverbot in Art 3g AVMDR entspricht dem bereits bekannten aus Art 17 Abs 1 (a) FsRi, wonach es dem Sponsor verboten ist, Inhalt oder Programmplatz einer gesponserten Sendung zu beeinflussen. Auch hier ist es schwierig, die Grenze zu bestimmen, ab der unzulässiger Einfluss ausgeübt wird.<sup>353</sup> Ein Beispiel wird in Erwägungsgrund 63 genannt: das sog Themen-Placement.<sup>354</sup>
- 186** Die Regeln für die statthafte Produktplatzierung gelten **nicht nur für lineare**, sondern auch für non-lineare Angebote. Aufgrund des Warnhinweises sind sie jedoch vor allem eine Ausnahme und Spezialregelung zum Trennungs-, und nicht zum Erkennbarkeitsgrundsatz.
- 187** d) **Wichtige Regelungen für nicht-lineare audiovisuelle Dienste.** aa) **Weiche Quote.** In der ausführlichen Konsultation der EU-Kommission vor der Richtlinie für audiovisuelle Medien wurde diskutiert, ob eine **Quotenregelung** auch für audiovisuelle Mediendienste sinnvoll sein könnte.<sup>355</sup> Die Befürworter argumentierten mit dem Interesse der europä-

<sup>350</sup> S Teil 3 Kap 3 Rn 84 ff.

<sup>351</sup> Castendyk/Dommering/Scheuer/Castendyk Art 1 AVMSD Rn 144 ff.

<sup>352</sup> Zur Auslegung des Begriffs der „undue prominence“ vgl Castendyk/Dommering/Scheuer/Castendyk Art 3 g AVMSD Rn 25 f; eine zu enge Interpretation des Begriffs würde Produktplatzierungen unmöglich machen.

<sup>353</sup> Castendyk/Dommering/Scheuer/Castendyk Art 3g AVMSD Rn 22 f.

<sup>354</sup> Zum Themen-Placement nach altem Recht, vgl Castendyk ZUM 2005, 2 ff; Bülow passim.

<sup>355</sup> Vgl sog Hieronymi Report, 56 ff, abrufbar unter [http://www.europarl.europa.eu/comparl/cult/media\\_services\\_directive\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/comparl/cult/media_services_directive_en.pdf).

ischen Filmproduktionsindustrie. Die Gegner brachten vor, dass Quoten bei On-Demand-Diensten nicht dazu führen würden, dass sich mehr Menschen europäische Produktionen ansehen würden. Das Angebot im Internet sei zu groß, um Steuerungseffekte zu erzielen. Eine Quote, die einen bestimmten Prozentsatz der Programmakquisition des On-Demand-Anbieters ausmachen würde, liefe Gefahr, europäische Anbieter gegenüber ihrer internationalen Konkurrenz zu sehr zu benachteiligen. Das Ergebnis war eine weiche Quotenregelung, die es weitgehend den Mitgliedsstaaten überlässt, über das „wie“ zu entscheiden.

Danach müssen die Mitgliedsstaaten dafür sorgen, dass audiovisuelle Mediendienste auf Abruf die **Produktion** europäischer Werke und den **Zugang** hierzu fördern. Die Förderung kann zB ein Beitrag zur klassischen Filmförderung sein<sup>356</sup>, aber auch ein gesetzlich festgelegter Anteil an europäischen Werken im Programmkatalog des Anbieters. **188**

**bb) Fernsehwerbung und Sponsoring.** Die Regelungen zur **Erkennbarkeit** der Werbung, zum **Product Placement** und zum **Sponsoring** gelten nicht nur für lineare, sondern auch für non-lineare Dienste. Der daraus resultierende Anpassungsbedarf beim deutschen Recht ist gering. Das Prinzip, wonach werbliche Botschaften gekennzeichnet werden müssen, existiert ohnehin medienübergreifend im Wettbewerbsrecht. Für Telemedien ist es in § 58 Abs 1 RStV verankert. Die Vorschrift über Sponsoring in § 8 RStV müsste auf Telemedien ausgedehnt werden. Da Telemedien und audiovisuelle Medien nicht völlig deckungsgleich sind<sup>357</sup>, muss auch hier nachjustiert werden. Bei der Produktplatzierung gab es bisher keinen einheitlichen medienübergreifenden Standard, im Kino ist sie zulässig, wenn im Vor- oder Abspann darauf aufmerksam gemacht wird, für Internetangebote ist die Rechtslage noch unklar; im Fernsehen war sie bisher als Schleichwerbung untersagt. Hier gibt die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste Anlass, die Grundsätze zu vereinheitlichen. **189**

### 3. Telekommunikationsrichtlinien

**a) Überblick.** Nach der wegweisenden Entscheidung in den USA, das Monopol von AT&T aufzulösen und den Telekommunikationsgiganten in einzelne Teile aufzuspalten (1984), folgte die EU-Kommission diesem Beispiel. In den achtziger und neunziger Jahren wurde eine Reihe von Richtlinien erlassen, die die Mitgliedstaaten dazu zwangen, die nationalen Monopolunternehmen, wie zB die Deutsche Post, zu privatisieren und die Märkte zu liberalisieren. Die EU-Kommission ging zu Recht davon aus, dass eine Privatisierung und Liberalisierung einen erheblichen Dynamisierungsschub auslösen würde.<sup>358</sup> **190**

Die Leitlinien ergaben sich aus dem **Grünbuch** über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte aus dem Jahr 1987.<sup>359</sup> Die **Marktöffnung** sollte in drei Bereichen stattfinden: bei den Endgeräten, bei den Diensten und bei den Netzen. Dabei wurden vier Regelungsziele verfolgt: die Liberalisierung und Privatisierung durch schrittweise Aufhebung besonderer und ausschließlicher Rechte auf dem Telekommunikationssektor, die Harmonisierung durch Angleichung der rechtlichen Rahmenbedingungen, die Gewährleistung eines chancengleichen und fairen Wettbewerbs und die Sicherstellung von Universaldienst- **191**

<sup>356</sup> In Deutschland gibt es bereits eine solche Filmabgabe für On-Demand-Anbieter bzw die Inhaber solcher Rechte (§ 67 Abs 2 FFG).

<sup>357</sup> *Castendyk/Böttcher* MMR 2008, 13 ff.

<sup>358</sup> Vgl Maunz/Dürig/Lerche Art 87 f GG Rn 25.

<sup>359</sup> KOM (87) 290 vom 30.6.1987.

leistungen. Diese Ziele wurden erfolgreich mit einer Reihe von Richtlinien verfolgt, u.a. der Endgeräterichtlinie, der Diensterrichtlinie, der Kabelrichtlinie und der Wettbewerbsrichtlinie. Besonders zentral waren die Richtlinien, die versuchten, den sog. offenen Netzzugang (ONP) zu garantieren. In diesen Zusammenhang gehört auch die Verordnung zur Entbündelung des Zugangs zum **Teilnehmeranschluss** (sog. local loop), die für Diensteanbieter den Zugang zum Teilnehmeranschluss zu transparenten, fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen europaweit sicherstellen sollte.

**192** 1999 war die Zeit reif, diese Telekommunikationspolitik zu evaluieren. Die Kommission regte einen **Kommunikationsbericht** an, der die bisherige Situation beurteilen und neue Vorschläge für eine Regulierung entwerfen sollte.<sup>360</sup> Die vorgeschlagenen Reformen betrafen weniger eine weitere Liberalisierung der Märkte, sondern mehr die Sicherung und Vereinfachung des Erreichten. Dabei sollte ein Technologie neutraler Ansatz gewählt werden. Der Fokus lag nicht länger auf der Infrastruktur für Telekommunikationsdienstleistungen, sondern – gewissermaßen unter Streichung des „tele“ – auf der Regulierung sämtlicher Kommunikationsangebote und -strukturen. Der neue Schlüsselbegriff lautet „elektronische Kommunikationsnetze“. Im Übrigen wurde deutlich gemacht, dass die einheitlichen Regelungsstandards auch für Rundfunkverbreitung gelten sollten. Der nachfolgende Gesetzgebungsprozess führte zu fünf neuen Richtlinien (der Rahmenrichtlinie, der Zugangsrichtlinie, der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, der Genehmigungsrichtlinie und der Universaldienstrichtlinie), die im Jahre 2001 verabschiedet wurden. Bei der anschließenden Umsetzung in Deutschland wurden auch Fehler und Lücken des bisherigen Regulierungsrahmens beseitigt. Vor allem konnten die Ende der Achtzigerjahre noch kaum bekannten Telekommunikationsdienstleistungen, wie etwa das Internet oder die Mobil-Telefonie, berücksichtigt werden. Ebenfalls relevant ist die Frequenzentscheidung<sup>361</sup>, die versucht, die Verfügbarkeit und effiziente Nutzung des Frequenzspektrums europaweit zu koordinieren. Seit Dezember 2007 existieren weitere Vorschläge, die den Regelungsrahmen von 2001 – geringfügig – modifizieren wollen.<sup>362</sup>

**193** b) **Die Rahmenrichtlinie.**<sup>363</sup> In der Rahmenrichtlinie werden die wesentlichen **Grundsätze** des europäischen Regelungsrahmens vorgestellt. Die Erwägungsgründe 5 und 6 machen deutlich, dass die Konvergenz von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie einen einheitlichen Regelungsrahmen erzwingt, der für alle Übertragungsnetzwerke und Dienste gilt. In Art 2c Rahmenrichtlinie wird nochmals deutlich gemacht, dass es nicht darum geht, **Inhalte** von Diensten, in welcher Form sie auch immer angeboten werden, rechtlichen Regeln zu unterwerfen. Dies sei, von Ausnahmen abgesehen, Sache des nationalen Gesetzgebers.

**194** Das in Art 8 der Rahmenrichtlinie näher ausgeführte zentrale Ziel ist die Gewährleistung **effektiven Wettbewerbs**. Dabei wird das Konzept der **beträchtlichen Marktmacht** weiterentwickelt und dem allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Konzept der marktbeherrschenden Stellung angenähert.<sup>364</sup> Das Verfahren der Marktregulierung soll dabei in **drei**

<sup>360</sup> KOM (1999) 539 endg., 10.11.1999.

<sup>361</sup> Entscheidung Nr 676/2002/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 7.3.2002 über einen Rechtsrahmen für die Frequenzpolitik in der Europäischengemeinschaft (Frequenzentscheidung), ABIEG 2002, L 108, 1.

<sup>362</sup> [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecommm/tommorrow/index\\_eu.htm](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/tommorrow/index_eu.htm).

<sup>363</sup> Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen

Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABIEG 2002, L 108, 33.

<sup>364</sup> Damit wurde die bisherige feste Grenze von 25 % durch ein flexibleres Kriterium ergänzt, vgl. Castendyk/Dommering/Scheuer/van Eijk Directive 2002/21/EC, Rn 7.

**Schritten** erfolgen: In einem Marktdefinitionsverfahren werden auf nationaler Ebene diejenigen Märkte ermittelt, die reguliert werden müssen. Dabei müssen die Empfehlungen der Kommission berücksichtigt werden. Die auf diese Weise ermittelten Märkte werden im sog Marktanalyseverfahren darauf hin untersucht, ob wirksamer Wettbewerb existiert. Nur wenn ein wirksamer Wettbewerb fehlt, können Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, Verpflichtungen auferlegt werden.

Die Genehmigungsrichtlinien verlangen von den Mitgliedstaaten, dass die entsprechenden Märkte von einer **unabhängigen Regulierungsbehörde** kontrolliert werden. Das bezieht sich insbesondere auf die Unabhängigkeit der Marktbeteiligten. Dies macht eine staatliche Kontrolle schwierig, soweit der Staat selbst größere Anteile an den betreffenden Telekommunikationsunternehmen besitzt. **195**

c) **Die Genehmigungsrichtlinie.**<sup>365</sup> Die Genehmigungsrichtlinie **beendete** die bis dahin üblichen **Einzelgenehmigungen**. Stattdessen favorisiert sie, ähnlich wie die Gruppenfreistellungsverordnungen im europäischen Wettbewerbsrecht, allgemeine Genehmigungsvoraussetzungen. Gem Art 3 Abs 2 Genehmigungsrichtlinie können von den betreffenden Unternehmen Anzeigen verlangt werden, jedoch keine Einzellizenzierung. Ausnahmen sollen nur noch für die Frequenz- und Nummerverteilung gelten, denn sie werden weiterhin als knappe Güter angesehen. Diese Prinzipien gelten grds auch für den **Rundfunkbereich**. Nach Art 5 Genehmigungsrichtlinie müssen auch Rundfunkfrequenzen mittels offener, transparenter und nicht diskriminierender Verfahren vergeben werden. **196**

d) **Die Zugangs- und Zusammenschaltungsrichtlinie.**<sup>366</sup> Mit dieser Richtlinie werden die nationalen Regulierungsbehörden dazu angehalten, die in Art 8 der Rahmenrichtlinien festgelegten Ziele zu realisieren, insbesondere durch angemessene **Zugangs- und Zusammenschaltungsregeln** sowie die Gewährleistung der **Interoperabilität** von Kommunikationsdiensten. Der Begriff des Zugangs wird dabei weit ausgelegt, er beinhaltet jegliche Bereitstellung von Einrichtungen oder Diensten, wobei nur die Nachfrage von Leistungen durch Anbieter, nicht aber die von Endkunden erfasst wird. Eine Zusammenschaltung meint jede Art von Verbindung von Netzen, so dass den Nutzern die Kommunikation in verschiedenen Netzen untereinander ermöglicht wird, zB von einem Mobilfunknetz zu einem anderen. Möglich sind Maßnahmen gegenüber allen Unternehmen und solchen, die sich nur an Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht richten. **197**

e) **Die Datenschutzrichtlinie.**<sup>367</sup> Die **Datenschutzrichtlinie** fasst nochmals alle Grundsätze der in den klassischen Datenschutzrichtlinien<sup>368</sup> in der EU festgehaltenen Prinzi- **198**

<sup>365</sup> Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABIEG 2002, L 108, 21.

<sup>366</sup> Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABIEG 2002, L 108, 7.

<sup>367</sup> Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in

der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABIEG 2002, L 201, 37.

<sup>368</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABIEG 1995, L 281, 31 sowie Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABIEG 1998, L 24, 1 ff.

pien für den Kommunikationssektor zusammen. Dabei soll zwischen dem Schutz der Privatsphäre und dem Recht an den eigenen Daten sowie dem Interesse an der wirtschaftlichen Verwertung personenbezogener Daten ein vernünftiger Ausgleich gefunden werden. Die zentrale Vorschrift ist Art 5, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, Schutzvorschriften gegen die unrechtmäßige Kenntnisnahme von Kommunikationen zu erlassen. Dabei geht es vor allem um die Speicherung von Nutzungs- und Benutzerdaten sowie die Lokalisierung der Kommunikation, wie sie zB im Mobilfunkbereich möglich ist.

- 199** Ein wichtiges Thema war auch die Übermittlung von ungewollten Fax-Mitteilungen, SMS und E-Mails (SPAM). Dabei entstand ein Konflikt zwischen Kommission und Europäischem Parlament.<sup>369</sup> Die Kommission befürchtete, zu viel SPAM würde das Internet verstopfen, das Parlament sah sich mehr auf der Seite der Anbieter. Am Ende wurde ein sog „opt in“ eingeführt. Danach müssen die Verbraucher dem Empfang derartiger Werbemitteilungen ausdrücklich zustimmen. Lediglich wenn Unternehmen bereits auf elektronische Weise Kontakt zu ihren Kunden aufgenommen haben, können Sie nicht verlangte Werbemitteilungen an sie senden. In diesem Fall muss der Kunde jedoch die Möglichkeit haben, sich wieder aus dem Verteiler nehmen zu lassen („opt out“).
- 200** f) **Die Universaldienstrichtlinie.**<sup>370</sup> Das Ziel der Universaldienstrichtlinie ist die Sicherstellung eines bestimmten Mindestangebots bzw einer bestimmten **Mindestversorgung** von allen Diensten zu einem für alle Nutzer erschwinglichen Preis. Zu diesem Zweck definiert die Richtlinie ein **Mindestangebot**, welches in allen Mitgliedstaaten bestehen muss. Es ist im Wesentlichen begrenzt auf Sprachtelefondienste, (noch) nicht auf Internetzugang. Entsprechende Vorschläge wurden im Gesetzgebungsverfahren abgelehnt.<sup>371</sup> Der Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Kontrolle der Preisbildung ist begrenzt. Bis dahin übliche Versuche, die Positionen marktbeherrschender Unternehmen durch Zulassung überhöhter Preise und Anschlusskosten zu stabilisieren, werden durch das vorgesehene Preisbildungsverfahren erschwert. Relevant für den Rundfunkbereich ist Art 31, der bestimmte „must carry“-Verpflichtungen vorsieht.

#### 4. Filmförderung

- 201** Filmförderungen sind staatliche Beihilfen, die gem. Art 87 EG-Vertrag von der Kommission genehmigt werden müssen. Nach Abs 3 (d) dieser Vorschrift können Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes genehmigt werden, wenn und soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Die Kriterien, die die EU-Kommission bei der Genehmigung von Filmförderungen verwendet, wurden 1998 in der Entscheidung über die französische Filmförderung des CNC entwickelt und im Jahr 2001 in der sog „Kinomitteilung“<sup>372</sup> festgelegt. Es sind derzeit vier Voraussetzungen:

<sup>369</sup> Vgl Darstellung in Castendyk/Dommering/Scheuer/van Eijk ECRF Rn 21.

<sup>370</sup> Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) ABIEG 2002, L 108, 51.

<sup>371</sup> Vgl van Eijk 21.

<sup>372</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu bestimmten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kinofilmen und anderen audiovisuellen Werken vom 26.9.2001.

Die Beihilfe muss einem kulturellen Produkt zugute kommen. Jeder Mitgliedsstaat muss sicherstellen, dass die Beihilfen nur für Produktionen gewährt werden, die nach überprüfbar nationalen Kriterien einen kulturellen Inhalt haben.

Der Produzent muss mindestens 20 % des Filmbudgets in anderen Mitgliedsstaaten ausgeben dürfen, ohne dass die ihm gewährte Beihilfe gekürzt wird (sog „80/20-Regel“). Damit wird der *Territorialisierungsgrad* auf 80 % limitiert.

Die Höhe der Beihilfe soll grds auf 50 % des Produktionsbudgets beschränkt sein, damit für normale marktwirtschaftliche Geschäftsinitiativen weiterhin Anreize bestehen und ein Förderwettbewerb zwischen den Mitgliedsstaaten vermieden wird (sog 50/50-Regel“). Ausnahmen gelten für sog „kleine und schwierige Filme“.

Zusätzliche Beihilfen für besondere Filmarbeiten (zB Postproduktion) werden nicht genehmigt, damit die Neutralität der Anreizwirkung gewahrt bleibt und der Mitgliedstaat, der die Beihilfe gewährt, nicht gerade die betreffenden Unternehmen schützen oder ins Land locken kann.

Diese Kinomitteilung galt zunächst bis Ende 2004, wurde bis Mitte 2007 verlängert und soll spätestens Ende 2009 auslaufen. **202**

Die EU-Kommission hat sich vorgenommen, die Voraussetzungen, die in der noch geltenden Kinomitteilung enthalten sind, in zwei Punkten zu verschärfen:<sup>373</sup> **203**

1. Sie strebt an, den *Territorialisierungsgrad* von derzeit 80 % zu reduzieren.
2. Sie möchte für alle Förderungen, zB bei der Referenzförderung nach dem FFG, ‚kulturelle Tests‘ einführen. Bisher hielt sie dies nur bei „Incentive“-Förderungen, wie dem Deutschen Filmförderungsfonds, für erforderlich. Es zeigt sich bei den jüngsten Genehmigungsverfahren, dass die EU-Kommission zwischen – förderungswürdigen – „kulturellen“ bzw „kreativen“ und – nicht förderungsfähigen – technischen bzw wirtschaftlichen Teilen der Filmproduktion und -verwertung differenzieren möchte.

Beide Vorhaben sind beim Anfang 2007 eingeleiteten Konsultationsprozess von Vertretern der europäischen Filmwirtschaft stark kritisiert worden. Aus juristischer Sicht ist anzumerken, dass es in der Tat problematisch erscheint, zwischen „kultureller“ und „wirtschaftlicher“ Filmförderung zu unterscheiden. Eine Trennung in „kulturell wertvolle“ und „Kommerzfilme“ ist nicht möglich und wäre auch mit Bezug auf die Funktion des Films als kultureller Spiegel der Gesellschaft verfehlt. Auch erfolgreiche und massenattraktive Filme können einen ganz erheblichen Einfluss auf die private und öffentliche Meinungsbildung erlangen und kulturell eine ganze Generation mitprägen. Noch problematischer ist die einseitige Bevorzugung ‚kreativer‘ Beiträge, denn zum einen sind auch Teile der ‚technischen‘ Beiträge heutzutage künstlerisch, zB im Bereich der digitalen Nachbearbeitung, zum anderen sind auch rein technische Beiträge notwendig, um den Film entstehen zu lassen. **204**

<sup>373</sup> Die Mitglieder der zuständigen unit H3 der DG Wettbewerb haben ihre Ziele und ihre dem zugrunde liegende Rechtsauffassung in

einem Aufsatz dargestellt: *Broche/Chatterjee/Orsich/Tosics*, Competition Policy Newsletter 2007/1, 44 ff.

## § 6 Privates europäisches Medienrecht

### I. Überblick

**205** Vor dem Hintergrund der durch den EG-Vertrag verbürgten Grundfreiheiten sowie dem Ziel eines einheitlichen Binnenmarktes ist auch der Bereich des privaten Medienrechts Gegenstand zahlreicher Harmonisierungsbemühungen durch europäisches Sekundärrecht. Aus diesen Vorschriften lassen sich zunehmend auch bestimmte Grundprinzipien ableiten, welche für den jeweils geregelten Bereich maßgeblich sind.

#### 1. Die Instrumente des Sekundärrechts

**206** Als Sekundärrecht werden alle Rechtsakte bezeichnet, die von den Organen der Gemeinschaft auf Grundlage der Europäischen Verträge erlassen wurden. **Verordnungen** kommt unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten zu (Art 249 Abs 2 EGV). **Richtlinien** hingegen bedürfen der Umsetzung in nationales Recht der Mitgliedstaaten (Art 249 Abs 3 EGV). Entsprechend sind Richtlinien für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, die Wahl der Umsetzungsform und der Mittel für die Umsetzung ist jedoch den Mitgliedstaaten überlassen. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, Richtlinien fristgerecht umzusetzen. Wird eine Richtlinie nicht fristgerecht umgesetzt, so kann sie unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten erlangen<sup>374</sup>, sofern sie inhaltlich unbedingt<sup>375</sup> und hinreichend bestimmt ist.<sup>376</sup> Schließlich können Mitgliedstaaten, die eine Richtlinie nicht fristgerecht umsetzen, schadensersatzpflichtig gegenüber ihren Bürgern werden, sofern diese einen Schaden aufgrund der fehlenden oder fehlerhaften Umsetzung einer Richtlinie erleiden.<sup>377</sup> Aus der Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten (Art 249 Abs 3 EGV) folgt auch die Verpflichtung, nationales Recht im Regelungsbereich einer Richtlinie **richtlinienkonform** im Hinblick auf Zweck und Wortlaut der Richtlinie auszuliegen.<sup>378</sup> Wesentliches Hilfsmittel dabei sind die Erwägungsgründe zur Richtlinie, welche in sämtlichen Amtssprachen gleichermaßen verbindlich sind.<sup>379</sup> Diese **Vorwirkungen** von Richtlinien können unabhängig von der Umsetzungsfrist bestehen.<sup>380</sup> **Entscheidungen** regeln einen Einzelfall und sind – vergleichbar mit Verwaltungsakten des deutschen Rechts – für diejenigen verbindlich, die in der Entscheidung bezeichnet werden (Art 249 Abs 4 EGV). **Empfehlungen und Stellungnahmen** sind hingegen gar nicht verbindlich (Art 249 Abs 5 EGV), können jedoch bereits Problemstellungen und Regelungsabsichten aufzeigen, die später durch verbindliche Rechtsetzungsmittel umgesetzt werden.

#### 2. Europäische Strukturprinzipien

**207** a) **Herkunftslandprinzip.** Das Herkunftslandprinzip beruht auf der Regel, dass die Mitgliedstaaten die in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Anbieter von Waren oder Dienstleistungen nach ihren nationalen Vorschriften zu messen haben (Kontrolle im Nie-

<sup>374</sup> *Jarass* NJW 1990, 2420, 2423.

<sup>375</sup> EuGH Rs 41/74 – van Duyn, Slg 1974, 1337.

<sup>376</sup> EuGH NJW 1982, 499 – Becker; EuGH EuZW 1999, 476 – Kortas; vgl *Geiger* Art 249 EG Rn 15; *Streinz/Schroeder* Art 249 EG Rn 106 ff.

<sup>377</sup> EuGH NJW 92, 165 – Francovich; EuGH NJW 96, 3141 – Pauschalreise-Richtlinie.

<sup>378</sup> EuGH NJW 2006, 2465 – Adeneler; BGH GRUR 1998, 824, 827 – Testpreis Angebot; *Streinz/Schroeder* Art 349 EG Rn 126; vgl *Auer* NJW 2007, 1106 ff.

<sup>379</sup> EuGH EuZW 1997, 34, 346 – Ebony.

<sup>380</sup> Näher dazu oben Rn 130 ff.

derlassungsland) und dass kein Mitgliedstaat den freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen aus einem anderen Mitgliedstaat behindern darf (Verkehrsfreiheit).<sup>381</sup> Das Herkunftslandprinzip knüpft an diese Regel an und schränkt für den Bereich des grenzüberschreitenden Warenverkehrs die Kontrolle im Niederlassungsland ein: Die Zulässigkeit einer Handlung in den Mitgliedstaaten darf nach dem Herkunftslandprinzip nicht strenger beurteilt werden als nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem der Handelnde seinen Sitz hat. Der Handelnde soll sich also an seinem Heimatrecht orientieren können und bei grenzüberschreitenden Aktivitäten nicht zusätzlich auch das Recht aller Mitgliedstaaten berücksichtigen müssen, in denen sich seine Handlung auswirkt. Durch das Prinzip soll eine Doppelkontrolle im Heimatstaat wie im Empfangsstaates vermieden werden.<sup>382</sup> Umstritten ist, ob das Herkunftslandprinzip lediglich eine (strengere) Doppelkontrolle vermeiden will, oder auch die Anwendbarkeit des Rechts des Herkunftslandes anordnet.<sup>383</sup> Das Herkunftslandprinzip ist **kein allgemeiner Grundsatz** des Gemeinschaftsrechts, sondern gilt nur in dem Bereich, in dem es durch eine gemeinschaftsrechtliche Norm angeordnet wird. Angesichts der fortschreitenden, grenzüberschreitenden Wirkungen medialer Waren und Dienstleistungen ist das Herkunftslandprinzip im **Bereich des Medienrechts** bereits mehrmals kodifiziert worden.<sup>384</sup> Die wichtigsten Vorschriften dazu finden sich in Art 2, 2a der Fernsehrichtlinie 89/552/EWG, in Art 3 der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG und in Art 4 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (2005/29/EG).<sup>385</sup> Das Herkunftslandprinzip spielt – sofern bereichsspezifisch verbürgt – insbesondere in den Bereichen eine Rolle, in denen eine vollständige Harmonisierung noch nicht erfolgt ist.<sup>386</sup> Außerhalb des Geltungsbereichs eines bereichsspezifischen Herkunftslandprinzips sind Regelungen im Bereich des Art 28 EGV bei fehlender Harmonisierung durch Sekundärrecht am Maßstab der Rechtfertigungsgründe des Art 30 EGV und der zwingenden Erfordernisse der *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung zu messen.<sup>387</sup>

**b) Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung.** Sowohl durch die Rechtsprechung des EuGH als auch durch Bestimmungen des Sekundärrechts hat sich der Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung entwickelt, wonach das urheberrechtliche Verbreitungsrecht in der gesamten Gemeinschaft verbraucht wird, wenn der Berechtigte wenigstens in einem Mitgliedstaat der Veräußerung eines Vervielfältigungsstückes zugestimmt hat. Eine territoriale Aufspaltung des Gebiets der Gemeinschaft in Bezug auf das Verbreitungsrecht ist also unwirksam, nicht jedoch im Verhältnis zu Drittstaaten.<sup>388</sup> Dieses urheberrechtliche Prinzip soll einen Interessenausgleich schaffen zwischen den Interessen des Urhebers sowie der Eigentümer von rechtmäßig erworbenen Vervielfältigungs-

208

<sup>381</sup> Vgl Piper/Ohly/Ohly Einf C Rn 65.

<sup>382</sup> Zu den Problemen des anwendbaren Rechts vgl Henning-Bodewig GRUR 2004, 822 ff.

<sup>383</sup> Meinungsstand zur **Fernsehrichtlinie** vgl Sack WRP 2002, 271 ff; Harte/Henning/Glückner Einf C Rn 10; Halfmeier ZeuP 2001, 837 ff; der EuGH geht nicht von der Anwendbarkeit des Rechts des Herkunftslandes aus, vgl EuGH GRUR Int 1997, 913 ff – *de Agostini*; Meinungsstand zur **E-Commerce-Richtlinie** vgl Mankowski GRUR Int 1999, 909 ff; Fezer/Hausmann/Oberfell Einf I, Rn 123 ff; Ohly GRUR Int 2001, 899 ff; Sack WRP 2002, 271 ff;

Meinungsstand **Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken** vgl Glückner WRP 2005, 795 ff; Glückner/Henning-Bodewig WRP 2005, 1311 ff.

<sup>384</sup> Weiterführend Baetzgen; vgl auch Deinert EWS 2006, 445 ff und Ohly WRP 2006, 1401 ff.

<sup>385</sup> Vgl Piper/Ohly/Ohly Einf C, Rn 66, 70 ff; Brömmelmeyer GRUR 2007, 295 ff.

<sup>386</sup> Brömmelmeyer GRUR 2007, 295, 300.

<sup>387</sup> Vgl oben Rn 25 ff.

<sup>388</sup> Walter/Walter Stand der Harmonisierung Rn 59, 64 f; Gaster GRUR Int 2000, 571.

stücken eines Werkes. Die Erschöpfung bezieht sich jedoch nicht auf das Werk oder den Schutzgegenstand an sich, sondern nur auf das jeweils veräußerte Vervielfältigungsstück. Der Verbrauch des Verbreitungsrechts durch Erschöpfung hat zur Folge, dass rechtmäßig erworbene Vervielfältigungsstücke weitergegeben, insbesondere verkauft, getauscht oder verschenkt werden dürfen.<sup>389</sup> Im medienrechtlichen Sekundärrecht ist der europäische Erschöpfungsgrundsatz in Art 4 der Computerprogramm-Richtlinie RL 91/250 EWG, in Art 5c) und/Abs 2 der Datenbankrichtlinie RL 96/9/EG, in Art 9 Abs 2 der Vermiet- und Verleih-Richtlinie RL 92/100/EWG sowie in Art 4 Abs 2 der Informationsgesellschafts-Richtlinie RL 2001/29/EG vorgesehen. Der Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung wurde für den europäischen Gesetzgeber mit den ersten urheberrechtlichen Richtlinien relevant, der EuGH hatte den Grundsatz jedoch bereits zuvor im Hinblick auf Art 28 EGV und Art 30 EGV entwickelt.<sup>390</sup> Mit der Regelung der Informationsgesellschafts-Richtlinie, die sich auf sämtliche Werkkategorien erstrecken soll, ist die horizontale Wirkung des Prinzips der gemeinschaftsweiten Erschöpfung zusätzlich klargestellt.<sup>391</sup>

## II. Sekundärrecht

### 1. Geistiges Eigentum

- 209** a) **Urheberrecht und Recht der Verwertungsgesellschaften.** Die Harmonisierung des Urheberrechts ist bislang weitgehend durch Richtlinien erfolgt. Dabei ist die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft zur Rechtsetzung in Bezug auf das geistige Eigentum beschränkt. Mangels spezieller Regelungsgrundlage nach EGV wurden die einzelnen von der Gemeinschaft auf diesem Gebiet erlassenen Richtlinien mit einem Harmonisierungsbedürfnis begründet, um den **Binnenmarkt** zu ermöglichen bzw jegliche Störungen des Binnenmarktes zu vermeiden (Art 95 EGV).<sup>392</sup> Dadurch ist der Grad der Harmonisierung durch die Richtlinien stets ausgerichtet an den Auswirkungen der verschiedenen Rechte und Ausnahmen auf den Binnenmarkt. Gem den Prinzipien der Subsidiarität und Proportionalität, wie in Art 5 Abs 2, 3 EGV niedergelegt, ist den Mitgliedstaaten dabei soviel Freiraum wie möglich zu lassen und dabei soviel Harmonisierung wie nötig vorzuschreiben.<sup>393</sup>
- 210** Vor dem Hintergrund des technologischen Fortschritts und der damit anwachsenden Möglichkeit der globalen Vermarktung von Medienprodukten und -dienstleistungen hat die Europäische Gemeinschaft unter Berufung auf die Erfordernisse des Binnenmarktes eine Reihe von Richtlinien geschaffen, die zwar bereichsspezifische Regelungen treffen, jedoch nicht umhin kommen, auch allgemeine, urheberrechtliche Fragestellungen zumindest in ihrem Regelungsbereich zu beantworten.<sup>394</sup> Die Aktivitäten der Gemeinschaft gehen auf das von der Kommission bereits 1988 vorgelegte „**Grünbuch über Urheber-**

<sup>389</sup> Walter/Walter Stand der Harmonisierung Rn 35 ff.

<sup>390</sup> EuGH GRUR Int 1971, 450 – Polydor; EuGH GRUR Int 1981, 229 – Gebührendifferenz II; zur Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe vgl EuGH GRUR Int 1980, 602 – Coditel I; zur Ausnahme beim Vermiet- und Verleihrecht vgl EuGH GRUR Int 1989, 668 – Warner Brothers/Christiansen.

<sup>391</sup> Vgl Rn 242 ff.

<sup>392</sup> Ausf zur Rechtsgrundlage der einzelnen Richtlinien Würfel 144 ff; vgl auch Roßnagel/Scheuer MMR 2005, 274.

<sup>393</sup> Reinbothe GRUR Int 2001, 734.

<sup>394</sup> Zu einigen, materiellen, Urheberrechtsfragen, die sich aus den horizontalen Wirkungen der ergangenen Richtlinien ableiten, Würfel 165 ff.

recht und technologische Anforderungen“<sup>395</sup> zurück. Im Nachgang und ergänzend zum Grünbuch hat die Kommission am 17.1.1991 ein „Arbeitsprogramm auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte“ vorgelegt<sup>396</sup>, in welchem sich die Kommission nicht nur auf das Ziel der Vereinheitlichung des bestehenden Urheberrechtsschutzes beruft, sondern sich auch für eine **Anhebung des Schutzniveaus** des Urheberrechts ausspricht, um die Gegenwart und Zukunft der schöpferischen Tätigkeit der Urheber, Unternehmen des Kultursektors, der Verbraucher und letztlich der ganzen Gesellschaft zu sichern“.<sup>397</sup> Zu den sich mit der fortschreitenden Digitalisierung der Gesellschaft aufgeworfenen Fragen legte die Kommission schließlich 1995 das **Grünbuch „Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“**<sup>398</sup> vor, und gab einen Ausblick auf die weiteren, technologiebedingten Harmonisierungsbemühungen auf dem Gebiet des Urheberrechts.

Die im Folgenden skizzierten, bisher ergangenen Europäischen Richtlinien bilden somit ein urheberrechtliches *acquis communautaire*,<sup>399</sup> welches seit 2004 Gegenstand einer umfassenden Überprüfung durch die Europäische Kommission ist, mit dem Ziel, eine weitergehende Kohärenz zwischen den einzelnen Rechtsinstrumenten zu schaffen und das gesamte Regelwerk zu vereinfachen.<sup>400</sup> 2006 hat die Kommission ein erstes Arbeitsprogramm für eine Reform der Urheberrechtsvergütungen vorgelegt.<sup>401</sup> **211**

**aa) Computerprogramm-Richtlinie (RL 91/250 EWG).** Mit den rasanten technischen Entwicklungen in der Computertechnologie und den sich damit bereits abzeichnenden nahezu unbegrenzten Einsatzmöglichkeiten dieser Technologie stellte sich bereits 1991 das Erfordernis, einheitliche Rahmenbedingungen für den Schutz von den Computerprogrammen zu schaffen. Mit der Computerprogramm-Richtlinie (CPRL)<sup>402</sup> verfolgte die Europäische Kommission die Einführung einer einheitlichen Schutzwelle für Computerprogramme<sup>403</sup> und führte einen Rechtsschutz auch in den Mitgliedstaaten ein, in welchen ein solcher Schutz noch nicht eindeutig gegeben war. Als erste Richtlinie mit urheberrechtlicher Relevanz behandelt die Computerprogramm-Richtlinie erstmals auch klassische Fragen des Urheberrechts auf Gemeinschaftsebene, wie die Frage nach dem Urheberbegriff und der Definition von Werken im urheberrechtlichen Sinn. Die Richtlinie wurde in Deutschland durch das 2. UrhGÄndG vom 9.6.1993<sup>404</sup> umgesetzt. **212**

<sup>395</sup> KOM (1988), 172 endg.

<sup>396</sup> KOM (1990), 584 endg.

<sup>397</sup> KOM (1990), 584 endg.

<sup>398</sup> KOM (1995), 382 endg.

<sup>399</sup> Krit dazu Riesenhuber/*Reinbothe* 84, der im bestehenden *acquis communautaire* keine strukturelle Vorgehensweise der Gemeinschaft sieht – wie im Grünbuch von 1988 initiiert –, sondern lediglich das Ergebnis von Einzelmaßnahmen im Hinblick auf den Binnenmarkt.; vgl weiterführend auch *Reinbothe* FS Schrickler 2005, 483 ff und *Reinbothe* EWS 2007, 193; anders *Kreile/Becker* GRUR Int 1994, 904, die gerade in der bereichsspezifischen Vorgehensweise der Kommission und der Zusammenführung einer Vielzahl von Einzellösungen zu einem Gesamtkonzept das Geheimnis der europäischen Integration sehen; vgl auch *Loewen-*

*heim* GRUR Int 1997, 285; weiterführend *Gundel* ZUM 2007, 603.

<sup>400</sup> Das Arbeitspapier der Kommission kann abgerufen werden unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/review/review\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/review/review_de.htm); dazu *Roßnagel/Scheuer* MMR 2005, 274; im Einzelnen zu den vergleichbaren Richtlinienvorschriften, die unterschiedlich behandelt werden, *Würfel* 155 ff.

<sup>401</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/levy\\_reform/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/index_de.htm): Proposal: Fair compensation for private copying: copyright levies reform.

<sup>402</sup> Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computer-Programmen, ABIEG 1991 L 122 42.

<sup>403</sup> Riesenhuber/*Reinbothe* 85.

<sup>404</sup> BGBl 1993 I S 910, in Kraft getreten am 24.6.1993.

- 213** Die Richtlinie bestimmt, dass Computerprogramme „**urheberrechtlich als literarische Werke**“ im Sinne der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) geschützt sind (Art 1 Abs 1 S 1 der CPRL). Die urheberrechtliche Schutzwelle ist bereits erfüllt, wenn es sich um eine „**eigene geistigen Schöpfung**“ handelt (Art 1 Abs 3 CPRL).<sup>405</sup> Weitere Anforderungen, wie etwa qualitative („Schöpfungshöhe“) oder ästhetische Merkmale eines Computerprogramms dürfen nach der Richtlinie nicht aufgestellt werden, um ein Computerprogramm als schutzfähig anzusehen.<sup>406</sup> Geschützt werden damit Programme aller Ausdrucksformen, einschließlich des Entwurfsmaterials (Art 1 Abs 1 S 2, Abs 2 S 1 CPRL). Nicht geschützt sind jedoch die einem Computerprogramm zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze (Art 1 Abs 2 S 2 CPRL).<sup>407</sup>
- 214** Ergänzend und auch ausgleichend im Interessenkonflikt zwischen Rechtsinhaber und Nutzer<sup>408</sup> definiert die Richtlinie den Schutzzumfang von Computerprogrammen neu, indem sie **spezifische Schranken** für den Schutz von Computerprogrammen vorsieht. So werden bspw bestimmte Bearbeitungen und Vervielfältigungen durch die Nutzer als Handlungen eingestuft, die **keiner Zustimmung des Rechtsinhabers** bedürfen, sofern sie für eine **bestimmungsgemäße Benutzung**<sup>409</sup> des Computerprogramms durch den rechtmäßigen Erwerber beziehungsweise die Einrichtung der Interoperabilität des Computerprogramms notwendig sind (Art 5 und 6 CPRL – Dekompilierung). Gleichzeitig gibt sie die Notwendigkeit der Schaffung besonderer, geeigneter Schutzmaßnahmen vor, um dem unerlaubten Kopieren und Verbreiten von Computerprogrammen wirksam zu begegnen (Art 7 CPRL).
- 215** Neben der abgesenkten Schutzwelle für Computerprogramme trägt die Richtlinie ferner auch den wirtschaftlichen Bedingungen der Entstehung bzw Schöpfung von Computerprogrammen Rechnung. Diese stellen in der Regel das Ergebnis von komplexen Entwicklungsschritten dar, welche insbesondere regelmäßig von mehreren, auf die einzelnen Entwicklungsschritte spezialisierten Experten geschaffen werden. Die Richtlinie trifft entsprechende Festlegungen zu einer möglichen **Rechteinhaberschaft** und erkennt ausdrücklich auch Personengruppen als „Urheber“ an (Art 2 Abs 1 Hs 1 CPRL),<sup>410</sup> wobei diesen die Rechte daran dann gemeinsam zustehen (Art 2 Abs 2 CPRL). Ebenso können nach der Richtlinie auch juristische Personen als Urheber angesehen werden, wenn diese nach dem mitgliedstaatlichen Recht als Rechtsinhaber gelten.
- 216** Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die Regelung der Rechteinhaberschaft an Computerprogrammen, die **im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses** geschaffen werden: Wurde ein Computerprogramm von einem Arbeitnehmer in Wahrung seiner Aufgaben oder nach Anweisungen des Arbeitgebers geschaffen, so ist ausschließlich der Arbeitgeber zur Ausübung aller wirtschaftlichen Rechte an dem geschaffenen Programm berechtigt, es sei denn es liegt eine abweichende Vereinbarung vor (Art 2 Abs 3 CPRL). Ob mit

<sup>405</sup> Walter/Walter Software RL Art 1 Rn 13 ff.

<sup>406</sup> Diese Absenkung der Schutzwelle überwand die bis dahin ständige Rechtsprechung in Deutschland, wonach Computerprogramme grds zwar als urheberrechtlich schutzfähig angesehen, jedoch die Schutzanforderungen sehr hoch angesetzt wurden. Der BGH verlangte in einem zweistufigen Prüfungsverfahren einerseits einen Abgleich des Computerprogramms mit vorbekannten

Programmen, um sodann für die Schutzfähigkeit zu fordern, dass „schöpferische Eigenheiten gegenüber dem Vorbekanntem“ vorliegen. BGH GRUR 1985, 1041, 1047 – Inkasso-Programm.

<sup>407</sup> Walter/Walter Software RL Art 1 Rn 26 ff.

<sup>408</sup> Riesenhuber/Reinbothe 85.

<sup>409</sup> Walter/Blocher Software RL Art 5 Rn 6, 23 ff.

<sup>410</sup> Walter/Walter Software RL Art 2 Rn 7 ff.

dieser Regelung eine Definition des Urhebers erfolgen sollte oder ob lediglich eine Übertragungsvermutung der wirtschaftlichen Rechte vorliegt, ist nach der Richtlinie nicht ganz klar. Entscheidend für die Auslegung können hier die gesetzlichen Vergütungsansprüche der Urheber von Computerprogrammen sein, wenngleich es zweifelhaft erscheint, ob dem Arbeitnehmer-Urheber tatsächlich auch die Vergütungsansprüche „genommen“ oder lediglich dem Arbeitgeber die ungehinderte Verwertung des Computerprogramms ermöglicht werden sollte.<sup>411</sup>

**bb) Vermiet- und Verleih-Richtlinie (RL 92/100/EWG) in der Fassung der RL 115/2006/EG.** Auch die Vermiet- und Verleihrichtlinie (VVRL)<sup>412</sup> entstand 1992 vor dem Hintergrund der erweiterten Kapitalisierungsmöglichkeiten von bespielten Bild- und/oder Tonträgern über global wirkende neue Technologien. Die Möglichkeiten dieser Technologien verlangten nach einheitlichen Regelungen zum Vermiet- und Verleihrecht, um Handelsschranken und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Gleichzeitig wurde eine länderübergreifend wirksame Bekämpfung der Produktpiraterie erforderlich, welche mit den neuen technologischen Möglichkeiten neuen Aufschwung gewann. Die VVRL wurde in Deutschland mit dem 3. UrhGÄndG vom 23.6.1995<sup>413</sup> umgesetzt.

Die VVRL widmet sich erneut den klassischen Regelungsgegenständen des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte. Aus den Erwägungsgründen zur Richtlinie wird erstmals besonders deutlich, dass sich die Intention der Europäischen Rechtssetzung von einem rein industriellpolitischen Ansatz entfernt<sup>414</sup> und dem angemessenen Schutz von urheberrechtlichen Werken eine grundlegende wirtschaftliche und kulturelle Bedeutung für die Europäische Gemeinschaft zuschreibt.<sup>415</sup>

Ohne den Werkbegriff explizit definieren zu wollen, deklariert die Richtlinie das **Vermiet- und Verleihrecht als ausschließliches Recht, welches sowohl Urhebern als auch ausübenden Künstlern, Tonträgerherstellern, und Filmherstellern zusteht** (Art 3 Abs 1 VVRL). Damit geht die Richtlinie generell von der Schutzfähigkeit von Tonaufnahmen und Filmwerken aus, ohne Dispositionsmöglichkeit für die Mitgliedstaaten.<sup>416</sup> Durch einen Verweis auf Computerprogramme (Art 4 VVRL) wird ferner die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Software bestätigt. Mit der vollwertigen Einbeziehung der ausübenden Künstler sowie der Tonträger- bzw Filmhersteller in den Kreis der ausschließlichen Rechteinhaber hebt die Richtlinie den bis dahin geltenden Schutzstandard merklich an.<sup>417</sup>

Das **Vermietrecht ist als Verbotsrecht** und nicht als Vergütungsanspruch konzipiert worden.<sup>418</sup> Da davon auszugehen war, dass sich die Produzenten von Filmwerken und Tonträgern das Vermietrecht regelmäßig einräumen lassen würden, führte die Richtlinie ein weiteres Instrument ein als Ausgleich zwischen den Interessen der Produzenten einerseits und den Beteiligungsinteressen der Urheber und der ausübenden Künstler anderer-

<sup>411</sup> Krit Riesenhuber/von Lewinski 220.

<sup>412</sup> Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19.11.1992 zum Vermiet und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABIEG 1992, L 346 S 61, zuletzt geändert durch die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zum Vermiet- und Verleihrecht, GRUR Int 2007, 219 ff; [*Anm d Verf: Angesichts der kürzlichen Änderungen, die zu einer neuen Nummerierung der Artikel*

*der Richtlinie führten, kann die zitierte Literatur noch Verweise auf die alten Artikel der Richtlinie enthalten.*]

<sup>413</sup> BGBl 1995 I S 842, in Kraft getreten am 30.6.1995.

<sup>414</sup> Würfel 142.

<sup>415</sup> Erwägungsgründe 1 bis 7 zur Richtlinie.

<sup>416</sup> Riesenhuber/Riesenhuber 133, 146.

<sup>417</sup> Eingehend Walter/von Lewinski VVRL Art 2 Rn 1 ff.

<sup>418</sup> Vgl Loewenheim GRUR 1997, 286.

seits: den **unverzichtbaren Anspruch** der Urheber und ausübenden Künstler auf **angemessene Vergütung für die Vermietung** (Art 5 Abs 1 und Abs 2 VVRL). Dieser Vergütungsanspruch kann (muss jedoch nicht) laut Richtlinie auf Verwertungsgesellschaften, die Urheber oder ausübende Künstler vertreten, übertragen und von diesen geltend gemacht werden (Art 5 Abs 3 VVRL).<sup>419</sup> Mit der Unverzichtbarkeit auf das Recht auf angemessene Vergütung führte die Richtlinie erstmals eine Regelung zur Beschränkung der Vertragsfreiheit im Urhebervertragsrecht ein.<sup>420</sup> Die Rechteinhaber können zwar das Vermietrecht auf den Produzenten übertragen, behalten jedoch ihren Vergütungsanspruch. Ziel dieser Bestimmung war, neben dem oben genannten Interessenausgleich auch das regelmäßig vorhandene Ungleichgewicht in den typischen Vertragsverhältnissen zwischen Urhebern/ausübenden Künstlern und Produzenten auszugleichen.<sup>421</sup> Jedoch erreicht die Richtlinie den Interessenausgleich und die Aufhebung des Ungleichgewichts nicht ganz. Ohne konkrete Bestimmungen zur Umsetzung dieser Garantie einer angemessenen Vergütung für die Vermietung wird das beschriebene Ungleichgewicht lediglich abgebildet. Ein tatsächlicher Ausgleich erfordert auch zwingende Vergütungssätze, zumindest jedoch eine zwingende kollektive Wahrnehmung der Vergütungsansprüche bspw durch eine Verwertungsgesellschaft, welche dann einheitliche (und nicht verhandelbare) Verwertungstarife festlegen kann. Ohne kollektive Bündelung der Interessen aller Urheber/ausübenden Künstler bleibt die Bestimmung der angemessenen Vergütung weiterhin im ungleichen Verhältnis zwischen Urheber/ausübender Künstler und Produzent angesiedelt.<sup>422</sup>

**221** Für den Filmbereich beinhaltet die Richtlinie eine weitere wichtige Regelung: Für **ausübende Künstler** ist eine **zwingende Übertragungsvermutung für das Vermietrecht** bei Abschluss eines Vertrages mit einem Filmhersteller über eine Filmproduktion statuiert (Art 3 Abs 4 VVRL). Den Mitgliedstaaten steht offen, ob die Übertragungsvermutung mangels entgegenstehender Vertragsbestimmungen eintritt (Art 3 Abs 4 VVRL) oder ob die Ermächtigung zur Vermietung bereits mit Unterzeichnung eines Vertrages über die Mitwirkung an einer Filmproduktion konkludent erteilt wird (Art 3 Abs 6 VVRL). Die Übertragungsvermutung setzt lediglich voraus, dass der Vertrag für den ausübenden Künstler eine angemessene Vergütung iSd Art 5 VVRL vorsieht.<sup>423</sup> Während diese Übertragungsvermutung für die ausübenden Künstler zwingend vorgeschrieben ist, stellt es die Richtlinie (Art 3 Abs 5 VVRL) den Mitgliedstaaten frei, eine ähnliche Regelung auch für **Urheber** vorzusehen – freilich nur in demselben Umfang (nur für Filmwerke und Vermietrecht) und unter den gleichen Voraussetzungen (angemessene Vergütung).

**222** Bei der **Ausgestaltung des Verleihrechts** gibt die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen größeren Spielraum. Sie erlaubt den Mitgliedstaaten, **Ausnahmeregelungen zum ausschließlichen Verleihrecht** zu treffen, insbesondere in Bezug auf Tonträger, Filme und Computerprogramme. Das Verleihrecht muss entsprechend nicht als ausschließliches Verbotrecht konzipiert werden, sondern kann subsidiär auch durch die Statuierung eines gesonderten Vergütungsanspruches zumindest für Urheber ausgestaltet werden (Art 6 Abs 1 und 2 VVRL).<sup>424</sup> Damit versucht die Richtlinie wiederum einen Interessenausgleich zwischen Verwertern und Urhebern zu schaffen, findet jedoch nur einen unbefriedigenden Kom-

<sup>419</sup> Weiterführend zur Entstehung und zum Ziel des Interessenausgleiches der VVRL s *Reinbothe/von Lewinski* EC Directive, 4 f.

<sup>420</sup> *Riesenhuber/von Lewinski* 223.

<sup>421</sup> *Walter/von Lewinski* VVRL Art 4 Rn 15.

<sup>422</sup> Krit auch *Riesenhuber/von Lewinski* 224, 230.

<sup>423</sup> Weiterführend zur Entstehung dieser Regelung *Riesenhuber/von Lewinski* 221 ff.

<sup>424</sup> Zur „Bibliothekstantieme“ vgl *Walter/von Lewinski* VVRL Art 5 Rn 8, 9.

promiss, solange ausübende Künstler unberücksichtigt bleiben können und auch keine zwingenden Vorschriften zur Festsetzung der gesonderten Vergütung vorgesehen sind.<sup>425</sup> Für das Verleihrecht ist der unverzichtbare Vergütungsanspruch aus Art 5 Abs 2 VVRL zudem nicht anwendbar.<sup>426</sup>

Ebenfalls von Bedeutung ist Art 1 Abs 2 VVRL, wonach klargestellt wird, dass sich das Vermiet- und das Verleihrecht an Originalen und Vervielfältigungsstücken von Urheberrechtlich geschützten Werken nicht durch Veräußerung und darauf bezogene Verbreitungshandlungen erschöpft.<sup>427</sup> Nach Art 9 Abs 2 VVRL erschöpft sich lediglich das **Verbreitungsrecht der Leistungsschutzberechtigten**, jedoch „nur mit dem Erstverkauf des Gegenstandes in der Gemeinschaft durch den Rechteinhaber oder mit seiner Zustimmung“. Mit diesem Prinzip der **gemeinschaftsweiten Erschöpfung** wurde zugleich auch eine **internationale Erschöpfung** abgelehnt, so dass Veräußerungsgeschäfte außerhalb der EU und des EWR nicht zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts der Leistungsschutzberechtigten führen. Die Rechteinhaber sollten somit berechtigt werden, Parallelimporte aus Drittländern zu unterbinden.<sup>428</sup>

Schließlich regelt die Richtlinie bestimmte **verwandte Schutzrechte** im Bereich des geistigen Eigentums und harmonisiert die Verwertungsrechte in körperlicher Form für ausübende Künstler, Tonträger- und Filmhersteller sowie Sendeunternehmen einschließlich Kabelsendeunternehmen (sog. „**Europäische Leistungsschutzrechte**“, Art 7–9 VVRL).<sup>429</sup> Die Richtlinie hat die im ROM-Abkommen<sup>430</sup> berücksichtigten Rechteinhaber sowie das Leistungsschutzrecht der Filmhersteller harmonisiert, geht jedoch in vielen Punkten über den Schutzstandard des ROM-Abkommens hinaus. Nach den letzten Änderungen durch die InfoRL enthält die Richtlinie folgende Bestimmungen: Für ausübende Künstler und Sendeunternehmen ist ein **ausschließliches Aufzeichnungsrecht** vorgesehen. Das **ausschließliche Verbreitungsrecht** wird ausübenden Künstlern in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Darbietungen, Tonträgerherstellern, Filmherstellern und Sendeunternehmen eingeräumt. Ein **Vergütungsrecht** für die Zweitnutzung von Tonträgern zum Zwecke der **Sendung und öffentlichen Wiedergabe** steht sowohl Künstlern als auch Tonträgerherstellern zu. Ausübenden Künstlern und Sendeunternehmen steht das ausschließliche Recht zu, die **Weitersendung sowie öffentliche Wiedergabe** ihrer Darbietungen beziehungsweise Sendungen zu erlauben oder zu verbieten.

cc) **Satelliten- und Kabel-Richtlinie (RL 93/83/EWG)**. Die Satelliten- und Kabelrichtlinie von 1993<sup>431</sup> entstand im Zuge der Abspaltung des urheberrechtlichen Teils der Richtlinie 89/552/EWG zum Fernsehen ohne Grenzen.<sup>432</sup> Die Richtlinie sollte der Rechtsvereinheitlichung in dem wirtschaftlich und kulturpolitisch wichtigen Bereich des grenz-

<sup>425</sup> Riesenhuber/*Reinbothe* 87.

<sup>426</sup> Vgl. *Reinbothe/von Lewinski* EC Directive, 68 ff.

<sup>427</sup> Vgl. dazu EuGH GRUR Int 1998, 878 ff – Videogrammdistributor/Laserdisken.

<sup>428</sup> Von Hartlieb/Schwarz/*Mielke/Schwarz* 576 Rn 3.

<sup>429</sup> Eingehend Walter/*von Lewinski* VVRL Art 6–10.

<sup>430</sup> Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (ROM-Abkommen) vom 26.10.1961; zur

Entstehung des Abkommens *Ulmer* GRUR Int 1961, 569 ff.

<sup>431</sup> Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27.9.1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABIEG 1993 L 248, 15.

<sup>432</sup> Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehätigkeit, ABIEG 1989 L 298, 23.

überschreitenden Rundfunks über Satellit und Kabel dienen und einen einheitlichen audiovisuellen Raum schaffen. Die Richtlinie wurde in Deutschland mit dem 4. UrhGÄndG vom 8.5.1998<sup>433</sup> umgesetzt.

**226** Auch diese Richtlinie definiert **keinen eigenen Werkbegriff**, sondern setzt einen solchen in Mitgliedstaaten voraus. Wie schon in der VVRL wird die Schutzfähigkeit von Filmwerken und audiovisuellen Werken vorausgesetzt (Art 1 Abs 5 SKRL). Bei der Definition der **Rechteinhaber** für das Satelliten-Senderecht berücksichtigt die Richtlinie bereits getroffene, gemeinschaftsrechtliche Regelungen: So steht das Satelliten-Senderecht nach der Richtlinie nur den Urhebern zu (Art 2 SKRL). Für die ausübenden Künstler, Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen bestimmt sich das Satelliten-Senderecht bereits nach den Vorschriften der Vermiet- und Verleihrichtlinie (Art 4 und 2 SKRL iVm Art 8 Abs 1, 2 und 3 VVRL).<sup>434</sup> Das **KabelweiterverbreitungsR** wird für **Urheber und Leistungsschutzberechtigte** bzgl Rundfunksendungen als ausschließliches Recht gewährt.<sup>435</sup> Die Regelungen über die Kabelweiterverbreitung beziehen sich nur auf grenzüberschreitende Weiterverbreitung, so dass die Regelung der Kabelweiterverbreitung innerhalb eines Landes den Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt. Ferner sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, **Urhebern ein ausschließliches Recht** zur öffentlichen Wiedergabe ihrer **Werke über Satellit** zu gewähren (Art 2 SKRL).<sup>436</sup> Für **Leistungsschutzberechtigte** verweist die Richtlinie hinsichtlich des Satelliten-Senderechts auf den ausschließlichen Rechtsschutz aus der Vermiet- und Verleihrichtlinie (Art 4 SKRL).

**227** Eine zentrale Regelung ist die **zwingende kollektive Rechtswahrnehmung des Kabelweiterverbreitungsrechts** (Art 9 Abs 1 SKRL) hinsichtlich der Rechte der Urheber und ausübenden Künstler aus der Kabelweiterleitung ihrer Werke.<sup>437</sup> Im Vordergrund dieser Bestimmung stand jedoch nicht das Ziel, die Urheber und ausübenden Künstler als schwächere Vertragspartei gegenüber den Verwertern zu stärken. Regelungsziel der Richtlinie war einerseits festzuschreiben, dass der Erwerb der Kabelweitersendungsrechte auf vertraglicher Grundlage beruht. Zum anderen erforderte die Anerkennung des ausschließlichen Kabelweitersendungsrechts für Urheber und Leistungsschutzberechtigte durch den EuGH,<sup>438</sup> wonach diese Rechte eine nach dem EG gerechtfertigte Handelsschranke darstellen, die Einführung einer Zwangslizenz, um den freien Dienstleistungsverkehr zu gewährleisten.<sup>439</sup> Die Pflicht zur kollektiven Rechtswahrnehmung beruht auf der Überlegung, dass die Kabelweitersendungsunternehmen die Weiterleitungsrechte von einer Vielzahl einzelner Rechteinhaber benötigen, die sich schon allein deshalb nicht feststellen lassen, weil die Kabelsendeunternehmen über den Inhalt der von ihnen weitergeleiteten Programme keine oder nur kurzfristige Informationen erhalten.<sup>440</sup> Ergänzend enthält die Richtlinie eine **Außenseiterregelung**.<sup>441</sup> Diese Regelung beinhaltet eine Fiktion, wonach eine Verwertungsgesellschaft, die Rechte der gleichen Art wahrnimmt, auch dann als wahrnehmungsberechtigt gilt, wenn ein Rechteinhaber seine Rechte aus Kabelweiterleitung dieser Verwertungsgesellschaft nicht übertragen hat (Art 9 Abs 2 SKRL). Die Fik-

<sup>433</sup> BGBl 1998 I S 902. In Kraft getreten am 1.6.1998.

<sup>434</sup> Eingehend zum Senderecht *Walter/Dreier/Walter* SKRL Art 2, 3.

<sup>435</sup> *Walter/Dreier/Walter* SKRL Art 8 Rn 3.

<sup>436</sup> Zur Abgrenzung zum urheberrechtsfreien Empfang vgl EuGH GRUR Int 2000, 548 ff – SatKabel-RL/Hotelzimmer.

<sup>437</sup> Weiterführend hierzu *Dreier* ZUM 1995, 458 ff.

<sup>438</sup> EuGH GRUR Int 1980, 602 ff – Coditel I; GRUR Int 1983, 175 ff – Coditel II.

<sup>439</sup> *Riesenhuber/von Lewinski* 226, 227.

<sup>440</sup> Vgl *Loewenheim* GRUR Int 1997, 286.

<sup>441</sup> *Walter/Dreier/Walter* SKRL Art 9 Rn 7.

tion gilt in diesem Fall auch zugunsten des Rechteinhaber, der insbesondere hinsichtlich seiner Vergütungsansprüche die gleichen Rechte gegen die Verwertungsgesellschaft geltend machen kann, wie die per Wahrnehmungsvertrag gebundenen Rechteinhaber (Art 9 Abs 2 S 3 SKRL). Damit bleibt das Kabelweiterverbreitungsrecht für Urheber und ausübende Künstler nur noch auf dem Papier als ausschließliches Recht bestehen. Denn im Ergebnis bedarf es für eine Kabelweiterverbreitung aufgrund der Verwertungsgesellschaftspflicht sowie der Außenseiterregelung weder der Einholung der Erlaubnis vom Rechteinhaber, noch einer Mitgliedschaft des Rechteinhabers in der Verwertungsgesellschaft.<sup>442</sup> Für **Sendeunternehmen**, die Rechte in Bezug auf ihre eigenen Sendungen geltend machen, begründet die Richtlinie ausdrückliche **keine Verwertungsgesellschaftspflicht**, da hier eine Behinderung des Dienstleistungsverkehrs nicht droht (Art 10 SKRL).<sup>443</sup>

Für die **Satellitenweitersenderechte** begründet die Richtlinie keine Zwangslizenz – jedoch eine andersartige, bedeutsame **Fiktion des Nutzungslandes** (Art 1 Abs 2d) SKRL). Als zentrale Regelung der Richtlinie wird die **Sendelandtheorie** verankert, die besagt, dass eine öffentliche Wiedergabe über Satellit nur in dem Mitgliedstaat stattfindet, in dem die „programmtragenden Signale unter der Kontrolle des Sendeeunternehmens und auf dessen Verantwortung in eine ununterbrochene Kommunikationskette eingegeben werden, die zum Satelliten und zurück zur Erde führt“. Damit kommt es – in Abkehr von der sog „**Bogsch-Theorie**“<sup>444</sup> – für die Nutzung bzw die Nutzungserlaubnis nicht mehr auf den Empfang einer Satellitensendung in den verschiedenen Mitgliedstaaten an. Findet eine öffentliche Wiedergabe über Satellit in einem Drittstaat statt, so gilt diese Wiedergabe als in einem Mitgliedstaat erfolgt, wenn die programmtragenden Signale von einer in einem Mitgliedstaat gelegenen Erdfunkstation an den Satelliten geleitet wurden. Ebenso verhält es sich, wenn zwar weder die Wiedergabe noch die Erdfunkstation in einem Mitgliedstaat stattfindet bzw stationiert ist, jedoch ein in einem Mitgliedstaat niedergelassenes Senderunternehmen die öffentliche Wiedergabe in Auftrag gegeben hat. Diese Regelungen haben die möglichst weite und unbeschränkte Verbreitung von Sendungen zum Ziel, ohne dass von den Satellitenunternehmen auch die Nutzungsrechte für die intendierten Ausstrahlungsgebiete zu erwerben wären.<sup>445</sup> Gleichzeitig soll die Sendelandtheorie auch verhindern, dass Anbieter in Drittländer mit geringerem Schutzniveau abwandern.<sup>446</sup> Für Rechteinhaber ist die Sendelandtheorie schließlich von besonderer Relevanz, denn sie haben nach der erstmaligen Vergabe des Rechts zur Satellitensendung später keine rechtliche Möglichkeit mehr zu verhindern, dass ihre Werke überall in der Reichweite der Satellitenausstrahlung empfangen werden können. Rechteinhaber müssten daher bereits bei der ersten Vergabe des Rechtes eine angemessene Vergütung erzielen, ohne dass die Richtlinie hierfür verbindliche Regelungen oder eine Verwertungsgesellschaftspflicht statuiert.<sup>447</sup>

228

<sup>442</sup> Walter/Dreier/Walter SKRL Art 9 Rn 7, 8; vgl EuGH, ZUM-RD 2006, 493 – Uradex-BRUTELE

<sup>443</sup> Weiterführend Walter/Dreier SKRL Art 3 Rn 1, 9.

<sup>444</sup> Zur „Bogsch-Theorie“ Walter/Dreier SKRL Art 1 Rn 12; krit zur Praktikabilität der Theorie auch Handig GRUR Int 2007, 210, 213 f.

<sup>445</sup> Nach der „Bogsch-Theorie“ wäre im Interesse der Rechteinhaber diese „Doppel-Lizenzierung“ erforderlich gewesen.

<sup>446</sup> Krit zum Sendelandprinzip Handig GRUR Int 2007, 210 ff.

<sup>447</sup> Krit Kreile/Becker GRUR Int 1994, 910, die insbesondere auf das Fehlen einer festen Bezugsgröße für die Bemessung der Vergütung hinweisen, da sich aus den Erwägungsgründen lediglich ergibt, dass bei der Vereinbarung einer angemessenen Vergütung auch die „potenzielle Einschaltquote“ betrachtet werden soll, ohne den Begriff Einschaltquote zu definieren.

- 229** Da die üblichen Verwertungsverträge, insbesondere Koproduktionsverträge vor Verabschiedung der Richtlinie territorial aufgespaltene Auswertungsregelungen vorsahen, schaffte die Richtlinie **Übergangsbestimmungen**, bis die neue Rechtslage zwingend zu beachten war (Art 7 SKRL). Hinsichtlich der Rechte der **Leistungsschutzberechtigten** finden die Regelungen erst für Nutzungshandlungen nach dem **1.1.1995** Anwendung (Art 14 Abs 1 SKRL). **Verwertungsverträge** über Werke und andere geschützte Gegenstände, welche vor dem 1.1.1995 abgeschlossen wurden, sind **bis zum 1.1.2000** von dem Sendelandprinzip der Richtlinie ausgenommen.<sup>448</sup>
- 230** Wie aufgezeigt, nimmt die Richtlinie sowohl im Bereich des Satellitenrundfunks als auch der Kabelweiterverbreitung **weitgehende Einschränkungen des Urheberrechts** im Interesse ihrer übergeordneten, medienpolitischen Ziele hin, so dass die Modelle der Richtlinie nicht ohne weiteres auf andere urheberrechtliche Regelungsbereiche anwendbar sein können,<sup>449</sup> insbesondere auch, weil die Praxis noch erhebliche Schwierigkeiten im Umgang mit den neuen Vorschriften der Richtlinie zeigt.<sup>450</sup>
- 231** **dd) Schutzdauer-Richtlinie (RL 93/98/EWG) in der Fassung der RL 116/2006/EG.** Die 1993 erlassene Schutzdauer-Richtlinie (SDRL)<sup>451</sup> gehört zu den wichtigsten Harmonisierungsmaßnahmen auf dem Gebiet des Urheberrechts. Sie führte in allen Mitgliedstaaten die Vereinheitlichung der Schutzdauer für das Urheberrecht und die Leistungsschutzrechte ein und erweiterte damit die 50-jährige Mindestschutzdauer nach der Berner Übereinkunft, die nach Auffassung des europäischen Gesetzgebers aufgrund der gestiegenen Lebenserwartung nicht mehr ausreichend war, um einen Schutz über zwei Generationen zu erfassen.<sup>452</sup> Das Ziel der Richtlinie war es, eine wesentliche Grundlage zur Vereinheitlichung des Rechtsschutzes im Binnenmarkt zu schaffen.<sup>453</sup> In Deutschland wurde die Richtlinie 1995 mit dem 3. UrhGÄndG vom 23.6.1995<sup>454</sup> umgesetzt.
- 232** Die Richtlinie gibt **verbindliche Schutzfristen** vor: Für Urheber gilt der Schutz 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers (Art 1 Abs 1 SDRL) und für Leistungsschutzrechte 50 Jahre

<sup>448</sup> Eingehend Walter/*Dreier* SKRL Art 7 Rn 8 ff.

<sup>449</sup> So auch Riesenhuber/*Reinbothe* 88.

<sup>450</sup> Vgl Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 93/83/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, KOM (2002) 430 endg, 2.2.1.: Hier konstatiert die Kommission, dass die Möglichkeiten der Sendelandprinzips nicht flächendeckend genutzt werden und dass ein wirtschaftliches Interesse der Sendeunternehmen an der Satellitenverbreitung ihrer Programme nicht mehrheitlich besteht, wodurch der Unionsbürger einerseits direkt in seinem täglichen Leben berührt wird und zugleich erhebliche negative Auswirkungen auf die kulturelle, sprachliche, soziale und wirtschaftliche Verflechtung innerhalb der Gemeinschaft zu befürchten sind; zu den Schwierigkeiten in der tatsächlichen Umsetzung und Anwendung des in der Richtlinie verankerten

Ursprungslandprinzips eingehend auch *Würfel* 158.

<sup>451</sup> Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 29.10.1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABIEG 1993, L 290, 9, zuletzt geändert durch Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006, ABIEG 2006, L 372, 12.

<sup>452</sup> So Erwägungsgrund 6 zur Richtlinie.

<sup>453</sup> Vorausgegangen war eine Entscheidung des EuGH vom 24.1.1989, wonach es mit dem EG unvereinbar war, wenn in einem Mitgliedstaat – aufgrund noch laufender Schutzfrist – ein Tonträger als unrechtmäßig hergestellt zu betrachten ist, obwohl der Tonträger in einem anderen Mitgliedstaat wegen bereits abgelaufener Schutzfrist rechtmäßig hergestellt worden ist – GRUR Int 1989, 319 – Schutzfristenunterschiede.

<sup>454</sup> BGBl 1995 I S 842. In Kraft getreten am 30.6.1995.

nach Aufführung bzw Veröffentlichung der Aufzeichnung über die Aufführung (Art 3 Abs 1 SDRL). Für Filmhersteller gilt die 50-Jahre-Schutzfrist ab erstmaliger Aufzeichnung oder ab erstmaliger Wiedergabe, falls der Film nach der Aufzeichnung erlaubterweise öffentlich wiedergegeben wird (Art 3 Abs 3 SDRL). Die Rechte der Sendetermine Erlöschens 50 Jahre nach der Erstsending (Art 3 Abs 4 SDRL). Auf das **Urheberpersönlichkeitsrecht** findet die Richtlinie ausdrücklich keine Anwendung (Art 9 SDRL).<sup>455</sup>

Die Schutzfristen gelten für alle Werke und Schutzgegenstände, die **bis zum 1.7.1995** **233** in mindestens einem Mitgliedstaat noch geschützt waren (Art 10 Abs 2 iVm Art 13 Abs 1 SDRL). Dies hat zur Folge, dass der durch Ablauf der bis dahin geltenden Schutzfristen in einem Mitgliedstaat erloschene Schutz am 1.7.1995 wiederauflebte, wenn das Werk oder der Schutzgegenstand zu diesem Datum in einem anderen Mitgliedstaat noch geschützt war.<sup>456</sup>

Die Richtlinie verankert in zweierlei Hinsicht die **Notwendigkeit eines Schutzfristenvergleichs**: Die neu festgesetzte Schutzdauer soll längere Schutzfristen, die am 1.7.1995 in einem Mitgliedstaat bereits liefen, nicht verkürzen (Art 10 Abs 1 SDRL).<sup>457</sup> Im Verhältnis zu **Drittländern** soll die festgelegte Schutzdauer lediglich eine Maximalschutzdauer in der europäischen Gemeinschaft festlegen, ohne dass jedoch die Schutzdauer des Drittlandes, dessen Staatsangehörigkeit der Rechtsinhaber besitzt, überschritten wird (Art 7 SDRL).<sup>458</sup>

Zur Frage, wie Nutzungshandlungen zu bewerten sind, die im Vertrauen auf die Gemeinfreiheit vor dem Wiederaufleben der Schutzfrist getätigt worden sind, stellt die Richtlinie den **Grundsatz der Nichtrückwirkung** auf, so dass solche Nutzungshandlungen unberührt bleiben sollen (Art 10 Abs 3 SDRL). Die Mitgliedstaaten sollen hierzu die notwendigen Bestimmungen treffen, um insbesondere die erworbenen Rechte Dritter zu schützen.<sup>459</sup> **234**

Die Richtlinie verweist auf den **Werkbegriff** iSd Art 2 der Berner Übereinkunft und sieht damit von einer allgemeinen Aussage zu diesem Begriff ab. Speziell erwähnt werden jedoch Filmwerke und Fotografien: Da die **Rechtsinhaberschaft an Filmwerken** in der Berner Übereinkunft offen gelassen und von den Mitgliedstaaten unterschiedlich beurteilt wird, wird ein Filmwerk wieder – wie schon in den Richtlinien zuvor – explizit dem Hauptregisseur als Haupturheber zugeordnet (Art 2 Abs 1 SDRL). Die Mitgliedstaaten können nach der Richtlinie weitere Urheber als Miturheber eines Filmwerkes benennen. Damit lässt die Richtlinie die Frage nach der Filmurheberschaft weiter offen<sup>460</sup>, selbst wenn sie eine weitere Bestimmung enthält, wonach die Schutzfrist für Filmwerke erst 70 Jahre nach dem Tod des Längstlebenden von folgenden Personen beginnt: Hauptregisseur, Ur- **235**

<sup>455</sup> Krit hierzu *Dietz GRUR Int 1995, 677*.

<sup>456</sup> *Kreile/Becker GRUR Int 1994, 908*; eingehend auch *Dietz GRUR Int 1995, 681*; zum Wiederaufleben der Schutzfristen in den Mitgliedstaaten im Vergleich *Walter/Walter Anh zu Art 10*.

<sup>457</sup> Zum Schutzfristenvergleich unter Bezugnahme auf die *Phil-Collins-Entscheidung* des EuGH (GRUR Int 1994, 53), wonach das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art 12 EG auch im Urheber- und Leistungsschutzrecht anzuwenden ist; vgl auch

*Walter/Walter SDRL Art 10 Rn 16–18*; *Dietz GRUR Int 1995, 680 ff*; zur Regelung der Schutzdauer für DDR-Werke nach der Deutschen Wiedervereinigung vgl *Katzenberger FS Schrickler 2005 § 64 Rn 69*.

<sup>458</sup> S auch *Erwägungsgründe 22–24 zur Richtlinie*.

<sup>459</sup> Zum Grundsatz der Wahrung wohlverworbener Rechte *Dietz GRUR Int 1995, 683 f*.

<sup>460</sup> So auch *Riesenhuber/Riesenhuber 145*; *Dreyer/Kotthoff/Meckel § 64, Rn 17*.

heber des Drehbuchs, Urheber der Dialoge, Komponist der speziell für das Filmwerk/ audiovisuelle Werk komponierten Musik (Art 2 Abs 2 SDRL). Diese Aufzählung eines weiteren Personenkreises ist lediglich für eine einheitliche Schutzfristberechnung bestimmt, denn der Tod des Längstlebenden soll immer ausschlaggebend sein, unabhängig davon, ob dieser (von den Mitgliedstaaten) „als Miturheber benannt worden“ ist (Art 2 Abs 2 SDRL).<sup>461</sup> Dennoch ist die Aufzählung abschließend, so dass andere, nach mitgliedstaatlichem Recht in Frage kommende Urheber eines Filmwerkes (zB Kameramann und Cutter nach deutschem Recht) für die Schutzfristberechnung keine Berücksichtigung mehr finden.

- 236** Auch **Fotografien** werden explizit als urheberrechtlich geschützte Werke eingeordnet, wenn sie das Ergebnis eigener geistiger Schöpfung der Urheber sind, mit der Folge der Anwendbarkeit der für Urheber geltenden Schutzfrist (Art 6 S 1 SDRL). Andere Kriterien zur Bestimmung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Fotografien erlaubt die Richtlinie nicht – wie schon für Computerprogramme geschehen, wird auch hier für den speziell geregelten Bereich die Schutzwelle herabgesetzt.<sup>462</sup> Den Mitgliedstaaten bleibt anheim gestellt, ob sie den Schutz für andere Fotografien auch vorsehen – und damit die Schutzwelle noch weiter absenken (Art 6 S 3 SDRL).<sup>463</sup>
- 237** ee) **Datenbankrichtlinie (RL 96/9/EG)**. Mit der im Jahr 1996 erlassenen Datenbankrichtlinie (DBRL)<sup>464</sup> sollte die Rechtsposition von Datenbankherstellern maßgeblich verbessert werden. Ausgangspunkt war die Erkenntnis, dass Datenbanken als Mittel des Informationsmanagements angesichts der ständig steigenden Informationsflut unverzichtbar geworden sind, ihr Aufbau und Betrieb zugleich erhebliche persönliche, technische und finanzielle Investitionen der Hersteller erfordert.<sup>465</sup> Gleichzeitig sind die Datenbankhersteller aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung der Gefahr ausgesetzt, dass die von ihnen mit hohen Investitionen entwickelten Datenbanken von Dritten zum Aufbau und Betrieb einer identischen und im Wesentlichen übereinstimmenden Datenbank übernommen werden, ohne dass diese vergleichbare Aufwendungen zu tragen hätten.<sup>466</sup> Die DBRL wurde in Deutschland durch Art 7 des Informations- und Kommunikationsgesetzes vom 13.6.1997 eingeführt.<sup>467</sup>
- 238** Zunächst bedurfte es der Festlegung des Schutzes von Datenbanken, wobei sich die Richtlinie hierbei – in Anknüpfung an die bereits in der Computerrichtlinie getroffenen Schutzvoraussetzungen – für die Anerkennung **urheberrechtlichen Schutzes** von Datenbanken entschied, sofern diese eine „eigene Schöpfung ihres Urhebers“ darstellen (Art 3 Abs 1 S 1 DBRL).<sup>468</sup> Weitere Voraussetzungen für den Urheberrechtsschutz dürfen nicht aufgestellt werden (Art 3 Abs 1 S 2 DBRL). Geschützt wird nur die „Datenbank als solche“ und der Schutz erstreckt sich nicht auf ihren Inhalt (Art 3 Abs 2 DBRL). Wie in der

<sup>461</sup> Krit zum Versäumnis der Definition der Miturheberschaft *Dietz GRUR Int* 1995, 673, 675 f.

<sup>462</sup> Dreyer/Kotthoff/Meckel/Meckel § 64 UrhG Rn 18; anders Riesenhuber/*Riesenhuber* 132, der in der Vorschrift gerade keine Absenkung der Schutzwelle sieht sondern eine besondere Hervorhebung der Anforderung an die künstlerische und professionelle Qualität einer Fotografie sieht.

<sup>463</sup> Zum Hintergrund dieser Regelung *Dietz GRUR Int* 1995, 670, 677.

<sup>464</sup> Richtlinie 96/9/EWG des Parlaments und des Rates vom 11. 3. 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABLEG 1996, L 77 S 20.

<sup>465</sup> Erwägungsgrund 10 zur Richtlinie.

<sup>466</sup> Erwägungsgrund 38 zur Richtlinie.

<sup>467</sup> BGBl 1997 I S 1870. In Kraft getreten am 1.1.1998.

<sup>468</sup> Eingehend Walter/*von Lewinski* DBRL Art 3 Rn 7 ff.

Computerprogramm-Richtlinie werden auch Gruppen von Urhebern anerkannt, sofern dies nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates anerkannt wird (Art 4 Abs 1 DBRL). Die rechtliche Ausgestaltung, wie mit der Urheberschaft von Arbeitnehmern umzugehen ist, überlässt die Richtlinie jedoch anders als die Computerprogramm-Richtlinie der Ausgestaltung der Mitgliedstaaten.<sup>469</sup>

Ergänzend verbürgt die Richtlinie den Herstellern von Datenbanken ein **Recht sui generis** (Art 7 ff DBRL), welches unabhängig davon gegeben sein soll, ob die hergestellte Datenbank urheberrechtlichen Schutz genießt.<sup>470</sup> Die Richtlinie verlangt lediglich, dass die Herstellung der Datenbank eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche **Investition für die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung ihres Inhaltes** erforderte (Art 7 Abs 1 DBRL).<sup>471</sup> **239**

Wie für Computerprogramme sieht die Richtlinie zum Schutz der Urheber und der Hersteller von Datenbanken eine Reihe von **ausschließlichen Rechten** vor (Art 5, 7 DBRL).<sup>472</sup> Die starke Rechtsposition der Urheber und Datenbankhersteller wird jedoch wieder durch **Schrankenregelungen** ausgeglichen, die bei einem rechtmäßigen Datenbankbenutzer regelmäßig erforderlich sind, um Zugang zum Inhalt der Datenbank zu erhalten bzw die Datenbank bestimmungsgemäß zu nutzen (Art 6 Abs 3, 8 Abs 2, 3 DBRL). Die Nutzer sind gegenüber den Urhebern bzw den Datenbankherstellern wiederum verpflichtet, jede Schädigung oder Beeinträchtigung von Datenbanken zu unterlassen. Damit wird ein **Drei-Stufen-Test** verankert, der zu einem Ausgleich zwischen Nutzerinteresse und Schutzinteresse führen soll, und lediglich die „normale Nutzung“ von Datenbanken und damit eventuell verbundene urheberrechtlich relevante Handlungen erlauben soll. **240**

Sowohl die Rechte als auch die Pflichten der rechtmäßigen Nutzer sind vertragsfest verbürgt (Art 15 iVm Art 6 Abs 1 und Art 8 DBRL), so dass abweichende vertragliche Bestimmungen nichtig wären. **241**

**ff) Informationsgesellschafts-Richtlinie (RL 2001/29/EG) – sog Multimedia-Richtlinie.** Die Informationsgesellschafts-Richtlinie (InfoRL)<sup>473</sup> gehört zu den meist diskutierten urheberrechtlichen Richtlinien. Insbesondere die digitalen Technologien in der Informationsgesellschaft und die damit verknüpften globalen digitalen Netze erforderten auf Gemeinschaftsebene eine erneute Befassung mit zahlreichen, klassischen Problemen des Urheberrechts.<sup>474</sup> Mit der Richtlinie wollte der Gemeinschaftsgesetzgeber – wenn auch nur hinsichtlich einiger Aspekte<sup>475</sup> – einen *building block* für das Funktionieren der **242**

<sup>469</sup> Erwägungsgrund 29 zur Richtlinie.

<sup>470</sup> Zum Schutzgegenstand eingehend Walter/von Lewinski DBRL Art 7 Rn 1 ff.

<sup>471</sup> Riesenhuber leitet aus diesem vom urheberrechtlichen Schutz unabhängigen Recht sui generis her, dass es bei der Beurteilung des Urheberrechts für Datenbanken in besonderem Maße auf die geistige Schöpfung des Urhebers ankommen müsse, vgl Riesenhuber/Riesenhuber 130.

<sup>472</sup> Zu den Rechten im Einzelnen Walter/von Lewinski DBRL Art 5 Rn 3 ff.

<sup>473</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des

Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABIEG 2001, L 167, 10.

<sup>474</sup> Erwägungsgründe 5, 6 zur Richtlinie.

<sup>475</sup> Erwägungsgründe 5, 7 zur Richtlinie, die ausdrücklich festhalten, dass kein Bedarf an neuen Konzepten für den Schutz des geistigen Eigentums besteht, sondern lediglich Anpassungen der urheberrechtlichen Bestimmungen an die neuen Formen und Möglichkeiten der Verwertung erfolgen müssen, sofern beträchtliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen und dies die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes beeinträchtigen kann.

Informationsgesellschaft in allen Mitgliedstaaten schaffen,<sup>476</sup> um einer Zersplitterung des Binnenmarktes entgegenzuwirken und die grenzüberschreitende Verwertung geistigen Eigentums zu ermöglichen.<sup>477</sup> Gleichzeitig sollte diese Richtlinie die Verpflichtungen der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten aus den beiden WIPO-Verträgen WCT und WPPT von 1996 auf EU-Ebene umsetzen, um den Beitritt der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten zu diesen Abkommen vorzubereiten.<sup>478</sup> 2003 wurde die Richtlinie in Deutschland umgesetzt.<sup>479</sup>

**243** Die Richtlinie betrifft **zentrale Themen des Urheberrechts**, wie etwa kollektive Rechtswahrnehmung, *Digital Rights Management (DRM)*, Anwendung von Vergütungssystemen auf private und digitale Vervielfältigungen, die rechtliche Einordnung von *Caching* und *Browsing*, die Kontrolle von digitalen Online-Diensten und die Reichweite des Verbreitungsrechts und des Erschöpfungsgrundsatzes bei Online-Verbreitung.<sup>480</sup> Bereits angesichts dieser Fülle von Grundsatzfragen konnte die Richtlinie jedoch nicht allen Anforderungen gerecht werden. Insbesondere fehlt auf horizontaler Ebene zu den anderen Richtlinien eine Angleichung von Formulierungen, wodurch das Verhältnis zwischen dieser wohl allgemeinsten, urheberrechtlichen Richtlinie zu den **speziellen, werkbezogenen oder leistungsschutzrechtsbezogenen Richtlinien** hätte deutlicher ausgearbeitet werden können.<sup>481</sup> Denn gem Art 1 Abs 2 InfoRL bleiben die anderen, vorstehend behandelten Richtlinien des *acquis communautaire* unberührt. Enthalten die früheren Richtlinien also Bestimmungen, die auch in der InfoRL angesprochen sind, bleiben also grds die früheren Regelungen bestehen und werden nicht durch die InfoRL abgeändert.<sup>482</sup>

**244** In den vor der InfoRL erlassenen europäischen Richtlinien wurden Verwertungsrechte nicht im Allgemeinen geregelt. Auch die Frage der Behandlung von Online-Übertragungen blieb bis dahin weitgehend offen.<sup>483</sup> Um eine dieser Lücken zu schließen, schafft die InfoRL nun eine **einheitliche Definition des Vervielfältigungsrechts**, wonach allen Urhebern, Künstlern, Tonträger- bzw Filmherstellern sowie Sendeunternehmen das ausschließlich Recht zusteht, die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu

<sup>476</sup> *Reinbothe* GRUR Int 2001, 734.

<sup>477</sup> Dies basierte auf der Grundlage des Grünbuchs der Kommission vom 19.7.1995 zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft, KOM (95) 382 endg und der darauf folgenden Mitteilung der Kommission vom 20.11.1996 – Initiativen zum Grünbuch über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM (96) 568 endg, welche bereits eine sog „digitale Agenda“ an den zu bearbeitenden Fragestellungen aufstellte; Erwägungsgrund 15 zur Richtlinie.

<sup>478</sup> WIPO-Urheberrechtsvertrag/WIPO Copyright Treaty (WCT) und WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger/WIPO Performances and Phonogram Treaty (WPPT) vom 20.12.1996; vgl *Reinbothe/von Lewinski* WIPO Treaties, 487. S auch Erwägungsgrund 15 zur Richtlinie. Eingehend zur

Historie der Richtlinie *Walter/von Lewinski/Walter* InfoRL Kap II Rn 5 ff; *Reinbothe* GRUR Int 2001, 735 ff.

<sup>479</sup> Durch das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.9.2003, BGBl I S 1774.

<sup>480</sup> Zu Aspekten der Diskussion *Riesenhuber/Reinbothe* 92 f.

<sup>481</sup> Ausdrücklich lässt die InfoRL gem Art 1 Abs 2 die bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Regelungen der Computerprogramm-, der Vermiet- und Verleih-, der Kabel- und Satelliten-, der Schutzdauer- sowie der Datenbankrichtlinie unberührt.

<sup>482</sup> Ausnahmen hiervon macht nur Art 11 InfoRL; *Reinbothe* GRUR 2001, 734.

<sup>483</sup> *Walter/Walter* InfoRL Rn 14: Lediglich Art 5d der Datenbank-Richtlinie regelt ausdrücklich „jede öffentliche Wiedergabe“, wodurch auch Online-Übertragungen umfasst sein sollten.

erlauben oder zu verbieten (Art 2 InfoRL). Damit bestätigt die Richtlinie, dass jeder noch so flüchtige Kopiervorgang eine Vervielfältigung im Sinne des Urheberrechts ist.

Die Richtlinie vereinheitlicht für Urheber das **Recht der öffentlichen Wiedergabe**.<sup>484</sup> **245** Sie führt zudem erstmals gemeinschaftsweit das **Recht der öffentlichen Zugänglichmachung** ein (Art 3 Abs 1, 2 InfoRL), welches als interaktives Wiedergaberecht („öffentliche Zugänglichmachung ...[für] Mitglieder der Öffentlichkeit von Orten und Zeiten ihrer Wahl“) für Urheber und Leistungsschutzberechtigte gleichermaßen gelten soll.<sup>485</sup> Aus den Erwägungsgründen<sup>486</sup> ist zu entnehmen, dass hier nur das ausschließliche Recht gemeint ist, „interaktive Übertragungen auf Abruf für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen“, so dass **lediglich interaktiv herbeigeführte Vorgänge**, nicht jedoch *near on demand* oder andere nicht-interaktive Vorgänge erfasst werden sollen.<sup>487</sup> Die Richtlinie lässt in Zusammenhang mit dem Recht auf öffentliche Zugänglichmachung offen, wo der Ort der relevanten Verwertungshandlung hinsichtlich der Zugänglichmachung der Werke liegen soll oder muss.<sup>488</sup> In der Begründung der Kommission zum ersten Richtlinienentwurf wird jedoch ausdrücklich auf den Akt des Zugänglichmachens Bezug genommen, unabhängig davon, ob das Werk abgerufen wird. Demnach wäre auf den **Ort der Abrufbarkeit**, also des Angebotes, abzustellen.<sup>489</sup>

Auch in Hinblick auf das **Verbreitungsrecht** sollte die Richtlinie die Lücken schließen, **246** die sich aus den Regelungen der bisherigen Richtlinien ergaben. In diesen war zwar das Konzept des abgespaltenen Verbreitungsrechts bereits angelegt, jedoch waren die Regelungen entweder auf spezifische Werke bezogen (Computerprogramme, Datenbanken) oder aber nur für Leistungsschutzberechtigte formuliert (in Art 9 Vermiet- und Verleihrichtlinie). Die InfoRL füllt nun die Lücken und statuiert für Urheber aller Werkkategorien ein selbstständiges Verbreitungsrecht (Art 4 Abs 1 InfoRL)<sup>490</sup>. Urheber von **Computerprogrammen und Datenbanken** sind nicht erfasst, da deren Verbreitungsrechte bereits in der

<sup>484</sup> Unklar bleibt allerdings, ob auch die klassischen Formen der öffentlichen Wiedergabe (Aufführung, Vortrag, Vorführung) erfasst sein sollen. Vgl hierzu Walter/Walter InfoRL Rn 77 f, der im Ergebnis in Hinblick auf das Begriffsverständnis des Art 6 WCT die klassischen Wiedergabeformen der Aufführung, des Vortrages und der Vorführung nicht erfasst sieht.

<sup>485</sup> S Walter/Walter InfoRL Rn 46, der den Hintergrund für diese Unterscheidung auch darin sieht, dass die Sende- und Aufführungsrechte im leistungsschutzrechtlichen Bereich nach dem Stand der internationalen Konventionen und der nationalen Urhebergesetze weit weniger entwickelt waren als für das Urheberrecht. Da die Richtlinie die Vorschriften der Vermiet- und Verleihrichtlinie ausdrücklich unberührt lässt, ist das Recht der öffentlichen Sendung und Wiedergabe für den Kreis der Leistungsschutzberechtigten dort (Art 8 VVRL) zudem bereits geregelt; eingehend hierzu Reinbothe GRUR 2001, 734.

<sup>486</sup> Erwägungsgrund 25 zur Richtlinie.

<sup>487</sup> Krit Spindler GRUR 2002, 108, der zu

Recht auf die Schwierigkeiten der Unterscheidung zwischen Abruf- und Verteilerdiensten hinweist.

<sup>488</sup> Die Kommission wies in ihrem ersten Richtlinienentwurf darauf hin, dass keine neue kollisionsrechtliche Regelung getroffen werden soll: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM (97) 628 endg vom 10.12.1997. Zurückzugreifen wäre demnach auf die allgemeinen Grundsätze; krit dazu Spindler GRUR 2002, 108.

<sup>489</sup> Begründung zu Art 3 erster Richtlinienentwurf für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM (97) 628 endg vom 10.12.1997; vgl eingehend auch Spindler GRUR 2002, 109.

<sup>490</sup> Zum Umfang des Verbreitungsrechts s EuGH GRUR Int 2008, 593 – Peek & Cloppenburg vs Cassina.

Computerprogramm-Richtlinie bzw der Datenbankrichtlinie verankert wurden. Leistungsschutzberechtigte sind von der Richtlinie ebenfalls nicht betroffen, da das Verbreitungsrecht für sie bereits in der Vermiet- und Verleih-Richtlinie harmonisiert wurde.

- 247** Anknüpfend an das einheitliche **Verbreitungsrecht** für Urheber wird auch das Prinzip der **gemeinschaftsweiten Erschöpfung** für Urheber einheitlich verankert (Art 4 Abs 2 InfoRL). Danach soll das Verbreitungsrecht nur dann erschöpft sein, wenn der Erstverkauf oder andere erstmalige Eigentumsübertragungen in Bezug auf das Original oder Vervielfältigungsstücke eines Werkes in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erfolgt. Eine **internationale Erschöpfung** soll nicht möglich sein. Diese Regelung lehnt sich an den bereits in Art 9 Abs 2 der Vermiet- und Verleihrichtlinie statuierten Erschöpfungsgrundsatz für die Leistungsschutzberechtigten an. Demgegenüber soll nach Art 3 Abs 3 InfoRL keine Erschöpfung durch die öffentliche Wiedergabe beziehungsweise Zugänglichmachung nach Art 3 Abs 1, 2 InfoRL eintreten, wobei die Richtlinie nicht klar macht, inwiefern eine Differenzierung zwischen körperlicher Übergabe einer Kopie in Abgrenzung zum Onlinevertrieb angezeigt ist.<sup>491</sup>
- 248** Die vorgenannten Rechte werden von der Richtlinie unter wichtige **Schranken** gestellt, welche **abschließend aufgezählt** werden und teils zwingend, teils fakultativ ausgestaltet sind.<sup>492</sup> So können mit Rücksicht auf die rein technischen Vorgänge **flüchtige oder begleitende Vervielfältigungen**, wenn sie integraler oder wesentlicher Teil eines technischen Verfahrens sind, nicht durch die Ausschließlichkeitsrechte verhindert werden. Es gilt eine Ausnahme, wenn deren alleiniger Zweck ist, die Übertragung bzw die rechtmäßige Nutzung zu ermöglichen, und wenn diese keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben (Art 5 Abs 1 InfoRL).<sup>493</sup> Ferner soll durch die erlaubte **Privatkopie** (Art 5 Abs 2 b) InfoRL ein Rechts- und Interessenausgleich zwischen den Rechteinhabern und Nutzern geschaffen werden, da vor dem Hintergrund der neuen Medien eine Neubewertung von bestimmten, nicht kommerziellen Vervielfältigungen stattzufinden hat.<sup>494</sup> Der Anwendungsbereich der Regelungen des Art 5 InfoRL wird durch die werkspezifischen Regelungen der Computerprogramm-Richtlinie und der Datenbank-Richtlinie beschränkt, da diese spezifische Ausnahmeregelungen enthalten. Ebenso sind die speziellen Vorschriften der Vermiet- und Verleihrichtlinie im Bereich der Leistungsschutzrechte zu beachten.<sup>495</sup>
- 249** Zur Anwendung der Schrankenregelung sieht die Richtlinie einen **Drei-Stufen-Test** (Art 5 Abs 5 InfoRL) vor. Danach dürfen die durch die Schranken geregelten Ausnahmen nur für solche Sonderfälle angewandt werden, in denen die „normale Verwertung des Werkes oder Schutzgegenstandes nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt werden“. Für die fakultativen Schrankenbestimmungen des Art 5 Abs 2, 3, und 4 InfoRL liegt dieser zusätzliche Kontrollmechanismus nahe. Für die zwingenden Schrankenbestimmungen des Art 5 Abs 1 InfoRL kann die Anwendung des Drei-Stufen-Tests aber bedeuten, dass den Mitgliedsstaaten ein Ausgestaltungsspielraum hinsichtlich der unbestimmten Rechtsbegriffe „vorübergehend“ und „flüchtig oder begleitend“ zukommt. In diesem Fall wären weiterhin abweichende Regelungen in den Mitgliedstaaten möglich.<sup>496</sup>

<sup>491</sup> Krit *Hoeren* MMR 2000, 515, 517; *Spindler* GRUR 2002, 110.

<sup>492</sup> Eingehend zu den Schrankenregelungen *Reinbothe* GRUR 2001, 737; vgl auch Erwägungsgrund 32 zur Richtlinie.

<sup>493</sup> Erwägungsgrund 33.

<sup>494</sup> Erwägungsgründe 31, 38, 39; eingehend zur Privatkopie *Reinbothe* GRUR 2001, 739.

<sup>495</sup> Eingehend zu den Schwierigkeiten der Bestimmung des Anwendungsbereiches der Richtlinie *Walter/Walter* InfoRL Rn 89 ff.

<sup>496</sup> Krit auch *Walter/Walter* InfoRL Rn 96, 100 ff; anders hingegen *Spindler* GRUR 2002, 111.

Schließlich statuiert die Richtlinie horizontal für alle Werke und Schutzgegenstände den **Schutz von technischen Schutzmaßnahmen**, womit auch die entsprechenden Bestimmungen des WCT und WPPT umgesetzt werden sollen (Art 6 InfoRL).<sup>497</sup> Der Begriff von Schutzmaßnahmen ist nicht näher definiert, wurde jedoch allgemein unter dem Begriff des *Digital Rights Management* (DRM) diskutiert, worunter allgemein die Verwaltung und Vermarktung von Werken in ihrer digitalen Gestalt und deren Sicherung zu verstehen ist.<sup>498</sup> Im Kern werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, einen angemessenen Rechtsschutz gegen Umgehungsmaßnahmen oder -vorrichtungen zu etablieren, um technische Sicherungen zum Schutz von Urheberrechten, verwandten Schutzrechten oder des *sui generis* Schutzes von Datenbanken unantastbar zu machen.<sup>499</sup> Vervollständigt wird dieser Schutz durch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die **Identifikation der Rechteinhaber** zu gewährleisten: Sie sind verpflichtet, angemessenen rechtlichen Schutz zu schaffen gegen unbefugte Entfernung oder Veränderung von elektronischen Informationen über die Rechtswahrnehmung bzw die Rechteinhaber – also Schutz gegen Handlungen, die Umgehungsakte vorbereiten bzw fördern können. Ferner sind Vorkehrungen zu treffen gegen die Einfuhr und Verbreitung von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen, bei denen die elektronischen Informationen für die Wahrnehmung der Rechte entfernt oder geändert wurden (Art 7 Abs 1 InfoRL).

Erwähnenswert aus den von der Richtlinie vorgeschriebenen Sanktionen ist Art 8 Abs 3 InfoRL. Danach müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Rechteinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung von Urheberrechten oder Leistungsschutzrechten benutzt werden – unabhängig davon, ob der Vermittler selbst eine Urheberverletzung begangen hat. Diese Regelung verhindert gemeinschaftsweit, dass sich **Access oder Service Provider** unter Berufung auf die Schranken oder Ausnahmen von Rechten gem Art 5 InfoRL von jeder Verantwortung freisprechen können.<sup>500</sup>

**gg) Folgerechts-Richtlinie (RL 2001/84/EG)**. Unter dem Folgerecht versteht man den unverzichtbaren Anspruch des Urhebers auf **Beteiligung an den Erlösen**, welche bei einer **Weiterveräußerung von Werk-Originalen** erzielt werden. Das Grundanliegen dieses Vergütungsanspruches besteht darin, den Urheber an den Wertsteigerungen zu beteiligen, die seine Werke typischerweise im Laufe der Zeit auf dem Markt erfahren.<sup>501</sup> Insbesondere auf dem mit Originalwerken handelnden Kunstmarkt bestand und besteht ferner stets auch eine deutliche Tendenz, Ankäufe als Vermögensanlage und nicht aus reiner Sammlerfreude zu betreiben, und Weiterverkäufe entsprechend mit dem Ziel eines deutlichen Vermögensvorteils zu steuern.

Vor Erlass der Folgerechts-Richtlinie im Jahr 2001 (FFRL)<sup>502</sup> war das Folgerecht zwar in den meisten Mitgliedstaaten bereits anerkannt, jedoch unterschiedlich ausgestaltet, so dass zu befürchten stand, dass der Kunstmarkt sich zielgerichtet – und zum Nachteil der Urheber – auf die Länder verlagern würde, welche gar kein Folgerecht kannten bzw ein solches lediglich mit einem geringen Schutzniveau ausgestalteten. Die hierdurch befürchteten Störungen des Binnenmarktes gaben Anlass zu einer gemeinschaftsweiten

<sup>497</sup> Erwägungsgründe, 47, 48, 51 zur Richtlinie.

<sup>498</sup> Schulz GRUR 2006, 471.

<sup>499</sup> Eingehend Spindler GRUR 2002, 116 ff.

<sup>500</sup> Reinbothe GRUR 2001, 743.

<sup>501</sup> Walter/Walter FRRL, Einleitung, Rn 3.

<sup>502</sup> Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.9.2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABIEG 2001, L 272, 32.

Harmonisierung, soweit die Unterschiede sich auf den Wettbewerb im Binnenmarkt direkt auswirken.<sup>503</sup>

- 254** Das Folgerecht ist in der Richtlinie eindeutig als **unverzichtbarer Beteiligungsanspruch** statuiert und stellt damit der Rechtsnatur nach einen urheberrechtlichen Vergütungsanspruch dar (Art 1 Abs 1 FRRL).
- 255** Das Folgerecht soll laut Richtlinie nicht den **Erstverkauf** von Werk-Originalen durch den Urheber erfassen (Art 1 Abs 1 FRRL), wobei anerkannt ist, dass auch erste Kommissionsverkäufe als Erstverkauf und nicht als Weiterveräußerung gelten.<sup>504</sup> Lediglich **Weiterveräußerungen** sollen einen Beteiligungsanspruch aus Folgerecht auslösen, wobei die Richtlinie auch klarstellt, dass nur solche Weiterveräußerungen erfasst sind, an denen „Vertreter des Kunstmarktes wie Auktionshäuser, Kunstgalerien und allgemeine Kunsthändler als Verkäufer, Käufer oder Mittler beteiligt sind“ (Art 1 Abs 2 FRRL). Damit sollen private (Weiter-) Verkäufe ausgenommen werden,<sup>505</sup> wobei die Richtlinie hier entgegen ihren erklärten Zielen verkennt, dass sich auch durch rein private Weiterverkäufe unter Sammlern erhebliche Verkaufserlöse erzielen lassen. Der zentrale Begriff „**Vertreter des Kunstmarktes**“ wird in der Richtlinie nicht abschließend definiert.<sup>506</sup> Satt dessen wird klargestellt, dass sowohl Verkäufer, Mittler als auch Käufer zu Vertretern des Kunstmarktes gehören können, so dass im Sinne des Richtlinienziels ein Spielraum verbleibt, um alle typischen Weiterveräußerungen mit hohem Erlöspotenzial erfassen zu können.<sup>507</sup>
- 256** Als urheberrechtliche Besonderheit bezieht sich das Folgerecht traditionell in erster Linie auf die **Werke der bildenden Kunst**, da insbesondere diese von dem Geschäft der Weiterveräußerung betroffen sind.<sup>508</sup> Entsprechend zählt die Richtlinie beispielhaft vor allem verschiedene Werke der bildenden Kunst als unter das Folgerecht fallende Kunstwerke auf, wie Bilder, Collagen, Gemälde, Zeichnungen etc (Art 2 Abs 1 FRRL). Die Aufzählung enthält jedoch auch Keramiken und Glasobjekte, so dass auch **Werke der angewandten Kunst** unter das Folgerecht fallen dürften, sofern sie als Original angesehen werden können.<sup>509</sup>
- 257** Die Richtlinie gibt den Mitgliedstaaten vor, einen Mindestbetrag festzusetzen, ab dem eine Weiterveräußerung im Sinne der Richtlinie den Beteiligungsanspruch des Urhebers auslöst (Art 3 Abs 1 FRRL), wobei der **Mindestbetrag nicht höher als 3.000 EUR** sein darf (Art 3 Abs 2 FRRL). Hier galt es einen Höchstbetrag zu finden, der keine Werkart ohne Not von dem Folgerecht ausschließt, wobei gleichzeitig jedoch eine gewisse **Erheb-**

<sup>503</sup> Erwägungsgründe 10, 13, 14, 15 zur Richtlinie, in denen auch klargestellt wird, dass gerade keine vollständige Harmonisierung aller Vorschriften erfolgen soll, sondern den Mitgliedstaaten so viel Spielraum wie möglich für einzelstaatliche Entscheidungen zu lassen ist; Die Gefahr der Abwanderung der Verkaufsgeschäfte ins Ausland wurde bereits im Richtlinienvorschlag der Kommission aus dem Jahre 1996 eingehend untersucht, wobei insbesondere auf die „Verlagerungskosten“ eingegangen wurde. Diese Kostenanalyse sollte insbesondere als Maßstab bei der Bemessung der Höhe der zwingenden Beteiligung des Urhebers herangezogen werden.

<sup>504</sup> Walter/Walter FRRL Einleitung Rn 3.

<sup>505</sup> So ausdrücklich gefordert in Erwägungsgrund 18 zur Richtlinie.

<sup>506</sup> Walter/Walter FRRL Art 1 Rn 5; anders Handig ZUM 2006, 546, 549, der eine abschließende Aufzählung der Richtlinie annimmt.

<sup>507</sup> Weiterführend Katzenberger FS Schricker 2005, 377 ff.

<sup>508</sup> Zu den verschiedenen, historischen Wurzeln und der Entstehungsgeschichte der FRRL s mwN Walter/Walter FRRL Einleitung Rn 9, 12 ff.

<sup>509</sup> So auch Handig ZUM 2006, 547.

**lichkeitsschwelle** statuiert, um den durch das Folgerecht verbürgten Eigentumseingriff zu Lasten des Veräußerers rechtfertigen zu können.

Bei Erreichen des von den Mitgliedstaaten entsprechend festgelegten Mindestbetrages entsteht ein Beteiligungsanspruch des Urhebers in der von der Richtlinie vorgegebenen Höhe. Die Höhe der **Beteiligung ist gestaffelt** nach der Höhe des Erlöses aus der Weiterveräußerung abzüglich Steuern (Art 4, 5 FRRL). Die Abstufungen und Begrenzungen sind von der Richtlinie fast vollständig vorgegeben.<sup>510</sup> Es ist eine **Kappungsgrenze** für die Höhe der Beteiligung mit 12.500 EUR vorgegeben. Maßgeblicher Gedanke für die Staffelung der Beträge war, dass bei Verlagerung des Weiterverkaufs ins Ausland Verlagerungskosten entstehen, die mit dem Wert des Kunststücks steigen, insbesondere hinsichtlich der Versicherungskosten, etwaiger Steuern oder Zollabgaben. Für die Verkäufer sollte es künftig attraktiver sein, die Weiterveräußerung im Gemeinschaftsgebiet abzuwickeln, selbst wenn sie eine Beteiligung aus dem Folgerecht an den Urheber zu zahlen hätten.<sup>511</sup> **258**

Die Richtlinie stellt es den Mitgliedstaaten schließlich frei, ob sie eine zwingende oder fakultative Wahrnehmung der Beteiligungsansprüche aus dem Folgerecht durch eine **Verwertungsgesellschaft** vorschreiben (Art 6 Abs 2 FRRL). Vor dem Hintergrund der Unverzichtbarkeit des Anspruchs erscheint diese Klarstellung sinnvoll. Für die Durchsetzungstärke der Urheber hätte eine zwingende Vorschrift hier jedoch insofern Sinn gemacht, als dass Verwertungsgesellschaften grds bessere organisatorische, personelle wie auch finanzielle Strukturen mitbringen, um dem zum Teil repressiven und auch sehr unübersichtlichen Geschäft des Kunsttransfers gerecht zu werden.<sup>512</sup> **259**

**hh) Entwurf einer Entschließung des Europäischen Parlaments über einen Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften vom 11.12.2003.** Das Europäische Parlament hat 2003 den Ausschuss für Recht und Binnenmarkt beauftragt, einen Bericht über einen Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts auszuarbeiten. Der Bericht wurde dem Parlament am 11.12.2003 vorgelegt<sup>513</sup> und gelangte zum Ergebnis, dass in der Europäischen Union im Bereich der kollektiven Rechtswahrnehmung von Urheber- und Leistungsschutzrechten künftig Handlungsbedarf besteht, der insbesondere durch die (damals unmittelbar bevorstehende) Erweiterung der EU überdacht werden sollte: Durch die nach dem Territorialitätsprinzip organisierte Wahrnehmung und Verwaltung von Rechten sowie der faktisch bestehenden regionalen Monopole der Verwertungsgesellschaften können Wettbewerbsbeschränkungen entstehen, die vor dem Ziel der Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes das zentrale Anliegen der Europäischen Union betreffen.<sup>514</sup> **260**

Der Ausschuss hat in seinem Bericht hervorgehoben, dass Verwertungsgesellschaften ein unverzichtbares Bindeglied zwischen Rechteinhabern und Verwertern darstellen und darüber hinaus auch die wichtige gesellschaftspolitische wie kulturelle Funktion haben, Werke für eine breite Öffentlichkeit bereit zu halten. Um diese wichtigen Funktionen der **261**

<sup>510</sup> Gem Art 4 Abs 2 FRRL können statt 4 % auch 5 % für Veräußerungserlöse bis 50.000 EUR normiert werden: Gem Art 4 Abs 3 FRRL kann die Staffelung für den Eingangssatz im Verhältnis gemindert werden (nicht jedoch unter 4 %), wenn die Mitgliedstaaten weniger als 3.000 EUR bereits als Mindestverkaufserlös ansetzen, der den Beteiligungsanspruch nach sich zieht.

<sup>511</sup> Krit hierzu Walter/Walter FRRL Art 4 Rn 1 ff.

<sup>512</sup> So auch Walter/Walter FRRL Art 6 Rn 6.

<sup>513</sup> Bericht über einen Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts, Europäisches Parlament, Dok A5-0478/2003 vom 11.12.2003.

<sup>514</sup> Weiterführend *Enzinger* GRUR Int 2006, 985, 986 f.

Verwertungsgesellschaften jedoch auch unter Binnenmarktgesichtspunkten aufrechterhalten zu können, forderte der Ausschuss den Rat und die Kommission auf, einen **Gemeinschaftsrahmen für die Verwertungsgesellschaften** festzulegen. Zu Errichten seien laut Bericht einheitliche Regelungen zu **Verfahrens- und Abstimmungsvorschriften** sowie zur **Transparenz** der Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften; **Monopolstellungen** müssten reguliert und gleichzeitig die **individuelle Wahlfreiheit** der Rechteinhaber zwischen verschiedenen Verwertungsgesellschaften gefestigt werden; **Diskriminierungen** von Rechteinhabern und Repertoires müssten abgeschafft und **Gegenseitigkeitsverträge** als „**One-Stop-Shop**“ insoweit anerkannt werden, als dass den verschiedenen Gruppen der Rechteinhaber die Möglichkeit gegeben wird, Lizenzvergaben auszuhandeln, und die Erzielung und Verteilung von Einnahmen aus der Verwertung ihrer Rechte getrennt verwaltet wird.

- 262** Die Kommission hat hierauf ihre Mitteilung an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss vom 16.4.2004 vorgelegt.
- 263** ii) **Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss vom 16.4.2004.** In ihrer Mitteilung vom 16.4.2004<sup>515</sup> setzt sich die Kommission mit den Grundlagen und Problemen der individuellen Rechtswahrnehmung einerseits und dem Rechtsrahmen für die kollektive Rechtswahrnehmung auseinander. Während sich die Kommission bis dato lediglich in den ergangenen Richtlinien bereichsspezifisch mit der Frage der kollektiven Rechtswahrnehmung befasst hat,<sup>516</sup> trifft sie in ihrer Mitteilung vom 16.4.2004 nunmehr allgemeine Aussagen und kommt zum Ergebnis, dass in einzelnen Aspekten der Bedarf nach gemeinschaftsweiten Rechtsakten besteht.<sup>517</sup>
- 264** Dabei bestehe laut Kommission hinsichtlich einer gemeinschaftsweiten Regelung der **individuellen Rechtswahrnehmung** kein unmittelbarer Handlungsbedarf, da in den Mitgliedstaaten insgesamt eine ausreichende gemeinsame Grundlage vorhanden sei, wengleich die Rechtsnormen der Mitgliedstaaten die privatautonome Regelungsbefugnis der Urheber punktuell unterschiedlich bewerten (zB hinsichtlich der Übertragung von Rechten für unbekanntete Nutzungsarten), oder unterschiedliche Auslegungen von Urheberrechtsverträgen praktiziert werden.
- 265** Hinsichtlich der **kollektiven Rechtswahrnehmung** stellt die Kommission jedoch ein Defizit an gemeinschaftsweiten Regelungen fest. Es sei erforderlich, einheitliche Vorschriften zur Form der kollektiven Rechtswahrnehmung festzulegen, da diese sowohl im Interesse der Rechteinhaber als auch der Nutzer liegen und auch im Hinblick auf die wirtschaftliche und kulturelle Funktion von Verwertungsgesellschaften erforderlich sind. Hierfür müssen einheitliche Bedingungen für die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften geschaffen werden, was schließlich auch der Transparenz und dem besseren Zugang zu den Lizenzen dienen soll. Insbesondere favorisiert die Kommission die **gemeinschaftsweite Lizenzierung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe oder der Zugänglichmachung** und sieht insbesondere vier Lösungsmöglichkeiten: Die Einführung einer Gemeinschaftsvorschrift, wonach jede Lizenz zur öffentlichen Wiedergabe oder Zugänglichmachung per definitionem Nutzungshandlungen in der gesamten Gemeinschaft erlauben soll. Ferner könne das Modell des Sendelandprinzips (verankert in der Satelliten- und Kabelricht-

<sup>515</sup> KOM (2004), 261 endg.

<sup>516</sup> Vgl oben, Rn 209–254; vgl auch Walter/  
Dillenz AT Kap 4 Rn 24 ff und Würfel  
181 ff.

<sup>517</sup> Weiterführend *Enzinger* GRUR Int 2006,  
985, 986 f; vgl auch *Würfel* 185 ff.

linie) auch für dieses Recht übernommen werden. Zudem könne das ausschließliche Recht zur öffentlichen Wiedergabe oder Zugänglichmachung auf einen Vergütungsanspruch beschränkt werden mit gesetzlich vorgeschriebener kollektiver Wahrnehmung. Alternativ hierzu könnte ein Modell wie des für die Musikwirtschaft getroffenen Simulcasting-Abkommens<sup>518</sup> herangezogen werden, wonach den Nutzern das Wahlrecht zusteht, welche Verwertungsgesellschaft die gewünschte Lizenz erteilt, oder es könnte den Verwertungsgesellschaften der Auftrag erteilt werden, automatisch gemeinschaftsweite Lizenzen einzuräumen.

jj) **Empfehlung der Kommission vom 18.10.2005 für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden.** Eine Harmonisierung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften hat die Kommission bereits 1996<sup>519</sup> angekündigt und darin die Wettbewerbsverzerrungen bemängelt, die sich aus der aktuellen Praxis der Lizenzierung über Verwertungsgesellschaften ergeben können, die durch Gegenseitigkeitsverträge miteinander verbunden sind und damit eine Monopolstellung innehaben. Nachfolgend auf ihre Mitteilung 16.4.2004<sup>520</sup> legte sie am 18.10.2005 eine „Empfehlung für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden“<sup>521</sup> vor und unternahm damit einen konkreten Anstoß zu künftigen Regelungen, wobei dieser zunächst in Form einer nicht verbindlichen Empfehlung<sup>522</sup> erging. Nach Art 249 Abs 5 EG sind Empfehlungen **rechtlich unverbindlich**, so dass ihre Nichtbefolgung keine negativen Auswirkungen hat. Die Empfehlung ist an die Mitgliedstaaten und alle Marktteilnehmer gerichtet. Aufgrund der in der Empfehlung geforderten erheblichen Umwälzungen ist diese bei den interessierten Kreisen, insbesondere den Verwertungsgesellschaften trotz ihrer Unverbindlichkeit auf erhebliche Beachtung gestoßen.

Basierend auf einer im Juli 2005 veröffentlichten Studie zur Rechtswahrnehmung<sup>523</sup> stellt die Kommission in ihrer Empfehlung zunächst grds die aktuelle Praxis bei der grenzüberschreitenden Lizenzierung von Musik im Online-Bereich<sup>524</sup> in Frage, wonach nationale Verwertungsgesellschaften jeweils nur territoriale Rechte an ihrem Repertoire einräumen und über **Gegenseitigkeitsverträge** ihre ausländischen Schwesterngesellschaften mit der Vertretung ihres Repertoires im Ausland beauftragen. Über die Gegenseitigkeitsverträge könne zwar jede verbundene Verwertungsgesellschaft für ihr Territorium auch über das Repertoire der Schwesterngesellschaften und damit über das sog „Weltrepertoire“ verfügen, doch führe dies einerseits zu einer zeitaufwendigen „territory-by-territory“-Lizenzierung,<sup>525</sup> was den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr behindere. Anderer-

<sup>518</sup> Ausf zum Simulcasting-Abkommen von Einem MMR 2006, 650 f.

<sup>519</sup> Mitteilung der Kommission – Initiativen zum Grünbuch über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM (1996), 568.

<sup>520</sup> Vgl oben Rn 258 ff.

<sup>521</sup> Empfehlung der Kommission vom 18.10.2005 für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden, ABIEG 2005, L 276, 54; eingehend hierzu Geiss/Gerlach FS Mailänder 523 ff.

<sup>522</sup> *Waltet/von Lewinski* AT Kap 1 Rn 17.

<sup>523</sup> Studie der Kommission vom 7.7.2005 über eine Initiative der Gemeinschaft über die grenzüberschreitende kollektive Rechtswahrnehmung von Urheberrechten, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/management/study-collectivemgmt\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/study-collectivemgmt_en.pdf), im folgenden Studie zur Rechtswahrnehmung genannt.

<sup>524</sup> Zu den von der Empfehlung betroffenen Musik-Online-Rechten vgl weiterführend Lüder GRUR Int 2007, 651 ff.

<sup>525</sup> Erwägungsgrund 7 zur Empfehlung.

seits geht mit den Gegenseitigkeitsverträgen eine Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften einher, die zu einer Verzerrung des Wettbewerbes führt sowie den Rechteinhabern keine freie Wahl mehr lässt, sich die Verwertungsgesellschaft ihres Vertrauens auszusuchen.

- 268** Das Ziel der Empfehlung ist die **Vereinfachung der Lizenzierungsverfahren**, um legale Musikdienste zu fördern.<sup>526</sup> Die Kommission fordert im Ergebnis die **Wahl- und Wechselfreiheit für Rechteinhaber** hinsichtlich der Verwertungsgesellschaft **für den Online-Bereich** (Ziff 3) und zwar unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit (Ziff 13a). Hierzu sollen Rechteinhaber den von der Verwertungsgesellschaft wahrzunehmenden Rechtemumfang im Hinblick auf Inhalt und Territorium individuell bestimmen können (Ziff 5a–c). Die Verwertungsgesellschaften sollen entsprechend sicherstellen, dass Onlinerechte, die ein Rechteinhaber im Rahmen seiner Wahl- und Wechselfreiheit einer anderen Verwertungsgesellschaft übertragen hat, vom Geltungsbereich der noch bestehenden Gegenseitigkeitsverträge ausgenommen werden (Ziff 5d). Die Kommission geht davon aus, dass sich hierdurch das über Gegenseitigkeitsverträge lizenzierbare Repertoire nach und nach verringern und dies zur **Aufhebung des Modells der Gegenseitigkeitsverträge** führen würde.<sup>527</sup> Mit diesen Maßnahmen soll im Onlinebereich schrittweise die Möglichkeit der Vergabe von **EU-weiten Direktlizenzen** durch eine Verwertungsgesellschaft ermöglicht werden. Ergänzend sollen einheitliche Rechenschafts- und Informationspflichten (Ziff 6 ff, 14), Beteiligungsmöglichkeiten (Ziff 13b) sowie Transparenzvorschriften zu den Verwaltungskosten (Ziff 11 f) die Leistungen der Verwertungsgesellschaften untereinander vergleichbarer machen. Alle Berechtigten sollen ihre Ausschüttungen nach dem **gleichen Verteilungsschlüssel** erhalten, unabhängig davon, ob sie von der Verwertungsgesellschaft direkt vertreten wurden oder indirekt über einen Gegenseitigkeitsvertrag mit einer Schwesterngesellschaft (Ziff 10, 13a).
- 269** Die Empfehlung der Kommission ist sowohl bei den Verwertungsgesellschaften als auch auf Verwerterseite auf heftige Kritik gestoßen.<sup>528</sup> Die Empfehlung verkennt bereits, dass die Online-Rechte im Musikbereich nicht sämtlich von Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden.<sup>529</sup> So ist zwar zutreffend, dass die Urheberrechte und Verlagsrechte an den Kompositionen für Online-Dienste über die jeweilige Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden. Für den ebenso notwendigen Erwerb der Leistungs-

<sup>526</sup> Erwägungsgrund 8 der Empfehlung.

<sup>527</sup> Studie zur Rechtswahrnehmung 54 ff.

<sup>528</sup> Eingehend auch zu alternativen Lizenzierungsmodellen von *Einem* MMR 2006, 649 ff; vgl auch *Hoeren* Kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, Stellungnahme zur Anhörung der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, abrufbar unter [http://www.bundestag.de/parlament/gremien/kommissionen/enqkultur/oeffentlanh/5\\_Verwertungsgesellschaften/stellungnahmen/2\\_Stellungnahmen\\_Anwendungspraxis\\_und\\_Europ\\_ische\\_Perspektiven/3\\_K-Drs\\_16-240.pdf](http://www.bundestag.de/parlament/gremien/kommissionen/enqkultur/oeffentlanh/5_Verwertungsgesellschaften/stellungnahmen/2_Stellungnahmen_Anwendungspraxis_und_Europ_ische_Perspektiven/3_K-Drs_16-240.pdf); demgegenüber *Lüder GRUR Int* 2007, 649, 657, wonach sich die Schaffung neuer Plattformen der Rechtklärung abzeichnet, welche von den existie-

renden Verwertungsgesellschaften gemeinsam betrieben werden könnten.

<sup>529</sup> Vgl *Geiss/Gerlach* FS Mailänder 526 ff: Lediglich für den nicht-interaktiven und wirtschaftlich bisher unbedeutenden Bereich des Webcasting und Simulcasting seien die Verwertungsgesellschaften der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller zuständig. Zu diesen existieren funktionierende Gegenseitigkeitsverträge unter den Verwertungsgesellschaften, welche in Abstimmung mit der EU-Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) entwickelt wurden – IFPI Simulcasting-Abkommen ABIEG 2001, C 231, 18; krit auch *Lüder* Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal 2007, 14 ff.

schutzrechte der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller an der konkreten Aufnahme geht die Empfehlung jedoch unzutreffend von zuständigen Verwertungsgesellschaften aus. Diese Rechte werden (derzeit) ausschließlich über die jeweiligen Tonträgerhersteller lizenziert. Ebenso wird mit dem Modell der Kommission die Möglichkeit der Wahrnehmung des sog Weltrepertoires aufgegeben, ohne dass gesichert ist, dass die Verwertungsgesellschaften tatsächlich EU-weite Direkt-Lizenzen vergeben werden können. Denn die Rechteinhaber könnten im Rahmen ihrer Wahl- und Wechselfreiheit weiterhin die Wahrnehmung ihrer Online-Rechte territorial aufspalten. Gegenüber dem Weltrepertoire-Modell stiege der Verwaltungsaufwand auf Verwerterseite erheblich an, schon allein deshalb, weil zunächst die für den jeweiligen Rechteinhaber zuständige Verwertungsgesellschaft in jedem einzelnen Fall ermittelt werden müsste.<sup>530</sup>

Schließlich erscheint die Annahme der Kommission, durch die geforderten Maßnahmen den Wettbewerb unter den Verwertungsgesellschaften zu fördern, nicht überzeugend. Denn bei dem Kommissionsmodell würde ein „Kampf um die Rechteinhaber“ beginnen, den die etablierten und entsprechend finanziell und organisatorisch ausgestatteten Verwertungsgesellschaften erfolgreicher zu führen in der Lage sind. Von entscheidender Bedeutung werden nämlich Qualität der Wahrnehmungsdienstleistung und insbesondere Umfang der Ausschüttung sein, die eine bestimmte Verwertungsgesellschaft gewährleistet. Je mehr wirtschaftlich bedeutende Rechteinhaber eine Verwertungsgesellschaft für sich gewinnen kann, umso stärker können die wirtschaftlich weniger bedeutenden Rechteinhaber „aufgefangen“ und mit attraktiven Ausschüttungen gebunden werden. Darüber hinaus besteht gerade auch durch die Wahlfreiheit der Rechteinhaber die Möglichkeit, dass diese sich für eine Verwertungsgesellschaft entscheiden, welche insbesondere für die Wahrnehmung eines bestimmten inhaltlichen Repertoires bekannt ist, was wiederum zu einer vom Repertoireabhängigen Konzentration unter den Verwertungsgesellschaften führen kann.<sup>531</sup> **270**

**b) Gewerbliche Schutzrechte.** Auf dem Gebiet der gewerblichen Schutzrechte beschränkten sich die Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft zunächst überwiegend auf die Harmonisierung des materiellen bereichsspezifischen Rechts der Mitgliedstaaten oder auf die Schaffung einer einheitlichen Rechtsgrundlage auf gemeinschaftlicher Ebene, zB durch Schaffung einheitlicher Rechte, die in der gesamten Gemeinschaft gelten, so bspw **Gemeinschaftsmarken**, **Gemeinschaftsgeschmacksmuster** oder das noch in Erörterung befindliche **Gemeinschaftspatent**. In der Erkenntnis, dass Nachahmungen, Produktpiraterie und allgemein die Verletzung geistigen Eigentums in der globalisierten Informationsgesellschaft ständig zunehmen, leitete die Kommission mit der **Enforcement-Richtlinie** auch die Schaffung einheitlichen Rechtsschutzes ein, um die von Land zu Land noch sehr unterschiedlichen Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung zu harmonisieren und damit die Flucht der Verletzer in Länder mit weniger wirksamen Schutz gegen Piraterie und Nachahmung entgegenzuwirken. **271**

**aa) Marken-Richtlinie und Gemeinschaftsmarken-Verordnung.** Bereits 1988 wurde mit der Ersten Markenrichtlinie (MarkenRL)<sup>532</sup> das mitgliedstaatliche Markenrecht in **272**

<sup>530</sup> Zu den Parametern ökonomisch effizienter, kollektiver Rechtswahrnehmung vgl eingehend *Hansen/Schmidt-Bischofshausen* GRUR Int 1997, 461 ff.

<sup>531</sup> So auch *Geiss/Gerlach* FS Mailänder, 523, 529.

<sup>532</sup> Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken vom 21.12.1988, ABIEG 1989, L 40, 1 vom 11.2.1989.

wesentlichen Zügen harmonisiert, welche durch das Markenreformgesetz von 1994 in deutsches Recht umgesetzt wurde.<sup>533</sup> Mit der Richtlinie wurden die **Markenformen** (Art 2 MarkenRL) sowie die absoluten und relativen **Eintragungshindernisse** (Art 3, 4 MarkenRL) vereinheitlicht, ferner die **Rechte aus der Marke** (Art 5 MarkenRL) sowie aus ihrer Benutzung (Art 10 MarkenRL). Mit der Richtlinie wurde der Grundsatz der europaweiten Erschöpfung bestätigt (Art 7 Abs 1 MarkenRL).

- 273** Mit der späteren Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMVO)<sup>534</sup> wurde für das gesamte Gemeinschaftsgebiet die **einheitliche Gemeinschaftsmarke** (Art 1 GMVO) geschaffen, welche einheitlich beim **Harmonisierungsamt** für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) in Alicante (HABM)<sup>535</sup> verwaltet werden sollte. Markenfähig als Gemeinschaftsmarke sind seither alle Zeichen, die sich graphisch darstellen lassen, sofern sie geeignet sind, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art 4 GMVO).<sup>536</sup> Als zusätzliche Erweiterung markenrechtlichen Schutzes sieht die MarkenRL für die Mitgliedstaaten die Option vor, den Ruf und die Unterscheidungskraft **bekanntere Marken** gegen Schädigung und Ausbeutung zu schützen. Dies wird entsprechend auch in der GMVO verbürgt.
- 274** Das Gemeinschaftsmarkenrecht wird insbesondere von den Grundsätzen der relativen Autonomie, der Einheitlichkeit sowie der Koexistenz und Äquivalenz mit nationalen Marken bestimmt.<sup>537</sup> Die Verordnung enthält unmittelbar wirksame Vorschriften hinsichtlich der materiellen Schutzvoraussetzungen für die Gemeinschaftsmarken, zum Anmelde- und Eintragungsverfahren, zur Schutzdauer sowie zu spezifischen Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften.<sup>538</sup> Für Klagen wegen Verletzung einer Gemeinschaftsmarke gelten primär die **besonderen Zuständigkeitsvorschriften** der Verordnung (Art 90 Abs 1 GMVO iVm den Vorschriften des EuGVÜ<sup>539</sup> und der EuGVVO<sup>540</sup>), wobei statt der Schaffung einer europäischen Gemeinschaftsmarkengerichtbarkeit die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten als Gemeinschaftsmarkengerichte für Streitigkeiten über die Verletzung von Gemeinschaftsmarken zuständig sein sollen.<sup>541</sup>

<sup>533</sup> Markenrechtsreformgesetz vom 25.10.1994, BGBl 1994 I S 3082. In Kraft getreten am 1.1.1995.

<sup>534</sup> Verordnung VO 40/94/EG des Rates über die Gemeinschaftsmarke vom 20.12.1993, ABIEG 1994, L 11, 1 und Verordnung VO/3288/94/EG des Rates zur Änderung der Verordnung VO 40/94/EG über die Gemeinschaftsmarke zur Umsetzung der im Rahmen der Uruguay-Runde beschlossenen Übereinkunft vom 22.12.1994, ABIEG 1994, L 349, 83. In Kraft getreten am 1.1.1995. Geltung ab 1.1.1996.

<sup>535</sup> Das Harmonisierungsamt nahm am 1.4.1996 seine Arbeit auf; weiterführend *Ann ZEuP* 2002, 5 ff.

<sup>536</sup> Zum Erfordernis der Kennzeichnungskraft vgl *Knaak GRUR Int* 2007, 801 ff.

<sup>537</sup> Eingehend *Eisenführ/Schennen* Art 1 GMVO Rn 3.

<sup>538</sup> Eingehend *Schricker/Bastian/Knaak/Knaak* GMVO Rn 55 ff; zum Vorlageverfahren des

BGH im Fall „Diesel“ und zu der Frage, ob Warentransit nach richtlinienkonformer Auslegung bereits eine Markenrechtsverletzung sein kann vgl *Leitzen GRUR* 2006, 89 ff.

<sup>539</sup> Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BGBl 1998 II S 1412.

<sup>540</sup> Verordnung 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABIEG 2001, L 12, 1.

<sup>541</sup> Zu den damit verbundenen Problemen bei der Rechtsdurchsetzung *Knaak GRUR Int* 2007, 386 ff; zur Reichweite der Zuständigkeiten nationaler Gerichte nach der EuGVÜ und der EuGVO eingehend *Heinze/Roffael GRUR* 2006, 787 ff.

**bb) Geschmacksmuster-Richtlinie und Gemeinschaftsgeschmacksmuster-Verordnung. 275**

Zu den gemeinschaftsrechtlich inzwischen weitestgehend harmonisierten Bereichen zählt auch das Geschmacksmusterrecht. Zum einen wurden die nationalen Geschmacksmuster-gesetze durch die europäische Geschmacksmusterrichtlinie (GGRL) von 1998 harmonisiert.<sup>542</sup> Vereinheitlicht wurden dabei insbesondere die **Definitionen des Musters** und seiner Schutzvoraussetzungen **Neuheit und Eigenart**.<sup>543</sup> Die Richtlinie wurde 2004 in deutsches Recht umgesetzt.<sup>544</sup> Die Richtlinie hebt den Geschmacksmusterschutz gemeinschaftsweit an indem sie dieses als eigenständiges gewerbliches Schutzrecht begreift und damit von den Anforderungen des Urheberrechts loskoppelt.<sup>545</sup>

Zum anderen hat der Gemeinschaftsgesetzgeber ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster geschaffen, welches in der Geschmacksmusterverordnung (GGVO) kodifiziert ist.<sup>546</sup> Eine Besonderheit des Schutzes als Gemeinschaftsrecht besteht in der **Einführung eines nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters**, welches insbesondere dem Schutz kurzlebiger Produkte, wie bspw. Modeneuheiten dient und drei Jahre lang gegen Nachahmungen schützt.<sup>547</sup> **276**

Die Europäische Kommission hat im Juli 2007 zwei weitere Verordnungen erlassen, die erforderlich sind, um dem Beitritt der EG zur Genfer Akte des Haager Abkommens über die internationale Eintragung gewerblicher Muster und Modelle Wirkung zu verleihen.<sup>548</sup> Nach diesem Beitritt können europäische Unternehmen Geschmacksmuster **mit einem einzigen Antrag nicht nur innerhalb der EU, sondern auch in den Vertragsstaaten der Genfer Akte** schützen lassen. Diese Verordnungen vereinfachen die Regelungen zur Prüfung von Anmeldungen und Verlängerungen von Gemeinschaftsgeschmacksmustern und schaffen eine einheitliche Zuständigkeit für die Verwaltung der eingetragenen Geschmacksmuster durch das **Harmonisierungsamt** für den Binnenmarkt (HABM). **277**

Mit zwei weiteren Verordnungen<sup>549</sup> wurden die an das HABM zu entrichtenden **Gebühren** sowie die Gebühren für internationale Anmeldungen, in denen die Europäische Gemeinschaft benannt ist, vereinheitlicht. **278**

<sup>542</sup> Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, ABIEG 1998, L 289, 28.

<sup>543</sup> Eingehend Eichmann/von Falckenstein/*Eichmann* § 2 GeschmMG Rn 1.

<sup>544</sup> Gesetz zur Reform des Geschmacksmusterrechts vom 12.3.2004, BGBl 2004 I S 390. In Kraft getreten am 1.6.2004.

<sup>545</sup> Zum eigenständigen Charakter des Geschmacksmusters und seinem Verhältnis zu den anderen Rechtsinstituten vgl. *Wandtke/Ohst* GRUR Int 2005, 91 ff.

<sup>546</sup> Verordnung (EG) Nr 6/2002 des Rates vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABIEG 2002, L 3, 1.

<sup>547</sup> Weiterführend *Oldekop* WRP 2006, 801 ff.

<sup>548</sup> Verordnung (EG) Nr 876/2007 der Kommission vom 24.7.2007 zur Änderung der

Verordnung (EG) Nr 2245/2002 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr 6/2002 des Rates über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster nach dem Beitritt der Europäischen Gemeinschaft zur Genfer Akte des Haager Abkommens über die internationale Eintragung gewerblicher Muster und Modelle (Text von Bedeutung für den EWR), ABIEG 2007, L 193, 13.

<sup>549</sup> Verordnung (EG) Nr 877/2007 der Kommission vom 24.7.2007 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr 2246/2002 über die an das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) zu entrichtenden Gebühren nach dem Beitritt der Europäischen Gemeinschaft zur Genfer Akte des Haager Abkommens über die internationale Eintragung gewerblicher Muster und Modelle, ABIEG 2007, L 193, 16.

- 279** Mit dem Beitritt der Europäischen Union zur Genfer Akte des Haager Abkommens am 24.9.2007 sind die Verordnungen zum Gemeinschaftsgeschmacksmuster verbindlich geworden und traten zum 1.1.2008 in Kraft.
- 280** cc) **Patentschutz.** Seit dem 1.6.1978 besteht nach dem **Europäischen Patentübereinkommen von 1973 (EPÜ)**<sup>550</sup> die Möglichkeit, beim Europäischen Patentamt in München mit einer einzigen Patentanmeldung (**Europäisches Patent**), welche in Deutsch, Englisch oder Französisch abgefasst sein kann, Patentschutz in mehreren europäischen Staaten gleichzeitig zu erreichen. Dem Anmelder steht die Auswahl der einzelnen Staaten offen. Soll ein Patent in mehr als drei Ländern angemeldet werden, so ist eine „gesammelte“ Anmeldung über das europäische Patent preisgünstiger als eine Einzelanmeldung in den jeweiligen Staaten. Da das Europäische Patent als ein **Bündel nationaler Patente** aber jeweils nur wie ein nationales Patent wirkt, erspart die gesammelte Anmeldung jedoch nicht den Arbeitsaufwand und die einzelnen Gebühren, die jährlich für den Patentschutz in den einzelnen Ländern zu entrichten sind. Für Verletzungs- und Nichtigkeitsverfahren sind entsprechend nur die jeweiligen nationalen Patentgerichte zuständig.
- 281** Nicht nur um einen einheitlichen Patentschutz im Binnenmarkt zu gewährleisten, sondern auch zur Vereinfachung und der Erreichung eines Patentschutzes in der Gemeinschaft, haben die Mitgliedstaaten bereits 1989 ein **Übereinkommen zum Gemeinschaftspatent** als Sonderabkommen zum EPÜ ausgehandelt, welches jedoch mangels ausreichender Ratifizierung nicht in Kraft getreten ist.<sup>551</sup>
- 282** Auf Gemeinschaftsebene begannen bereits im Jahr 2000 die Bemühungen der Kommission um die **Schaffung eines Gemeinschaftspatentsystems**, welches insbesondere Anreize für Investitionen in Forschung und Entwicklung bieten und die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft insgesamt fördern soll. Der von der Europäischen Kommission am 1.8.2000 vorgelegte **Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent** ist jedoch nachfolgend auf erhebliche Widerstände und Kritik gestoßen und bislang nicht in Kraft getreten.<sup>552</sup>
- 283** Ziel der gesetzgeberischen Bemühungen ist es, ein übernational wirkendes, **einheitliches Gemeinschaftspatent** einzuführen, welches durch eine einzige Patentanmeldung Patentschutz in allen EU-Staaten herbeiführt. Das **Gemeinschaftspatent als übernationales Patent** soll einheitlich in allen Mitgliedstaaten der EU wirken und für den Anmelder damit Administrationsaufwand wie Kosten sparen. Der Vorschlag der Kommission enthält Bestimmungen über die Schaffung eines einheitlichen Schutztitels mit den damit verbundenen Rechten aus dem Patent, über Klagemöglichkeiten zur Durchsetzung dieser Rechte, die Nichtigkeitsgründe sowie Bestimmungen betreffend die Verwaltung der erteilten Gemeinschaftspatente, zB deren jährliche Verlängerung. Laut Vorschlag soll das **Europäische Patentamt** für die Erteilung von Gemeinschaftspatenten zuständig werden. Die Kommission schlägt den **Beitritt der Gemeinschaft zum EPÜ** vor, um dem Europäischen Patentamt die Erteilung von Gemeinschaftspatenten zu ermöglichen. Das Europäische Patentamt könnte sodann Europäische Patente und Gemeinschaftspatente nach Maßgabe der einheitlichen Standards des EPÜ erteilen, was die Rechtseinheitlichkeit und

<sup>550</sup> Vom 5.10.1973, BGBl 1976 II S 826, zuletzt geändert durch die Akte vom 17.12.1991 zur Revision von Art 63 Des EPÜ. BGBl 1993 II S 242. Dem EPÜ gehören 31 Staaten an, darunter alle EU-Mitgliedstaaten.

<sup>551</sup> ABIEG 1989, L 401, 1 abrufbar unter:

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41989A0695\(01\):DE:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41989A0695(01):DE:HTML).

<sup>552</sup> KOM 2000, 412 endg, ABIEG 2000, L 337, 278.