

Stellungnahme*

zur

**Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des
Deutschen Bundestages am 12. 4. 2021,**

insbesondere zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes,

BT-Drucksache 19/27426

Anlass: Umsetzung der „DSM“-Richtlinie

Mit dem gegenständlichen Gesetzentwurf zielt die Bundesregierung auf die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 (DSM-RL) in deutsches Recht. Diese Richtlinie enthält umfassende Regelungen zur Ausgestaltung des Urheberrechts, zur Durchsetzung von Rechten, zu den Rechten und Pflichten von digitalen Plattformen und zu anderen Fragen,

für einen Überblick *Séverine Dusollier, The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition, Common Market Law Review 57 No. 4 (2020), S. 979.*

Die Umsetzung begegnet jedoch hinsichtlich verschiedener Elemente sowohl verfassungs- als auch europarechtlichen Bedenken. Diese Bedenken betreffen insbesondere die Figur der „mutmaßlich erlaubten Nutzung“ (1.), den Direktvergütungsanspruch gegenüber Plattformbetreibern (2.) sowie die Ausgestaltung von rückwirkenden Auskunftspflichten (3.).

* Dieser Stellungnahme liegt ein Gutachten im Auftrag von Rechteinhabern zugrunde.

1. Die „mutmaßlich erlaubte Nutzung“

Durch die in den §§ 9 ff. UrhDaG-E vorgesehene Figur der „mutmaßlich erlaubten Nutzung“ regelt der Entwurf die Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte – ihre Verfügbarkeit wie ihre Vergütung ohne und gegen den Willen der Urheber. Sie müssen die Veröffentlichung ihrer Inhalte auf einer Plattform grds. bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens hinnehmen.

Eine „mutmaßlich erlaubte Nutzung“ liegt „widerleglich“ (§ 9 Abs. 2 UrhDaG-E) vor, wenn „nutzergenerierte“ Inhalte weniger als die Hälfte eines oder mehrerer Werke enthalten, diese Ausschnitte mit anderem Inhalt kombinieren und die Nutzung entweder nach § 10 als geringfügige Nutzung zu qualifizieren ist oder aber nach § 11 durch den Nutzer als erlaubte Nutzung gekennzeichnet ist. Eine geringfügige Nutzung, § 10 UrhDaG-E, ist eine Nutzung, die nicht zu kommerziellen Zwecken oder nur zur Erzielung unerheblicher Einnahmen dient und dabei fremde Werke nur in einem als gering verstandenen Umfang nutzt, der nach Werktypen differenziert: So sind etwa bis zu 15 Sekunden einer Tonspur oder eines Filmwerkes erfasst. Weiter kann ein Nutzer einen eigentlich automatisch zu blockierenden Inhalt, der nicht geringfügig im Sinne des § 10 UrhDaG-E ist, nach § 11 UrhDaG-E als erlaubt kennzeichnen und damit auch Inhalte jenseits der geringfügigen Nutzung privilegieren. § 12 Abs. 2, 3 UrhDaG-E schließlich stellt Diensteanbieter wie Nutzer für die „mutmaßlich erlaubte Nutzung“ von urheberrechtlicher Verantwortung zumindest teilweise frei, auch wenn sich die Nutzung später als tatsächlich unerlaubt herausstellt.

Die „mutmaßlich erlaubte Nutzung“ ist nach der Intention des Entwurfs keine eigene, neue Schranke des Urheberrechts, sondern ein Schutzmechanismus für die gesetzlich erlaubten Nutzungen bei automatischer Filterung. Sie ist als technisch erfassbare Heuristik für verschiedene Formen gesetzlich erlaubter Nutzung angelegt, die eine ihrer äußeren Form nach wahrscheinlich gesetzlich erlaubte Nutzung privilegieren soll. Die „mutmaßlich erlaubte Nutzung“ soll so zum einen die Zielvorgaben der Art. 17 Abs. 4, 7, 8 der DSM-RL umsetzen und damit zum anderen einen Ausgleich zwischen dem Eigentumsgrundrecht und den Kommunikationsgrundrechten herstellen.

Dieser Ausgleich gelingt ihr nicht: Die „mutmaßlich erlaubte Nutzung“ gibt geschützte Inhalte einem unüberschaubaren Kreis von Nutzern auf Kosten der Rechteinhaber preis und zwingt diese zur Hinnahme eines Kontrollverlusts über werkdefinierende Ausschnitte aus geschützten Inhalten, die regelmäßig gerade die Höhepunkte eines Werkes ausmachen. Was

einmal online ist, bleibt online oder wird auf einer Plattform ohne dauerhafte Speicherung verkonsumiert, ohne dass ein Beschwerdeverfahren den eingetretenen Schaden noch verhindern könnte.

Werkausschnitte sind für die ökonomischen wie ideellen Belange der Rechteinhaber von größter Bedeutung und werden oft individuell lizenziert. Ausschnitte aus Werken, die für die massenhafte Verbreitung besonders anfällig sind und deren Nutzung nunmehr privilegiert werden soll, sind keine ökonomisch vernachlässigbare „Kleinstnutzungen“, sondern regelmäßig Höhepunkte eines Werkes: ein einprägsamer Refrain, die entscheidende Tor-szene, eine klassisch gewordene Filmszene, der Schlüsselsatz eines Textes.

Die von der Begründung bemühte Netzkultur des „user generated content“ bemüht gerade solche Inhalte, weil sie einerseits einen hohen Wiedererkennungswert bieten und zum anderen in der Aufmerksamkeitsökonomie des Netzes aufgrund ihrer Aktualität eine Prämie bieten. Die quantitative Bestimmung des § 10 UrhDaG-E geht am ökonomischen wie ideellen Kern des Eigentumsrechts vollständig vorbei: 15 Sekunden Abspann mögen eine geringe Bedeutung haben, 5 Sekunden „mein Name ist Bond, James Bond“ sind ikonisch und werden in der ganzen Breite aller Medien von den Rechteinhabern verwertet. Zugleich machen sie den Markenkern eines Werkes aus und prägen die Wahrnehmung von Inhalten und Urhebern nach außen. Daher ist auch der ideelle Teil des Urheberrechts durch solche Nutzungen, vor allem weil sie Kombinationen im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E sind, besonders bedroht.

Eine besondere Belastung erzeugt die Nutzung umfangreicher Werkteile, die Nutzer gemäß § 11 UrhDaG-E durch eine Kennzeichnung als erlaubt selbst freizeichnen können. Danach muss eine Werknutzung sich lediglich unter der Hälfte des Werkes bewegen, was bei Musik und Film gegenüber den Sekunden-Vorgaben des § 10 UrhDaG-E eine massive Ausweitung bedeutet. Hier wird der umfangreichen Nutzung geschützter Inhalte bei nur minimalen Veränderungsdruck Tür und Tor geöffnet. Weil die hälftige Begrenzung der Werknutzung in § 9 UrhDaG-E durch die Aufteilung auf mehrere Veröffentlichungen leicht zu umgehen ist, könnte im Rahmen des § 11 UrhDaG-E ein nur um Sekunden beschnittenes Fußballspiel oder ein Spielfilm in zwei durch eine Playlist verbundene Blöcke veröffentlicht werden. Der § 11 UrhDaG-E erhöht damit nicht nur gegenüber dem § 10 UrhDaG-E massiv die Eingriffstiefe, er weist auch kein nachvollziehbares Regelungskonzept auf: Die Vorgabe nimmt objektive Vorgaben des § 10 UrhDaG-E zugunsten eines subjektiven Elements, der Kennzeichnung als erlaubte Nutzung, zurück. Diese Freiheit korrespondiert nach dem Entwurf aber

nicht mit einer sanktionierbaren Verantwortung: Die Kennzeichnenden werden für ihre Kennzeichnung praktisch nicht einzustehen haben. Das Regelungsmodell der „mutmaßlich erlaubten Nutzung“ beschränkt die Rechteinhaber damit hinsichtlich der Verfügung und der Vergütung von Inhalten von erheblicher Bedeutung.

Die „mutmaßlich erlaubte Nutzung“ ist nicht mit dem Unionsrecht vereinbar. Sie stört das Pflichtenprogramm des Art. 17 Abs. 4 DSM-RL und sprengt die Ausnahmen und Beschränkungen des Art. 5 InfoSoc-RL: Weder die qualitativen noch die quantitativen Kriterien der §§ 9, 10, 11 UrhDaG-E sind durch Art. 5 InfoSoc-RL gedeckt. Weil der aus einer „mutmaßlich erlaubten Nutzung“ folgende Schaden durch ein Beschwerdeverfahren nicht rückgängig zu machen ist, lässt sich die „mutmaßlich erlaubte Nutzung“, anders als vom Entwurf intendiert, nicht als einstweilige Regelung vor Herstellung eines schrankenkonformen Endzustandes in einem Beschwerdeverfahren fassen. Die Regelung wirkt aufgrund des sich unmittelbar realisierenden Schadens wie eine nicht in der InfoSoc-RL angelegte Ausnahme und Beschränkung.

Die „mutmaßlich erlaubte Nutzung“ verstößt weiter gegen den Drei-Stufen-Test, die Vertragsfreiheit und das Gebot wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen und läuft schließlich dem Ziel eines einheitlichen Binnenmarktes mit einem hohen Schutzniveau für das Urheberrecht zuwider. Sie ist nicht durch Art. 17 Abs. 7, 8 DSM-RL gedeckt, weil das Verbot einer allgemeinen Überwachungspflicht dem Filter-Einsatz nicht entgegensteht und die Sicherung des Urheberrechts durch technische Maßnahmen mit einer erst nachträglichen Berücksichtigung der Ausnahmen und Beschränkungen den unionsrechtlichen Normalfall darstellt.

Das Regelungsmodell der „mutmaßlich erlaubten Nutzung“ gewichtet außerdem die betroffenen Grundrechte falsch und verstößt so gegen Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Die Belange der Rechteinhaber werden unverhältnismäßig stark verletzt, weil das vorgesehene Nutzungsmodell zum umrisse- nen Kontrollverlust mindestens über definierende Werkeigenschaften führt und damit eine besondere Eingriffstiefe aufweist, die nicht durch Missbrauchssicherungen gemildert wird. Dies gilt insbesondere für den Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG, daneben auch Art. 12 Abs. 1 GG.

Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Senats- und Kammer-Entscheidungen Maßstäbe aus Art. 14 Abs. 1 GG für die Ausgestaltung des Urheberrechts entwickelt und angewendet,

BVerfGE 31, 229 – Schulbuchprivileg; BVerfGE 49, 382 – Kirchenmusik;
BVerfGE 81, 208 – Bob Dylan; BVerfG, NJW 1984, 1293 – Sprayer von Zürich;
BVerfG, 1 BvR 825/98 – Germania III; BVerfGE 142, 74 – Metall auf Metall.

Einschränkungen des Urheberrechts können danach durch andere Grundrechte oder Allgemeinwohlintereessen gerechtfertigt sein, diese müssen dann aber auch „Grund und Grenze der dem Eigentümer aufzuerlegenden Beschränkungen“ (BVerfGE 81, 208 [220]) sein. Dabei genügt nicht jedes öffentliche Interesse für eine Beschränkung:

„Das heißt indes nicht, dass der Gesetzgeber das Verfügungsrecht aufgrund jedweden staatlichen oder politischen Interesses entziehen darf. Denn historisch und wirtschaftlich stellt es für den Rechteinhaber das Mittel dar, mit dem Interessierten vor der Nutzung eine Vergütung aushandeln zu können. Ist die Nutzung bereits erfolgt, ist die Verhandlungsposition des Rechteinhabers geschwächt. Ein gesetzlich festgelegter nachträglicher Vergütungsanspruch ist daher stets nur Ersatz (vgl. BVerfGE 31, 229 [243]; 79, 29 [41]).“, BVerfGE 142, 74 (98) – Metall auf Metall.

Für Eingriffe in das Verwertungsrecht gilt gegenüber dem Verfügungsrecht eine erhöhte Schwelle, wonach es eines gesteigerten öffentlichen Interesses bedarf,

BVerfGE 31, 229 (243) – Schulbuchprivileg; zuletzt BVerfGE 142, 74 (98) – Metall auf Metall, st. Rspr.

Dieses wird durch den Entwurf nicht dargetan. Die Betroffenheit kommunikativer Freiheitsrechte wird im Entwurf und seiner Begründung unterstellt, aber nicht belegt. Dabei liegt der dogmatische Ausgangspunkt einer solchen Begründung in der Feststellung, dass die Grundrechte Nutzern nicht per se ein Recht auf die Nutzung privater Plattformen verleihen,

zum Recht im Fall einer staatlichen Nutzung BVerfGE 128, 226 – Fraport; bei Privaten BVerfGE 148, 267 – Stadionverbot.

Vielmehr bedarf, weil es im Ergebnis auch Grundrechtsträger verpflichtet, eine erweiternde Anwendung einer eigenen Begründung. Art. 5 GG verleiht kein Recht auf eine sofort verfügbare private Infrastruktur für beliebige Veröffentlichungen. Die Möglichkeit zur Nutzung der Plattform ist insgesamt nicht in das Belieben eines Nutzers gestellt, der Plattformbetreiber kann die Reichweite seiner Plattform selbst durch Allgemeine Geschäftsbedingungen gestalten, damit auch gegenüber bestimmten Inhalten beschränken

Michael Beurskens, NJW 2018, 3418; Jörn Lüdemann, MMR 2019, 279.

Auch wenn man eine pauschale Anwendbarkeit der Grundrechte unterstellen wollte, bliebe die Reichweite ihres Schutzbereichs für die hier interessierenden Konstellationen alles andere als selbstverständlich. Es ist unklar, warum Meinungsfreiheit „memes“ braucht und

schwer nachvollzuziehen, warum „user uploaded content“ in erheblichem Umfang Kunst im Sinne von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG darstellt. Meinungs-, Informations- und Kunstfreiheit müssen, falls sie überhaupt betroffen sind, gegenüber den grundrechtlich geschützten Belangen der Rechteinhaber zurückstehen, weil sich die Sperrung eines erlaubten Inhaltes gegenüber der verbotenen öffentlichen Wiedergabe eines geschützten Inhalts als grundrechtsschonender erweist: Hinsichtlich des Maßes der Betroffenheit ist festzuhalten, dass der Entwurf, wie gesehen, Eingriffe einer beträchtlichen Breite und Tiefe in die Eigentumsgarantie ermöglicht, obwohl die Wahrscheinlichkeit einer grundrechtsrelevanten Nutzung aus den genannten Gründen gering ist. Im Ergebnis sind Rechteinhaber in ihren Grundrechten in dieser Konstellation deutlich stärker betroffen als die Nutzer, weil ihre Verwertungsinteressen in zeitlich Hinsicht besonders fragil sind. So führt die „mutmaßlich erlaubte Nutzung“ in einer Vielzahl von Fällen zu einer vollkommenen Entwertung des Eigentumsrechts, während die Aufschiebung einer Veröffentlichung für einen tatsächlich durch Art. 5 GG geschützte Nutzung nur eine Verzögerung darstellt. Zugleich verletzt die Ausgestaltung auch das verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Urheberpersönlichkeitsrecht, weil der Kontrollverlust über eigene Inhalte auch eine unzumutbare Gefährdung ideeller Interessen bedingt.

Der § 12 Abs. 1 UrhDaG-E, der die Vergütung erlaubter Nutzungen regelt, ist schließlich nur dann verfassungskonform, wenn er dahingehend verstanden wird, dass ihm Lizenzen nach § 4 Abs. 1 UrhDaG-E vorgehen. An der Verfassungswidrigkeit des Modells der „mutmaßlich erlaubten Nutzung“ ändert aber auch eine konforme Auslegung der Vergütungsregel nichts.

2. Der Direktvergütungsanspruch

Ein Urheber ist auf Intermediäre angewiesen, die die Verbreitung des Werkes unterstützen und bei dieser Verbreitung teilweise neue Werke schaffen. Diese Intermediäre helfen dem Urheber bei der Gestaltung und Verbreitung seines Werks: den Autoren von Text oder Musik als Verleger, dem Sportverein als Verband, der Performerin als Sender in Radio oder Fernsehen. In diese frei gestalteten Beziehungen greift der Gesetzentwurf massiv ein: § 4 Abs. 3 S. 1 UrhDaG-E gewährt dem Urheber gegenüber einem Diensteanbieter auch dann einen unmittelbaren Anspruch auf angemessene Vergütung, wenn dieser Urheber das Recht der öffentlichen Wiedergabe einem Dritten eingeräumt hat. Durch den Verweis in § 4 Abs. 3 S. 2 UrhDaG-E auf § 20b Abs. 2 S. 2 UrhG ist zudem ausgeschlossen, dass der Urheber auf

diesen gesetzlichen Anspruch vertraglich verzichten kann. Urheber und Schutzrechteinhaber, § 21 UrhDaG-E, können nicht über die Ansprüche gegenüber der Plattform in eigenem Namen verfügen, weil diese den Verwertungsgesellschaften zur Geltendmachung kraft Gesetzes übertragen sind.

Indem der Urheber zu einer direkten Beziehung mit dem Plattforminhaber verpflichtet wird, kann er die Ausgestaltung seiner Rechteübertragung in dieser Hinsicht nicht mehr an einen Rechteinhaber delegieren. Damit kann dieser umgekehrt nur noch in einem beschränkten Rahmen für den Urheber in einer für beide Seiten günstigen Art und Weise tätig werden.

§ 4 Abs. 3 S. 1 UrhDaG-E stipuliert damit eine Art Zwangsvertrag zwischen Urheber und Diensteanbieter, also den schwersten denkbaren Eingriff in die Vertragsfreiheit. Betrachtet man die gesetzgeberische Entwicklung der letzten Jahre und Jahrzehnte, so drängt sich der Eindruck auf, dass sich der als solcher verfassungsrechtlich gebotene Schutz der Urheber zu einem Topos verselbstständigt hat, der immer weitere Eingriffe in die Vertragsfreiheit rechtfertigen soll, ohne dass diese Vertiefungen zu einer gesonderten europa- oder verfassungsrechtlichen Rechtfertigung oder auch nur zu einer frischen empirischen Bestandsaufnahme auf Seiten des Gesetzgebers führen würden.

Art. 18 Abs. 2 DSM-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung, den „Grundsatz der Vertragsfreiheit“ zu beachten. Diese Formulierung weist darauf hin, dass den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Regulierung der Vertragsverhältnisse ein Spielraum eingeräumt werden soll. Eine Grenze dieses Spielraums dürfte aber dort erreicht sein, wo der mitgliedstaatliche Gesetzgeber die Vertragsfreiheit nicht nur stark reguliert, sondern im Ergebnis dadurch entzieht, dass sich ein Urheber einer solchen Rechtsbeziehung nicht verweigern kann. Selbst wenn man den Schluss eines unionsrechtlichen Verbots des Zwangsvertrags nicht ziehen wollte, wäre die Bundesrepublik aus Art. 18 Abs. 2 DSM-RL zu einer umfassenden objektiven Rechtfertigung gerade dieses Regelungszugriffs verpflichtet, welche dessen Geeignetheit und Notwendigkeit eingehend darlegen müsste. Eine solche Rechtfertigung findet sich in den Ausführungen des Entwurfs nicht, sie erscheint aber auch objektiv kaum möglich, weil sich keine wesentlich anderen Belange für die Regulierung finden lassen als die, die bereits vergangenen Novellierungen des Urhebervertragsrechts zugrunde lagen.

Die von der Bundesregierung bei Zustimmung zur DSM-RL abgegebene Protokollerklärung (namentlich Nr. 8) ändert an dieser Einordnung nichts. Solche Erklärungen haben nach der

Rechtsprechung des EuGH wie nach ganz herrschende Meinung in der Literatur keine rechtliche Bindungswirkung,

EuGH, C-292/89, Tz. 17 f., *Marcus Lutter* JZ 1992, 593 (601); *Armin v. Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, EU-Recht, Art. 2 EGV, Rn. 13; zu Protokollerklärungen allgemein *Joachim Karl* JZ 1991, 593 (595 f.); *Torsten Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 3, Einleitung (FKVO) Rn. 78.

Sie sind auch zur Auslegung eines Rechtsakts nur nachrangig heranzuziehen, jedenfalls dann, wenn die Erklärung in Widerspruch zum Inhalt des Rechtsakts steht.

Regelungen wie § 4 Abs. 3 S. 1 UrhDaG-E stellen für die Rechteinhaber zudem einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit dar. Das hat das BVerfG in seiner noch relativ jungen Entscheidung zur Novellierung des Urhebervertragsrechts festgestellt (BVerfGE 134, 204 [2013]). Für die Urheber greifen solche Regelungen nach dieser Entscheidung zudem in die Eigentumsgarantie ein. Hat das Gericht in der genannten Entscheidung die Reform des Urhebervertragsrechts 2002 als gerechtfertigt angesehen, so zeichnet die Entscheidung zugleich Grenzen einer solchen Rechtfertigung. Das Gericht erkennt an, dass „soziale und wirtschaftliche Ungleichgewichte“ eine Regulierung auch primärer Vertragsinhalte rechtfertigen können. Damit ist aber auch eine verfassungsrechtliche Grenze bezeichnet, die mit Blick auf die Konstruktion des § 4 Abs. 3 S. 1 UrhDaG-E überschritten wird. Der Übergang von der gesetzlichen Ausgestaltung von Vertragsinhalten zur Verpflichtung zu einem Vertragsverhältnis stellt einen deutlich schwerwiegenderen Eingriff dar. Dieser ist mit den Maßstäben der Entscheidung als unverhältnismäßige Verletzung der Berufsfreiheit zu bewerten.

Dieser Eingriff in die Berufsfreiheit wird für Rechteinhaber noch dadurch verschärft, dass §§ 5 Abs. 1 S. 2, 12 Abs. 1 S. 2 UrhDaG-E die Geltendmachung des Vergütungsanspruchs mutmaßlich und tatsächlich erlaubter Nutzungen ausschließlich Verwertungsgesellschaften zuweist. Dabei erstreckt sich der Direktvergütungsanspruch auch auf Herstellerrechte, was zum Beispiel dazu führt, dass künftig eine Musikfirma nicht mehr direkt an eine entsprechende Plattform lizenzieren könnte, da der Anspruch nur durch eine Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden kann. Rechteinhaber verlieren damit in Widerspruch zu Art. 12 Abs. 1 GG einen wesentlichen Teil der zu ihrem jeweiligen Berufsbild gehörenden Tätigkeit.

3. Die anlasslose, rückwirkende Auskunftspflicht nach §§ 32d, e UrhG-E

Die Ausgestaltung der Auskunftspflicht nach § 32d UrhG-E unterliegt nicht mehr der Anforderung des Urhebers, sondern ist als selbstständige Berichtspflicht gefasst. Sie unterliegt im Entwurf keinem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsmaßstab, sondern nur einer Begrenzung des verhältnismäßigen Aufwands. Dies widerspricht dem in Art. 19 Abs. 3 DSM-RL den Mitgliedstaaten aufgegebenen allgemeinen Maßstab der Verhältnismäßigkeit und Effektivität. Die gesetzliche Regelung knüpft in ihrer Pauschalität die Auskunftspflicht an keine der beiden Prinzipien.

Die Verpflichtung stellt weiter einen Eingriff in Grundrechte dar: Die in § 32d UrhG-E vorgesehene anlasslose Auskunftspflicht greift qualifiziert in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ein. Sie berührt grundrechtlich geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die auch verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe aufrufen. Für die Angemessenheit von Eingriffen in die Berufsfreiheit, die den Umgang mit Geschäftsgeheimnissen betreffen, hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich festgestellt, dass

„es dem Schutz des Art. 12 GG nicht genügt, die Grenzen der Betriebsgeheimnisse darauf zu beschränken, dass das Unternehmen keine existenziellen oder nachhaltigen Nachteile durch eine Veröffentlichung erleidet“, BVerfGE 115, 205 (240 f.).

Im vorliegenden Fall steht einem intensiven Eingriff in die Berufsfreiheit eine Rechtfertigung gegenüber, die nur einen sehr geringen Mehrwert beim Schutz der Rechte des Urhebers verspricht. Eine anlasslose Verpflichtung schafft einen immensen Aufwand und macht auch gerade dort Kosten und Arbeit, wo Informationen gar nicht angefragt werden,

so sehen es auch Ausschussempfehlungen des Bundesrats: Drucksache 142/1/21, S. 5 f.

Außerdem ist es grundsätzlich eine Obliegenheit jedes Rechteinhabers, sich um die Durchsetzung seiner Rechte zu kümmern. In einer freiheitlichen Rechtsordnung ist es zwar zweifelsohne eine Aufgabe des Gesetzgebers, objektive Hindernisse bei der Durchsetzung von Rechten, insbesondere von grundrechtlich geschützten Ansprüchen wie dem Urheberrecht zu überwinden. Zu solchen Hindernissen können auch Informationsdefizite über bestehende Vertragsverhältnisse gehören. Zu solchen objektiven Hindernissen gehört aber nicht die Notwendigkeit, dass sich ein Berechtigter selbst um die Durchsetzung seiner Rechte kümmert.

Die Rechtsordnung muss den Rechteinhabern alle Möglichkeiten, Recht zu bekommen, in die Hand geben. Nutzen müssen diese sie aber selbst.

Im Ergebnis findet sich für die Auskunftspflicht keine angemessene Rechtfertigung, weil sie den Urhebern keine neuen Informationen zur Durchsetzung ihrer Rechte gewährt, sondern sie im Vergleich zur geltenden Rechtslage nur von der Obliegenheit befreit, sich um diese Durchsetzung zu kümmern. Hinter dieser Befreiung steht aber kein eigenes verfassungsrechtliches Anliegen, während die Regelung den Eingriff in die Berufsfreiheit der Vertragsparteien beträchtlich vertieft.

Diese verfassungsrechtlichen Bedenken werden durch die vorgesehene Rückwirkung der Auskunftspflicht in § 133 Abs 3 UrhG-E vertieft. Unionsrechtlich ist diese nicht geboten. Eine unechte Rückwirkung hat das Bundesverfassungsgericht zwar bei der Reform des Urhebervertragsrechts zugelassen,

BVerfGE 134, 204 (232 ff.).

Deren Zulässigkeit hängt aber auch von der Intensität des rückwirkenden Eingriffs ab. Wenn es an einer Rechtfertigung in der Sache bereits fehlt, ist deren rückwirkende Anwendung erst recht unverhältnismäßig. Diese verfassungsrechtlichen Bedenken werden in der Entwurfsbegründung ausdrücklich formuliert, irritierenderweise aber nicht im Gesetzentwurf berücksichtigt.