

Urheberrecht und Musik in der digitalen Revolution

Von Thomas Hoeren

Ein Musikanbieter im E-Commerce muß sich zunächst durch den Dschungel des Immaterialgüterrechts wühlen, bevor er mit einem Projekt beginnen kann.¹ Dabei ist vor allem die Abgrenzung von Urheber- und Patentrecht von Bedeutung. Das Urheberrecht schützt künstlerische oder wissenschaftlich-technische Leistungen, die eine gewisse Originalität und Kreativität repräsentieren. Der Schutz besteht unabhängig von einer Registrierung, eines Copyright-Vermerks oder anderer Formalitäten; er beginnt mit der Schöpfung des Werkes und endet siebenzig Jahre nach dem Tod des Urhebers. Geregelt ist das Urheberrecht im Urheberrechtsgesetz aus dem Jahre 1965, einem Regelwerk, das schon aufgrund seines Alters nicht auf das Internet bezogen sein kann. Daher müssen neuere Bestimmungen des internationalen Urheberrechts ergänzend hinzugenommen werden: der World Copyright Treaty (WCT), der World Performers and Producers Rights Treaty (WPPT) und die sogenannte InfoSoc-Richtlinie der Europäischen Union. Bei ersteren handelt es sich um zwei völkerrechtliche Verträge, die im Rahmen der WIPO im Dezember 1996 ausgehandelt worden sind und 2002 in Kraft traten. Sie sehen ein weites Vervielfältigungsrecht und ein neues »right of making available to the public« vor. Die Vorgaben dieser Verträge sind EU-einheitlich 2001 durch die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (die InfoSoc-Richtlinie) umgesetzt worden.²

Die Informationsindustrie ist ein in sich international ausgerichteter Wirtschaftssektor. Informationen sind ihrer Natur nach ubiquitär, d.h. überall verbreitet. Sie können ohne hohen Kostenaufwand reproduziert und – zum Beispiel über internationale Datennetze – in wenigen Sekunden transferiert werden. Gerade Phänomene wie die Satellitenübertragung oder das Internet zeigen, daß nationale Grenzen keine besondere Bedeutung mehr haben. Daher stellt sich vorab die Frage, ob und wann das deutsche Urheberrecht bei Informationsprodukten zur Anwendung kommt. Das anwendbare Recht kann (scheinbar) vertraglich durch eine Rechtswahlklausel geregelt werden. Die Parteien vereinbaren die Anwendung einer bestimmten Urheberrechtsordnung auf ihre Rechtsbeziehungen. Jeder Vertrag unterliegt vorrangig dem von den Parteien gewählten Recht. Treffen die Parteien demnach eine Vereinbarung darüber, welches Recht Anwendung finden soll, ist diese immer vorrangig zu beachten. Dabei kommt sogar die Annahme einer konkludenten Rechtswahl in Betracht. Insbesondere die Vereinbarung eines Gerichtsstandes soll ein (widerlegbares) Indiz für die Wahl des am Gerichtsort geltenden materiellen Rechts sein.³ Das deutsche Urheberrechtsgesetz enthält jedoch zwingende Regelungen zu Gunsten des Urhebers, die nicht durch eine Rechtswahlklausel ausgehebelt werden können.⁴ Hierzu zählen die Regelungen über Urheberpersönlichkeitsrechte, der Zweckübertragungsgrundsatz, die Unwirksamkeit der Einräumung von Nutzungsrechten, die

- 1 Zum Patentschutz von Geschäftsideen siehe Markus Hößle, *Patentierung von Geschäftsmethoden – Aufregung umsonst?*, in: *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte* 2000, S. 331.
- 2 Siehe dazu auch Thomas Hoeren, in: *MultiMedia und Recht (MMR)*, 2000, S. 515.
- 3 So BGH, in: *Juristenzeitung (JZ)*, 1961, S. 261; *Wertpapiermitteilungen*, 1969, S. 1140f.; OLG Hamburg, in: *Versicherungsrecht*, 1982, S. 236; OLG Frankfurt, in: *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1983, S. 785.
- 4 Vgl. hierzu auch Thomas Hoeren / Dorothee Thum, in: Robert Dittich (Hrsg.), *Beiträge zum Urheberrecht V*, Wien 1997, S. 78.

Regelungen zur angemessenen Vergütung von Urhebern und zur weiteren Beteiligung bei einem besonders erfolgreichen Werk sowie das Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung. Ferner gilt eine Rechtswahlklausel von vornherein nicht für das Verfügungsgeschäft, also die rechtliche Beurteilung der Übertragung von Nutzungsrechten.¹ Wenngleich den Parteien also die Möglichkeit eingeräumt wird, das auf ihre vertraglichen Beziehungen anwendbare Recht zu bestimmen, gibt es viele Bereiche, die sich einer derartigen Rechtswahl entziehen. Deutsches Urheberrecht findet folglich auch dann Anwendung, wenn geschützte Inhalte, die auf einem Server im Ausland abgelegt sind, in Deutschland zugänglich gemacht werden. Darüber hinaus ist zu beachten, daß das gewählte Recht allein für die vertraglichen Rechtsbeziehungen entscheidend ist. So werden die oftmals auftretenden deliktischen Rechtsfragen nicht dem gewählten Vertragsstatut unterstellt, sondern nach dem Deliktsstatut beurteilt. Wenngleich umstritten ist, ob bei Urheberrechtsverletzungen direkt auf die 1999 eingefügte Tatortregel zurückgegriffen werden kann², gilt hier, dem geistigen Eigentum Rechnung tragend, nach allgemeiner Meinung das Schutzlandprinzip.³ Anwendbar ist danach das Recht des Staates, für dessen Gebiet Schutz gesucht wird, die sogenannte *lex loci protectionis*. Anders als bei der Verletzung von Sacheigentum richten sich bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten auch die kollisionsrechtlichen Vorfragen nach der *lex loci protectionis*.⁴ Hierzu zählen die Entstehung des Urheberrechts⁵, die erste Inhaberschaft am Urheberrecht und die Frage, ob und welche urheberrechtlichen Befugnisse übertragbar sind.⁶ Die Geltung des Schutzlandprinzips bereitet den Rechteevertwertern im Internetbereich große Probleme. Diejenigen, die sich rechtmäßig verhalten wollen, müssen ihre Online-Auftritte nach den Urheberrechtsordnungen all derjeniger Staaten ausrichten, in denen ihr Angebot abrufbar ist, da jeder dieser Staaten potentiell als Schutzland in Betracht kommt.⁷ Damit wird aber der Internetauftritt zu einem rechtlich unmöglichen Unterfangen; denn zu einer effektiven Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Auftritts müßten alle weltweit bekannten Urheberrechtsordnungen (technisch gesehen alle Rechtsordnungen der Welt) berücksichtigt werden.

Eine Änderung der kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkte ist nicht in Sicht. Denkbar wäre zwar eine analoge Anwendung der Regelung in der Satellitenrichtlinie 93/83/EWG. Diese Richtlinie wendet für die Zulässigkeit der Ausstrahlung von Satellitenfernsehsendungen in Europa einheitlich das Recht des Landes an, von dem die Satellitenausstrahlung aus herkunftsmäßig vorbereitet wird. Dies führt zu einer Anknüpfung an das Herkunftslandprinzip. Die Richtlinie ist allerdings auf den Bereich der Satellitenausstrahlung beschränkt. In der Richtlinie zu rechtlichen Fragen des elektronischen Handels hat man es jedenfalls abgelehnt, die satellitenrechtlichen Prinzipien auf das Internet zu übertragen. Daher ist das Immaterialgüterrecht weiträumig von der Geltung des Ursprungslandprinzips ausgenommen worden.⁸ Im übrigen könnte sich die Lage grundlegend durch den im Dezember 1996 verabschiedeten World Copyright Treaty geändert haben. Art. 8 des Vertrages hat innerhalb eines weitgefaßten Rechts auf öffentliche Wiedergabe ein ausschließliches Recht des »making available to the public« eingeführt. Im parallel dazu verabschiedeten World Performers and Producers Rights Treaty wird das Recht auf öffentliche Wiedergabe separat

- 1 Siehe auch BGH, Urteil vom 2. Oktober 1997, MMR 1998, S. 35 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1998, S. 1395 = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Internationaler Teil, 1998, S. 427 – Spielbankaffaire m. Anm. Gerhard Schricker. Daraufhin auch ähnlich OLG München, Urteil vom 10. Januar 2002, MMR 2002, 312.
- 2 Vgl. hierzu Rolf Sack, in: Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), 2000, S. 269, 271.
- 3 RGZ 129, S. 385, 388; BGH, Urteil vom 17. Juni 1989, BGHZ 118, S. 394, 397f.; BGH, Urteil vom 2. Oktober 1987, BGHZ 126, S. 252, 255; BGHZ 136, S. 380, 385f.; Staudinger/v. Hoffmann (1998), Art. 38 EGBGB, Rdnr. 574.
- 4 Seit langem schon anderer Ansicht ist Haimo Schack, zuletzt in MMR 2000, S. 59, 63f.
- 5 So auch BGHZ 49, S. 331, 334f.; BGH, IPRax 1983, S. 178; OLG Frankfurt, BB 1983, S. 1745.
- 6 BGH, Urteil vom 2. Oktober 1997 – I ZR 88/95, MMR 1998, 35 – Spielbankaffaire mit Anm. Gerhard Schricker. Ähnlich auch LG Hamburg, Urteil vom 4. September 2001, in: NJW 2002, S. 623.
- 7 Zu den damit verbundenen Haftungsproblemen siehe allgemein Ute Decker, MMR 1999, S. 7 und Arthur Waldenberger, ZUM 1997, S. 176.
- 8 Thomas Hoeren, MMR 1999, S. 192, 195f.

- 1 Art. 10, 14 und 15 WPPT.
- 2 Ähnlich auch Oberster Gerichtshof Wien, Entscheidung vom 6. Juli 2004, Medien und Recht, 2004, S. 265.

vom neuen Recht auf »making available to the public« geregelt.¹ Die Rechtsnatur dieses Rechts ist unklar. Es wird nicht deutlich, inwieweit dieses neue Online-Recht im Verhältnis zum allgemeinen Recht der öffentlichen Wiedergabe als eigenständiges Aliud anzusehen ist. Bislang kaum diskutiert sind auch die kollisionsrechtlichen Konsequenzen der beiden WIPO-Verträge. Der Akt des »making available to the public« findet technisch am Serverstandort statt. Das neue Recht könnte damit eine Vorverlegung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung dergestalt mit sich bringen, daß ein Inhaltsanbieter nur noch das Recht am jeweiligen Standort des Servers zu beachten hat. Man kann aber auch darauf abstellen, daß dieses Recht im WCT und WPPT dahingehend konkretisiert worden ist, daß »members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them«. Es könnte also auch weiterhin die Wertung getroffen werden, daß der einzelne Abruf durch den User als Teil des Bereitstellungsvorgangs anzusehen ist. Letztere Haltung dürfte die herrschende Auffassung sein.

Pixel, Sounds und Bits: Schutzfähige Werke und Gestaltungshöhe

Wenn bei der digitalen Nutzung von Musik das deutsche Urheberrecht kollisionsrechtlich also Anwendung findet, fragt sich als nächstes, welche Werke urheberrechtlich überhaupt schutzfähig sind. Nach § 1 Urheberrechtsgesetz (UrhG) erstreckt sich der Schutz auf Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst. Software wird als Werk der Literatur angesehen und ist deshalb ausdrücklich in die Kategorie der Sprachwerke aufgenommen worden. Bei multimedialen Werken ist im Einzelfall zu klären, ob es sich bei dem Produkt um ein filmähnliches Werk, ein Werk der bildenden Kunst oder aber ein Sprachwerk handelt. Als Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst sind etwa Sprachwerke, Werke der Musik, Werke der bildenden Kunst sowie Lichtbild- und Filmwerke geschützt. Besondere Probleme bereiten computergenerierte Werke. Computer sind in der Lage, Grafiken (sogenannte Fraktale) zu generieren, Software zu programmieren oder gar Liebesgedichte zu schreiben. In diesen Fällen fragt sich, ob man hier noch von Werken individueller Schöpfer reden kann. Meist wird hier darauf abgestellt, daß die Computer nur deshalb »kreativ« sein können, weil sie ihrerseits von einem menschlichen Programmierer zur »Kreativität« programmiert sind. Diesem Programmierer sollen dann auch die Rechte an den abgeleiteten Werken zustehen. Zumindest ist die gesetzgeberische Lösung im britischen Copyright, Designs and Patents Act von 1988.² In Deutschland wird immer noch stark die Auffassung vertreten, daß solche Werke nicht schutzfähig seien. Zu bedenken ist aber, daß das Urheberrechtsgesetz nur die Form eines Werkes schützt, d.h. die Art und Weise seiner Zusammenstellung, Strukturierung und Präsentation. Die Idee, die einem Werk zugrunde liegt, ist nicht geschützt. Je konkreter einzelne Gestaltungselemente übernommen worden sind, desto näher ist man an einer Urheberrechtsverletzung. Schwierig, ja fast unmöglich scheint

aber die Grenzziehung zwischen Idee und Form. Hier wird man sich klarmachen müssen, daß die Unterscheidung nicht ontologisch zu erfolgen hat, sondern auf einer gesellschaftlichen Entscheidung zu Gunsten des Freihaltebedürfnisses, also der freien Nutzung, beruht. Zu den freien Ideen gehören z.B. Werbemethoden, wissenschaftliche Lehren sowie sonstige Informationen, die als Allgemeingut anzusehen sind. Auch für die Werbebranche bringt dies erhebliche Schutzbeschränkungen mit sich. So sind zwar Werbeanzeigen dem Schutz nach dem UrhG zugänglich. Sie müssen hierzu aber in ihren individuellen Bestandteilen eine eigenschöpferische Prägung und Gestaltung aufweisen. Bei einem Gesamtvergleich mit vorbestehenden Gestaltungen müssen sich schöpferische Eigentümlichkeiten ergeben, die über das Handwerksmäßige und Durchschnittliche deutlich hinausragen. Die Idee, als erster eine Werbemethode auf bestimmte Produkte anzuwenden, reicht für einen urheberrechtlichen Schutz nicht aus. Es kommt vielmehr auf die Umsetzung dieser Idee in Form und Inhalt an.¹ Für den Betroffenen ist die freie Nutzbarkeit von Ideen ein unlösbares Problem. Es gibt zahlreiche Branchen, deren Kreativität und Erfolg einzig und allein auf Ideen beruht. So bedarf es in der Werbebranche oft einiger Mühen, um die Idee für eine Werbestrategie zu entwickeln. Auch in der schnelllebigen Musikbranche haben Einfälle für neue Geschäftskonzepte eine enorme Bedeutung. In all diesen Branchen steht der Ideengeber schutzlos da. Er kann sich gegen die Verwertung seiner Einfälle nicht zur Wehr setzen. Auch eine Hinterlegung oder Registrierung hilft hier nicht weiter, da diese nichts an der Schutzunfähigkeit von Ideen ändert. Die gewerblichen Schutzrechte (insbesondere das Patentgesetz und das Gebrauchsmustergesetz) bieten nur unter sehr hohen Voraussetzungen einen Schutz für technische Erfindungen. Auch das Wettbewerbsrecht schützt grundsätzlich nicht vor der Übernahme von Ideen.

Nach § 2 Abs. 2 UrhG sind Werke im Sinne des Gesetzes nur solche, die als persönliche geistige Schöpfungen angesehen werden können. Das Gesetz verweist mit dem Erfordernis der »Schöpfung« auf die Gestaltungshöhe, die für jedes Werk im Einzelfall nachgewiesen sein muß. Nicht jedes Werk ist geschützt, sondern nur solche, deren Formgestaltung ein hinreichendes Maß an Kreativität beinhaltet. In der Rechtsprechung wird zwischen Werken der schönen und der angewandten Künste unterschieden. Die schönen Künste gehören zu den traditionellen Schutzgütern des UrhEberrechts. Hier reicht es daher aus, daß die Auswahl oder Anordnung des Stoffes individuelle Eigenarten aufweist. Das Reichsgericht hat hierzu die Lehre von der »kleinen Münze« eingeführt, wonach bereits kleinere Eigenarten im Bereich der schönen Künste die Schutzfähigkeit begründen können. Für Werke der angewandten Kunst, einschließlich von Gebrauchstexten, ist auf jeden Fall ein erhöhtes Maß an Gestaltungshöhe erforderlich. Wie Erdmann² betont hat, können die Anforderungen an die Gestaltungshöhe bei einzelnen Werkarten unterschiedlich sein und bei der zweckfreien Kunst höher liegen als bei gebrauchsbefugten, gewerblichen Werken. Gerade deshalb hat der Bundesgerichtshof auf dem Erfordernis bestanden, daß die Form letzterer Werke deutlich die Durchschnittsgestaltung übersteigt. Die individuellen Eigenarten müssen auf ein überdurchschnittliches Können verweisen. Erst weit jenseits des Handwerklichen und Durchschnittlichen setzt hier

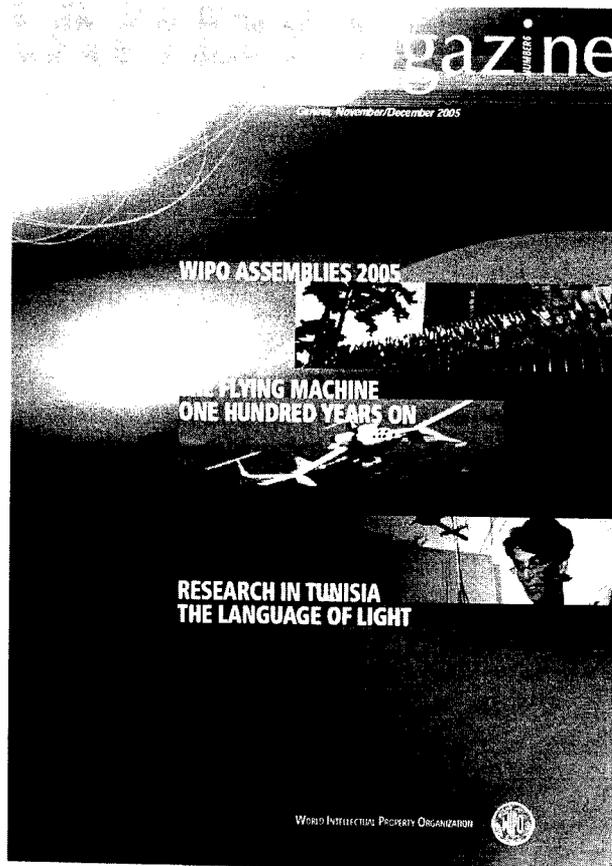
- 1 OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. Januar 1997, Archiv für Presse-recht, 1997, S. 645 = ZUM 1998, S. 65. Insoweit bestätigt durch BGH, Urteil vom 3. November 1999, MMR 2000, S. 218 = GRUR 2000, S. 317.
- 2 *Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm*, Köln 1990, S. 389, 401.

- 1 Anders die österreichische Rechtsprechung, die nur darauf abstellt, daß individuelle, nicht-routinemäßige Züge vorliegen; siehe etwa öOGH, Beschluß vom 24. April 2001, MMR 2002, S. 42.
- 2 Gerhard Schricker, GRUR 1996, S. 815, 818; ähnlich auch ders., in: *Festschrift Reinhold Kreile*, Baden-Baden 1994, S. 715 und ders., GRUR 1991, Band II, S. 1095, 1102; Axel Nordemann / Friedrich Nicolaus Heise, ZUM 2001, S. 128.
- 3 Vgl. hierzu Adolf Dietz, *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1978, Rdnrn. 78; Colombet, *Major principles of copyright and neighbouring rights in the world*, Paris 1987, S. 11.

die Schutzhöhe an.¹ Dies ist allein schon deshalb geboten, weil sonst die Abgrenzung zwischen dem Urheberrecht und dem bei Werken der angewandten Kunst ebenfalls einschlägigen Geschmacksmustergesetz hinfällig wird. Im Übrigen wäre eine Herabsenkung der Gestaltungshöhe in diesem Bereich gefährlich. Denn eine solch großzügige Rechtsprechung würde das Risiko schaffen, daß der Schutz des Urheberrechts über den eigentlichen Kernbereich von Literatur, Musik und Kunst hinaus uferlos ausgeweitet wird und auch bei minimaler kreativer Gestaltung ein monopolartiger Schutz bis 70 Jahre nach Tod des Urhebers bejaht werden müßte. Teilweise wird diese traditionelle Sichtweise jedoch kritisiert. So wird das Kriterium der Gestaltungshöhe als »spezifisch deutschrechtlich« angesehen und aufgrund europäischer Harmonisierungstendenzen eine Abkehr von diesem Kriterium gefordert.² Diese Auffassung verkennt jedoch, daß auch in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, insbesondere soweit diese der kontinental-europäischen Tradition des »Droit d'auteur« zuzurechnen sind, immer noch ein hoher Grad an Schöpfungshöhe als Grundbedingung eines urheberrechtlichen Schutzes angesehen wird.³ Selbst in der US-amerikanischen Rechtsprechung machen sich Tendenzen bemerkbar, erhöhte qualitative Kriterien an die Gewährung des Copyright anzulegen.

Schwierigkeiten bereiten Onlineauftritte auch insofern, als teilweise nicht ganze Sprach-, Lichtbild- oder Filmwerke eingespeist, sondern kleinste Partikel der betroffenen Werke verwendet werden. So wird etwa bei Musik manchmal

Die World Intellectual Property Organization (WIPO) – hier das Cover des *WIPO magazine*, Ausgabe 6/2005 – mit Sitz in Genf widmet sich im internationalen Maßstab dem Urheberrechtsschutz.



lediglich der Sound kopiert; die Melodie hingegen wird nicht übernommen.¹ Bei Musik ist regelmäßig nur die Melodie geschützt. Außerhalb des urheberrechtlichen Schutzbereiches liegen die rein handwerkliche Tätigkeit, die kein geistiges Schaffen ist, und alle gemeinfreien Elemente; so die formalen Gestaltungselemente, die auf den Lehren von Harmonik, Rhythmik und Melodik beruhen.² Schlagzeugfiguren, Baßläufe oder Keyboardeinstellungen sind folglich nach allgemeiner Auffassung³ urheberrechtlich nicht geschützt, da sie nicht melodietragend, sondern lediglich abstrakte Ideen ohne konkrete Form seien. Ähnliches gilt für Klangdateien (»Presets«).⁴ Insoweit rächt sich die Unterscheidung von Idee und Form, die dazu führt, daß nur die Melodie als urheberrechtsfähig angesehen wird. Hier ist ein Umdenken erforderlich, das auch den Sound als grundsätzlich urheberrechtsfähig begreift.⁵ Nicht geschützt ist die Gestaltung von Webbuttons.

Leistungsschutzrechte

Neben den Rechten des Urhebers bestehen die Leistungsschutzrechte (§§ 70–87e UrhG). Hierbei genießen Leistungen auch dann einen Schutz durch das Urheberrechtsgesetz, wenn sie selbst keine persönlich-geistigen Schöpfungen beinhalten. Allerdings ist der Schutz gegenüber urheberrechtsfähigen Werken durch Umfang und Dauer beschränkt (meist auf 50 Jahre nach entsprechender Leistung). Von besonderer Bedeutung sind vor allem fünf Arten von Leistungsschutzrechten: der Schutz des Lichtbildners (§ 72 UrhG), der Schutz der ausübenden Künstler (§§ 73–84 UrhG), der Schutz der Tonträgerhersteller (§§ 85, 86 UrhG), der Schutz der Filmhersteller (§§ 88–94 UrhG), der sui generis Schutz für Datenbankhersteller (§§ 87a–87e UrhG). Alle oben erwähnten Leistungsschutzberechtigten genießen einen spezialgesetzlich verankerten und letztendlich wettbewerbsrechtlich begründeten Schutz ihrer Leistungen. Die Leistung des Lichtbildners besteht z.B. darin, Fotografien herzustellen, deren Originalität unterhalb der persönlich-geistigen Schöpfung angesiedelt ist. Der ausübende Künstler genießt Schutz für die Art und Weise, in der er ein Werk vorträgt, aufführt oder an einer Aufführung bzw. einem Vortrag künstlerisch mitwirkt. Der Tonträgerhersteller erbringt die technisch-wirtschaftliche Leistung der Aufzeichnung und Vermarktung von Werken auf Tonträger. Der Filmhersteller überträgt Filmwerke und Laufbilder auf Filmstreifen. Ein Hersteller von Datenbanken wird schließlich aufgrund der investitionsintensiven Beschaffung, Überprüfung und Darstellung des Inhalts seiner Datenbank geschützt. Allerdings wirft das System der Leistungsschutzberechtigten eine Reihe ungelöster Fragen auf, die mit Systemwidersprüchen und Regelungslücken des derzeitigen Urheberrechtssystems verknüpft sind.

Problematisch ist die Stellung des ausübenden Künstlers, insbesondere im Falle der Übernahme von Sounds eines Studiomusikers.⁶ Nach § 75 II UrhG dürfen Bild- und Tonträger, auf denen Darbietungen eines ausübenden Künstlers enthalten sind, nur mit seiner Einwilligung vervielfältigt werden. Dieses Recht steht nach herrschender Auffassung auch dem Studiomusiker zu, auch

- 1 Vgl. hierzu Allen, in: Entertainment & Sports Law Review 9 (1992), S. 179, 181; McGraw, in: High Technology LJ/4 (1989), S. 147f. Zum deutschen Recht siehe Reiner Münker, *Urheberrechtliche Zustimmungserfordernisse beim Digital Sampling*, Frankfurt/M. 1995; Nils Bortloff, ZUM 1993, S. 476; Lewinski, *Verwandte Schutzrechte*, in: Gerhard Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft*, Baden-Baden 1997, S. 231.
- 2 BGH GRUR 1981, S. 267f. »Dir-lada«; vgl. auch BGH GRUR 1988, S. 810 »Fantasy« und 812 »Ein bißchen Frieden« sowie BGH GRUR 1991, S. 533, »Brown Girl II«.
- 3 So etwa Max Wolpert, in: Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht 50 (1967), S. 769f.
- 4 LG Rottweil, Beschluß vom 18. März 2001, ZUM 2002, S. 490.
- 5 Siehe hierzu die Nachweise bei Bindhardt, *Der Schutz von in der Populärmusik verwendeten elektronisch erzeugten Einzelsounds nach dem Urheberrechtsgesetz und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Frankfurt/M. 1998, S. 102; Nils Bortloff, ZUM 1993, S. 477; Thomas Hoeren, GRUR 1989, S. 11, 13; Bianca Müller, ZUM 1999, S. 555.
- 6 Allgemein dazu: Bianca Müller, ZUM 1999 S. 555–560.

- 1 Vgl. § 73 UrhG. Schricker/Krüger, *Urheberrecht*, München ²1999, § 73 Rdnr. 16; Gunther Gentz, GRUR 1974 S. 328, 330; Haimo Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Tübingen 1997, Rdnr. 589. Teilweise wird § 73 analog angewendet; vgl. Rolf Dünnwald, in: *Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht* 52 (1969), S. 49, 63f.; ders., in: ebenda 65 (1972), S. 99, 106.
- 2 Vgl. Haimo Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Tübingen 1997, Rdnr. 624 und Rdnr. 190.
- 3 GRUR 1989, S. 578f. und ebd., 1991, S. 722, 730f.
- 4 Ebd., 1989, S. 579f.
- 5 ZUM 1991, S. 545 – Rolling Stones; vgl. hierzu auch Paul Wolfgang Hertin, GRUR 1991, S. 722, 730f.
- 6 Siehe auch Thomas Hoeren, GRUR 1989, S. 580f.
- 7 So ausdrücklich der österreichische Oberste Gerichtshof in seinem Urteil vom 26. Januar 1999, MMR 1999, S. 352 – Radio Melody III mit Anm. Albrecht Haller.
- 8 Siehe dazu allgemein: Caroline Cichon, in: *Kommunikation und Recht (K&R)* 1999, S. 547–553.

wenn er unmittelbar kein Werk vorträgt oder aufführt.¹ Beim Sound-Sampling kann sich ein Studiomusiker nur dann gegen die Integration »seiner« Sounds zur Wehr setzen, wenn die Leistung des Musikers zumindest ein Minimum an Eigenart aufweist. Schwierigkeiten bereitet auch die Rechtsstellung des Tonträgerherstellers im Hinblick auf neue Verwertungstechnologien. Überträgt er urheberrechtlich geschützte Musikwerke auf Tonträger und werden die Tonträger ungenehmigt ganz oder teilweise kopiert, kann er sich unzweifelhaft auf ein Leistungsschutzrecht berufen. Strittig ist jedoch, ob sich das Herstellerunternehmen zum Beispiel gegen Sound-Klau zur Wehr setzen kann, auch wenn Sounds als solche nicht urheberrechtsfähig sind.² Zu dieser Streitfrage haben Hertin³ und Schorn⁴ die Ansicht vertreten, daß sich der Tonträgerhersteller auch gegen die auszugsweise Verwendung eines Tonträgers und damit auch gegen die Übernahme einzelner Melodieteile (Licks)⁵ zur Wehr setzen könne, selbst wenn diese Melodieteile nicht urheberrechtsfähig seien. Das Oberlandesgericht Hamburg⁵ wies diese Rechtsauffassung zurück: Der Tonträgerhersteller könne keine weitergehenden Rechte als der Urheber haben. Sei ein Sound nicht schutzfähig, könne weder der Urheber noch die Plattenfirma gegen die ungenehmigte Verwertung dieses Sounds vorgehen.⁶

Schlecht sieht es auch für die Musikproduzenten aus, soweit es um Digital Audio Broadcasting (DAB) geht. Die Produzenten verfügen zwar über ein eigenes Leistungsschutzrecht, dieses erstreckt sich jedoch nur auf die Kontrolle der Vervielfältigung und Verbreitung der von ihnen produzierten Tonträger. Für die Ausstrahlung einer auf einem Tonträger fixierten Darbietung eines ausübenden Künstlers steht dem Hersteller des Tonträgers nur ein Beteiligungsanspruch gegenüber dem ausübenden Künstler zu, der von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen wird. Der Produzent hat folglich keine Möglichkeit, die Ausstrahlung einer so fixierten Darbietung im Rahmen des DAB zu unterbinden. Gerade digitaler Rundfunk führt aber dazu, daß ein Nutzer digitale Kopien erstellen kann, die qualitativ vom Original nicht mehr zu unterscheiden sind. Der Tonträgermarkt könnte so allmählich durch die Verbreitung der fixierten Inhalte über digitalen Rundfunk ersetzt werden. Allerdings haben Tonträgerhersteller eine mittelbare Handhabe zur Kontrolle von DAB: Sie können sich gegen die Digitalisierung der auf ihrem Tonträger fixierten Darbietung zu Sendezwecken zur Wehr setzen, da die Digitalisierung eine zustimmungspflichtige Vervielfältigung beinhaltet.⁷

Eine gleichgelagerte Problematik ergibt sich für das Bereithalten von Musikdateien zum Abruf im MP3-Format über das Internet⁸, welche wegen der großen Popularität des MP3-Standards viel gravierendere Auswirkungen für die Tonträgerindustrie haben kann. Durch diese Form des öffentlichen Verfügbarmachens kann jeder Nutzer eine digitale Kopie der auf dem Server des Anbieters liegenden Dateien auf seinem Rechner erstellen, so daß er wohl kaum noch Interesse an dem Erwerb eines entsprechenden Tonträgers haben wird. Auch hier steht dem Hersteller keine ausschließliche Rechtsposition zur Seite, mittels derer er das im Internet zum Abruf Bereithalten von Musikdateien, die durch eine Kopie seiner Tonträger erstellt worden sind, verhindern kann. Allerdings kann er insoweit – wie im Falle des digitalen Rundfunks – alle zu dem Verfügbarmachen notwendigen Vervielfältigungsakte (Digitalisierung und Server Up-

load) untersagen und damit auch nach geltendem Recht gegen Anbieter nicht-autorisiertes MP3-Dateien vorgehen.

Verwertungsrechte, Bearbeitung, öffentliche Zugänglichmachung

Das Urheberrechtsgesetz billigt dem Urheber von Musik eine Reihe von Verwertungsrechten zu: Er hat das ausschließliche Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten. Dieses Recht umfaßt insbesondere das Vervielfältigungsrecht, das Verbreitungsrecht und das Recht, Bearbeitungen der Musik zu verwerten. Ferner ist allein der Urheber befugt, sein Musikwerk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben. Die Digitalisierung von Musik greift in eine Reihe dieser Verwertungsrechte ein. Eine Vervielfältigung liegt vor, wenn Vervielfältigungsstücke mit der Musik hergestellt werden, wobei eine (weitere) körperliche Festlegung des Musikwerkes erfolgen muß, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen.¹ Da das Vervielfältigungsrecht ein ausschließliches Recht des Urhebers ist, kann dieser seine Zustimmung zu einer solchen Vervielfältigung verweigern. Die Digitalisierung von Musik und die Speicherung auf einem Server (»Upload«) stellen Vervielfältigungshandlungen dar.² Dies gilt auch für das Digitalisieren von Musikwerken zu Sendezwecken; hier spielt das Argument der Sendeanstalten, das Digitalisieren sei eine bloße Vorbereitungshandlung für das Senden, keine Rolle.³ Weitere Kopien des Werkes werden bei textorientierten Onlinedatenbanken durch die Umwandlung in ein Textdokument durch das OCR-Programm und das eventuell darauf folgende Selektieren der Artikel erstellt. Nicht relevant ist in diesem Kontext die mit der Digitalisierung verbundene Umgestaltung. Nach § 23 UrhG darf ein Werk auch ohne Zustimmung des Urhebers bearbeitet oder in sonstiger Form umgestaltet werden. Erst wenn diese umgestaltete Fassung veröffentlicht oder verwertet werden soll, ist eine Zustimmung des Urhebers erforderlich. Hieraus folgt, daß Texte und Bildmaterial zum Digitalisieren umgestaltet werden dürfen. Allerdings dürfen die Speicher nicht ohne Zustimmung des Urhebers öffentlich zugänglich gemacht oder verbreitet werden. Eine Vervielfältigung ist im Übrigen auch das Setzen eines Links, sofern durch die Aktivierung des Verweises ein Fenster geöffnet wird, das die Website eines anderen identisch zum Inhalt hat.⁴ Strittig war es lange Zeit, ob durch Links Vervielfältigungen im Sinne von § 16 UrhG vorgenommen werden können. Das OLG Hamburg hat dies z.B. für den Fall bejaht, daß die verweisende Web-Seite beim Anklicken des Links nicht vollständig verlassen wird und sich stattdessen der gelinkte Text als Fenster in der Webseite des Verletzers wieder findet. In einem solchen Fall könne nicht davon ausgegangen werden, daß die freie Abrufbarkeit von Inhalten im Internet gleichzeitig auch als konkludente Zustimmung zu einem Link anzusehen ist.⁵ Der Bundesgerichtshof hat diese Fragestellung anders gelöst. Ein Link auf eine fremde Datei sei kein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht, da solche Links zum Wesen

- 1 Gerhard Schricker / Ulrich Loevenheim, *Urheberrecht*, München²1999, § 16 Rdnr. 6.
- 2 § 16 UrhG. Vgl. OLG Frankfurt/M., *Computer und Recht (CR)*, 1997, S. 275, 276; Freitag, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Internet*, in: *Handbuch zum Internet-Recht* (2000), S. 289, 311.
- 3 So ausdrücklich der österreichische Oberste Gerichtshof in seinem Urteil vom 26. Januar 1999, MMR 1999, S. 352 – Radio Melody III mit Anm. Albrecht Haller.
- 4 LG Hamburg, Urteil vom 12. Juli 2000, MMR 2000, S. 761.
- 5 OLG Hamburg, Urteil vom 22. Februar 2001 – 3 U 247/00 – Online-Lexikon; ähnlich bereits LG Hamburg, Urteil vom 12. Juli 2000, MMR 2000, S. 761 = CR 2000, S. 776 mit Anm. Axel Metzger.

- 1 NJW Rechtsprechungsreport Zivilrecht, 2002, S. 1568 = GRUR 2003, S. 958 – Paperboy.
- 2 Norbert P. Flechsig, ZUM 1996, S. 833, 836; so auch Thomas Hören, *LAN-Software, Urheber- und AGB-rechtliche Probleme des Einsatzes von Software in lokalen Netzen*, in: Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht 111 (1989), S. 5.
- 3 § 69 c Nr. 1 UrhG. Ebenso in den USA; MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511, 518f.
- 4 Siehe die Nachweise bei Schrickler/Loewenheim, *Urheberrecht*, München² 1999, § 16 Rdnr. 19.
- 5 Nordemann in Fromm / Nordemann, *Urheberrecht*, § 16 Rdnr. 2.
- 6 Siehe dazu auch die technischen Hinweise in Stefan Bechtold, ZUM 1997, S. 427, 436f.; Stefan Ernst, K&R 1998, S. 536f.; Ulrich Sieber, CR 1997, S. 581, 588.
- 7 Siehe etwa OLG Düsseldorf, CR 1996, S. 728f.
- 8 So auch Art. 5 Abs. 1 des Richtlinienvorschlages der Europäischen Kommission zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten vom 10. Dezember 1997, KOM (97) 628 endg., ebenso der geänderte Vorschlag vom 21. Mai 1999, Kom (99) 250 endg.

des Internet gehörten.¹ Beim Abruf der gespeicherten Daten vom Server kann dagegen das Vervielfältigungsrecht des Urhebers betroffen sein. Dies ist unstreitig der Fall, wenn der Nutzer das Material nach dem Download fest (z.B. auf seiner Festplatte oder einer Diskette) speichert. Dabei findet eine im Verhältnis zum Upload weitere Vervielfältigung statt, für die die Zustimmung der Rechteinhaber erforderlich ist. Ebenso stellt das Ausdrucken in Form einer Hardcopy eine weitere Vervielfältigung dar. Problematisch ist dagegen, ob auch das bloße Sichtbarmachen auf dem Bildschirm (»browsing«) als Vervielfältigung anzusehen ist, da es hier an dem Merkmal der körperlichen Wiedergabe fehlen könnte. Zwar erfolgt hierbei eine zeitlich zwingend vorgelagerte vorübergehende Einlagerung der Informationen in den Arbeitsspeicher (sogenannte RAM-Speicher/random access memory) des abrufenden Computers. Man könnte jedoch argumentieren, daß sich aus Sinn und Zweck des § 16 UrhG ergibt, daß die Vervielfältigung einer dauerhaften Festlegung entsprechen müsse, die mit der eines Buches oder einer CD vergleichbar ist.² Für Computerprogramme allerdings ist mittlerweile gesetzlich normiert, daß auch deren kurzfristige Übernahme in den Arbeitsspeicher eine rechtlich relevante Vervielfältigung ist.³ Für die elektronisch übermittelten Werke wird daher angeführt, daß für sie letztlich nichts anderes gelten könne, da ihre Urheber ebenso schutzwürdig seien, wie die von Computerprogrammen.⁴ Auch die nur für wenige Sekunden erfolgende Festlegung eines Werkes oder eines geschützten Werkteils im Arbeitsspeicher erfülle zudem nicht nur technisch die Voraussetzungen einer Vervielfältigung. Es sei gerade ihr Zweck, die menschliche Betrachtung des Werkes zu ermöglichen. Darüber hinaus habe moderne Browser-Software zumeist eine besondere »caching«-Funktion, mit deren Hilfe jede von einem fremden System heruntergeladene Webseite auf dem Rechner des Nutzers abgespeichert werde, so daß dem Nutzer bei erneutem Aufruf der Seite (z.B. beim Zurückblättern) Kosten und Übertragungszeit für das Herunterladen erspart blieben. Aus diesen Gründen mehrten sich die Stimmen, die § 16 UrhG auch auf solche Kopien erstrecken wollen, die technisch bedingt sind und insoweit aber eher einen flüchtigen Charakter haben.⁵ Gerade für den Bereich der Proxyspeicherung⁶ oder des RAM-Arbeitsspeichers wurde von vielen vertreten, daß auch technische Zwischenspeicherungen als urheberrechtlich relevante Vervielfältigungsvorgänge anzusehen seien.⁷ Eine Ausnahme solle allenfalls dann zum Tragen kommen, wenn die Zwischenspeicherung keinen eigenständigen wirtschaftlichen Wert verkörpere.⁸ Die Streitfrage ist seit dem 13. September 2003 gesetzgeberisch gelöst. Nach § 44a UrhG sind solche Vervielfältigungen nicht zustimmungspflichtig, die dem technischen Prozeß immanent sind, für keinen anderen Zweck getätigt werden, als den rechtmäßigen Gebrauch zu ermöglichen, und keine eigene wirtschaftliche Bedeutung haben. »Transient and incidental acts of reproduction« sind weitgehend vom Vervielfältigungsbegriff ausgenommen. Dies hat unmittelbare Auswirkungen für die Provider und deren User. Proxy-Server sind damit ebenso von der Zustimmungspflicht ausgenommen wie Speicherungen im RAM oder die Bildschirmanzeige.

Nach § 23 UrhG darf ein Musikwerk auch ohne Zustimmung des Urhebers bearbeitet oder in sonstiger Form umgestaltet werden. Erst wenn diese umge-

staltete Fassung veröffentlicht oder verwertet werden soll, ist eine Zustimmung des Urhebers erforderlich. Anderes gilt nur für Software, bei der bereits die Umgestaltung als solche verboten ist. Hieraus folgt, daß Musik umgestaltet werden darf. Allerdings dürfen die Speicher nicht ohne Zustimmung des Urhebers öffentlich zugänglich gemacht oder verbreitet werden. Allerdings gilt eine Ausnahme für die Verfilmung des Werkes. Hier ist bereits die Bearbeitung von der Zustimmung des Urhebers abhängig. Daher taucht die Frage auf, ob es sich bei der Herstellung von Multimedia-Produkten um eine zustimmungsbedürftige Verfilmung handelt. Der Bundesgerichtshof hat in der »Sherlock-Holmes«-Entscheidung¹ den Verfilmungsvorgang als »Umsetzung eines Sprachwerkes in eine bewegte Bilderfolge mit Hilfe filmischer Gestaltungsmittel« definiert. Sofern im Rahmen von Multimedia-Produkten der Charakter laufender Bilder überwiegt, kommt daher die Anwendung der Filmregelungen des UrhG in Betracht.

Schwierig ist auch die Abgrenzung zwischen der zustimmungspflichtigen Bearbeitung und der freien Benutzung. Grundsätzlich darf ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung eines anderen Werks geschaffen worden ist, ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden. Eine Ausnahme gilt für die erkennbare Übernahme von Melodien. Damit eine solche freie Benutzung bejaht werden kann, darf das fremde Werk nicht in identischer oder umgestalteter Form übernommen werden, sondern nur als Anregung für das eigene Werkschaffen dienen.² Zur Konkretisierung verwendet die Rechtsprechung seit den Asterix-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs³ zwei verschiedene »Verblässens«-Formeln: Eine freie Benutzung kann nach dieser Formel zum einen darin zu sehen sein, daß die aus dem geschützten älteren Werk entlehnten eigenen persönlichen Züge in dem neuen Werk so zurücktreten, daß das ältere in dem neuen Werk nur noch schwach und in urheberrechtlich nicht mehr relevanter Weise durchschimmert. Zum anderen können aber auch deutliche Übernahmen durch eine besondere künstlerische Gedankenführung legitimiert sein; in diesem Fall ist ein so großer innerer Abstand erforderlich, daß das neue Werk seinem Wesen nach als selbständig anzusehen ist. Die nähere Konkretisierung gerade letzterer Variante der »Verblässens«-Formel ist schwierig und nur unter Rückgriff auf die Besonderheiten des Einzelfalls möglich. Die Integration von Fotografien in einen digitalen Bildspeicher wird dabei eher als unfreie Benutzung angesehen werden, als die Übernahme fremder Sounds in einem multimedialen Videokunstwerk.

Das Bereithalten von urheberrechtlich geschützten Musikwerken zum Abruf via Intra- oder Internet könnte im übrigen das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung tangieren. Der alte Streit, ob und wann Abrufdienste überhaupt unter das Recht der öffentlichen Wiedergabe fallen, hat sich mit Inkrafttreten der Änderungen des UrhG zum 13. September 2003 erledigt. In Umsetzung der oben erwähnten InfoSoc-Richtlinie wurde in § 19a UrhG ein neues Verwertungsrecht eingeführt, das ausdrücklich den Bereich der elektronischen Abrufdienste umfaßt. Es handelt sich hierbei um das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, daß es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Dieses Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist ein Unterfall des all-

- 1 BGHZ 26, S. 52, 55; vgl. auch Fromm/Nordemann/Vinck, *Urheberrecht*, § 2 Rdnr. 77.
- 2 OLG Hamburg, Schulze OLGZ 190, 8 – Häschenschule; Schriker/Loewenheim, *Urheberrecht*, § 24 Rdnr. 9.
- 3 BGH, Urteile vom 11. März 1993 – I ZR 263/91 und 264/91, GRUR 1994, S. 191 und 206, ebenso BGHZ 122, S. 53, 60 Alcolix.

gemeinen Rechts der öffentlichen Wiedergabe. Problematisch bleibt allerdings die Einordnung von Intranets in das System der Verwertungsrechte. Denn auch das neue Recht der öffentlichen Zugänglichmachung umfaßt nur die Netze, die an »Mitglieder der Öffentlichkeit« gerichtet sind. Statt auf den Akt abzustellen, wird nunmehr auf die Adressaten abgestellt und eine Differenzierung zwischen Angehörigen der Öffentlichkeit und den »anderen« vorgenommen. Innerhalb eines Unternehmens aber ist niemand »Angehöriger der Öffentlichkeit«, so daß bei dieser Unterscheidung unternehmensinterne Netze nicht unter das Recht des »making available« fallen würden. Die Frage ist also, wie man die Grenze zwischen dem zustimmungsfreien Betrieb eines lokalen, internen Intranet und der zustimmungspflichtigen Nutzung in größeren Netzen abgrenzen will. Das Kriterium der Adressierung an »Mitglieder der Öffentlichkeit« ist jedoch schwammig, wie der Blick in § 15 Abs. 3 UrhG zeigt. Hiernach ist die Wiedergabe öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit soll jeder gehören, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist. Man muß folglich zur Konkretisierung auf das althergebrachte Kriterium der persönlichen Verbindung abstellen. Ob zwischen den Benutzern eines internen Datenbanksystems eine solche persönliche Verbindung besteht, hängt meist von zahlreichen Zufällen und Eigenheiten der Betriebsstruktur ab. Auch die Zahl der anschließbaren Bildschirme läßt keine Rückschlüsse darauf zu, wann noch von einer persönlichen Verbindung der Benutzer ausgegangen werden kann. So fragt sich, ob bei 100, 200 oder 500 Bildschirmen noch enge, persönliche Beziehungen zwischen den Usern bestehen. Bilden die Benutzer einer CPU vom Aufbau des EDV Netzes her eine einzelne Organisationseinheit, so ist vom Vorliegen einer persönlichen Verbindung auszugehen. Abzustellen ist deshalb nicht darauf, welche individuellen Verbindungen zwischen den Benutzern eines Abrufterminals bestehen. Entscheidend ist vielmehr die Einordnung der Benutzergruppe innerhalb der EDV Organisationsstruktur einer Einrichtung. Allerdings ist der Benutzer aufgrund des Ausnahmecharakters der Regelung verpflichtet, die fehlende Öffentlichkeit des EDV-Systems darzulegen und gegebenenfalls unter Beweis zu stellen. Im Falle einer hausinternen Datenbank könnte je nach der Enge der Bindung der User von einer persönlichen Beziehung auszugehen sein, so daß hinsichtlich der internen Nutzung der Datenbank kein Eingriff in das Recht der öffentlichen Wiedergabe vorliegt. Die Grenze dürfte erst dort überschritten sein, wenn die Datenbank allgemein für eine kommerzielle Nutzung freigegeben oder jedem außerhalb des internen Kontextes Tätigen der Zugriff auf den Server ermöglicht würde. Im übrigen ändert die Tatsache, daß ein Werk auf einer paßwortgeschützten Subdomain verbreitet wird, nichts daran, daß hier eine öffentliche Wiedergabe vorliegt.¹

¹ OLG Jena, Beschluß vom 10. Dezember 2003, CR 2004, S. 781.

Das Verbreitungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Musikwerkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen. Dieses Recht könnte bei Recherchediensten, die nicht nur die relevante Informationsquelle suchen und weiterleiten, sondern die Information selbst anbieten, betroffen sein. Dabei ist es unbeachtlich, ob dies entgeltlich oder unentgelt-

lich, eigennützig oder altruistisch erfolgt. Nicht um eine Verbreitung handelt es sich dagegen bei einer reinen Datenübermittlung, da es hier an der erforderlichen körperlichen Form fehlt. Die herrschende Meinung¹ hält noch nicht einmal eine analoge Anwendung des § 17 Abs. 1 UrhG für möglich, wenn Software, Bücher u.ä. als »informational goods« über das Netz zum Download bereitgehalten werden.

- 1 Siehe dazu die Belege und weitere kritische Überlegungen: Thomas Hoeren, CR 1996, S. 517.
- 2 Decker in: Thomas Hoeren / Ulrich Sieber, *Handbuch Multimediale recht*, München 1999, Teil 7.6. Rn 1.

Urheberpersönlichkeitsrechte und gesetzliche Schranken

Das Urheberpersönlichkeitsrecht ist das ideelle Gegenstück zu den wirtschaftlich ausgerichteten Verwertungsrechten. Es schützt den Urheber in seiner besonderen Beziehung zu seinem Werk.² Das Urheberpersönlichkeitsrecht umfaßt die Befugnisse des Veröffentlichungsrechts, des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft und des Rechts auf Schutz gegen Entstellung oder Beeinträchtigung des Werkes. Im Rahmen der Nutzung von Werken über das Internet stellen sich eine Reihe schwieriger urheberpersönlichkeitsrechtlicher Fragen. Die Gestalt des Musikwerkes im Internet ist aufgrund der oft geringen Auflösungsqualität häufig erheblich geändert. Hier ist das Entstellungsverbot aus § 39 Abs. 2 UrhG zu beachten. Hiernach sind Änderungen des Werkes oder seines Titels zulässig, zu denen der Urheber seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann. Sofern es sich bei Multimediaprodukten um filmähnliche Werke handelt, kommt § 93 UrhG zur Anwendung, der den Entstellungsschutz auf die Fälle gröbster Entstellung und Beeinträchtigung beschränkt. Ähnliches gilt für die Leistungsschutzberechtigten. Für ausländische Künstler gilt ansonsten das Rom-Abkommen, das keine persönlichkeitsrechtlichen Vorgaben enthält. Diese Lücke kann nur durch die Anwendung des Beleidigungsschutzes und anderer strafrechtlicher Schutzvorschriften geschlossen werden.

Den Vorgang der Digitalisierung als solchen wird man regelmäßig nicht als Entstellung ansehen können. Entscheidender ist vielmehr die Art und Weise, wie das Werk digitalisiert und in einen Off-/Online-Kontext gesetzt worden ist; z.B. kann eine geringe Auflösung einer Fotografie mit einem Verlust der künstlerischen Eigenart einhergehen und insofern die ideellen Beziehungen des Fotografen zu seinem Werk verletzen. Wie weit das Entstellungsverbot in praxi reicht, ist unklar und kann nur im Einzelfall festgestellt werden. Auch eine vertragliche Regelung kann grundsätzlich nicht abgeschlossen werden, da das Entstellungsverbot unverzichtbar ist und nicht auf Dritte übertragen werden kann. Ein Verzicht wird nur insoweit für zulässig erachtet, als genau bestimmte, konkrete Veränderungsformen vertraglich bezeichnet werden. Folglich ergeben sich aus dem Entstellungsverbot Informations- und Aufklärungspflichten des Verwerter gegenüber dem Urheber. Je konkreter der Verwerter vorab mit dem Urheber über konkrete Änderungsabsichten spricht, desto enger wird der Spielraum für das Entstellungsverbot.

Neben dem Entstellungsverbot ist das Namensnennungsrecht von zentraler Bedeutung. Generell hat der Urheber das Recht, darüber zu entscheiden, ob und an welcher Stelle des Werkes er als Urheber zu bezeichnen ist. Dieses Recht

steht auch ausübenden Künstlern (z.B. Musikern) zu. Abseits dieser gesetzlichen Regelung werden Namensnennungsrechte etwa von Produzenten vertraglich vereinbart. In den USA sehen Tarifverträge für den Filmbereich eine Reihe von Benennungspflichten im Vor- oder Nachspann vor. Das Namensnennungsrecht spielt traditionell im Bereich literarischer Werke die größte Rolle. Daneben ist es für freie Fotografen lebensnotwendig, daß sich an ihren Fotografien ein Urhebervermerk findet; denn von diesem Vermerk geht eine wichtige Akquisefunktion für die Erteilung späterer Aufträge aus. In anderen Bereichen kommt dem Namensnennungsrecht naturgemäß keine große Bedeutung zu. Insbesondere bei gewerblich genutzten Werken wie etwa Software ist eine Namensnennung kaum üblich. In der Rechtsprechung argumentiert man hier mit der Branchen(un)-üblichkeit als Grenze des Namensnennungsrechts.

Art. 14 Abs. 1 GG schützt auch das Urheberrecht, jedoch können Urheber und Leistungsschutzberechtigte die ihnen zustehenden ausschließlichen Verwertungsrechte nicht unbeschränkt geltend machen. Eine solche Monopolstellung wäre mit den Vorgaben des Grundgesetzes unvereinbar. Zum Schutz der Presse-, Rundfunk- und Informationsfreiheit (Art. 5 GG) sieht das Urheberrecht eine Reihe von Schranken für die Ausübung dieser Rechte vor. Schranken können unterschiedlich gestaltet sein. In den USA wurde zum Beispiel eine große, weit formulierte Schranke des »fair use« eingeführt, die anhand bestimmter Einzelumstände je nach Einzelfall angewendet wird und darüber hinaus vertraglich abdingbar ist. Das deutsche Urheberrecht sieht hingegen einen enumerativen¹ Katalog einzelner Schranken in unterschiedlich starken Ausprägungen vor. Der Eingriff in das Verbotrecht des Urhebers besteht in den Formen der zustimmungs- und vergütungsfreien Nutzung, der gesetzlichen Lizenzen, Zwangslizenzen und Verwertungsgesellschaftspflichten. Zwangslizenzen gewähren keine direkte Nutzungsbefugnis, sondern lediglich eine gerichtlich durchsetzbare Zustimmung des Urhebers zu der Nutzung zu einem angemessenen Preis. Das deutsche Urheberrecht kennt lediglich eine einzige durch eine Zwangslizenz ausgestaltete Schranke (§ 61 UrhG), die in der Praxis als bedeutungslos angesehen wird. Verwertungsgesellschaftspflichten, also die Festlegung, daß ein bestimmter Anspruch nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann, finden sich dagegen sehr häufig, oft in Kombination mit einer gesetzlichen Lizenz. Zum großen Teil wird mit letzteren operiert: Der Urheber kann in diesen Fällen die Nutzung seines Werkes nicht reglementieren (behält jedoch einen Vergütungsanspruch); vielmehr hat der Nutzer eine genau umrissene, gesetzliche Lizenz. Diese Schranken gelten nicht nur im Verhältnis zum Urheber, sondern auch für Lichtbildner, ausübende Künstler, Tonträger- und Filmhersteller.

Ablauf der Schutzfrist

Das Urheberrecht erlischt nach Ablauf von 70 Jahren post mortem auctoris. Bei Werken, die von mehreren (Mit-) Urhebern geschaffen sind, berechnet sich die Frist nach dem Tode des Längstlebenden. Bei Filmwerken kommt es auf den

¹ So ausdrücklich BGH, Urteil vom 20. März 2003, WRP 2003, S. 1235.

Tod des Hauptregisseurs, Drehbuchautors, Dialogautors und des Filmkomponisten an. Hinzu kommen die Schutzfristen für die Leistungsschutzberechtigten, insbesondere die Tonträger- und Filmhersteller sowie die ausübenden Künstler. Deren Schutz endet regelmäßig 50 Jahre, nachdem diese ihre geschützte Leistung erbracht haben. Zu beachten ist ferner der Erschöpfungsgrundsatz: Stimmt der Urheber einer Veräußerung von Vervielfältigungsstücken zu, erschöpft sich daran sein Verbreitungsrecht (mit Ausnahme des Vermietrechts). Die Erschöpfung erstreckt sich nur auf die Verbreitung körperlicher Werkexemplare; eine zumindest entsprechende Anwendung des Grundsatzes auf bestimmte Online-Übertragungen wird für unmöglich erachtet. Die Erschöpfung knüpft sich daran, daß Werkexemplare mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden sind. Bietet z.B. ein Verlag ein Buch zum Verkauf an, verliert es an den Werkkopien sein Kontrollrecht hinsichtlich der Weiterverbreitung. Wer also ein solches Buch gekauft hat, darf es weiterverkaufen. Von der Erschöpfung umfaßt sind auch Daten, die auf den Werkstücken enthalten sind (z.B. Marktdaten eines Marktforschungsunternehmens).¹ Gleiches gilt für den Weiterverkauf gebrauchter Standardsoftware, nicht jedoch bei Software, die man über das Internet downloaden konnte. Von der Rechtsfolgenseite ist die Erschöpfung räumlich auf den Bereich der EU und des EWR beschränkt.² Wer Kopien geschützter Werke in den USA kauft, darf diese nicht in der EU weiterverkaufen. Sachlich beschränkt sich die Erschöpfung nur auf die jeweilige Verbreitungsform. Sie erlaubt nicht die Verbreitung innerhalb eines neuen, eigenständigen Marktes, etwa von Buchclubausgaben eines Buches im Taschenbuchhandel.³

Die »Magna charta« der gesetzlichen Lizenzen findet sich in § 53 UrhG, der weitgehend Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch auch ohne Zustimmung der Rechteinhaber zuläßt. Kompensatorisch erhält der Urheber für den Rechtsverlust einen Anspruch auf Vergütung, der seit 1985 hauptsächlich auf einen Anteil an der sogenannten Geräte- und Leerkassettenabgabe gerichtet ist.⁴ Im Übrigen haben sich die Grundstrukturen des § 53 UrhG aufgrund der letzten Novellierung des Gesetzes grundlegend verändert, wie im weiteren zu zeigen sein wird. Demnach ist es zulässig, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes zum privaten Gebrauch herzustellen oder herstellen zu lassen. Bei der Übertragung von Werken auf Bild- und Tonträger sowie bei der Vervielfältigung von Werken der bildenden Künste ist die Herstellung durch andere aber nur zulässig, wenn sie unentgeltlich erfolgt. Tendenziell kann sich jedermann via File Transfer Protocol (FTP) und unter Berufung auf privaten Gebrauch fremdes Material laden und kopieren. Er kann sich auch von Bibliotheken und Dokumentationsstellen Material kopieren und via Internet zusenden lassen, vorausgesetzt, daß diese Herstellung von Kopien durch andere unentgeltlich geschieht. Anderes gilt jedoch für die Verwendung von Datenbankwerken und Datenbanken, da deren Vervielfältigung – selbst zum Laden in den Arbeitsspeicher und auch zum Privatgebrauch – erlaubnispflichtig ist.⁵ Im Übrigen findet eine Differenzierung nach der verwendeten Technik (analog oder digital) nicht statt; die Privatkopierfreiheit umfaßt auch digitale Kopien. Nicht umfaßt ist von § 53 Abs. 1 UrhG die Erstellung von Kopien zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken.

1 OLG München, Urteil vom 25. Oktober 2001, NJW Rechtsprechungsreport Zivilrecht, 2002, S. 401.

2 Siehe dazu auch EuGHE 1971, S. 487 – Polydor.

3 BGH, GRUR 1959, S. 200 – Heiligenhof.

4 Zur Vorgeschichte siehe Reinhold Kreile, ZUM 1985, 609; Ferdinand Melichar, ZUM 1987, S. 51; Axel Nordemann, GRUR 1985, S. 837.

5 OLG Hamburg, Urteil vom 22. Februar 2001, ZUM 2001, S. 512 = MMR 2001, S. 533 = CR 2001, S. 704 mit Anm. Jochen Dieselhorst.



Das Logo der 1998 gegründeten Musiktauschbörse Napster.

Auch können nach herrschender Auffassung¹ nur natürliche Personen in den Genuß der Regelung kommen; damit scheidet eine Berufung auf diese Vorschrift für betriebsinterne Zwecke eines Unternehmens aus. Strittig ist, inwieweit das Kopieren von Werken nur dann zulässig ist, wenn eine erlaubterweise hergestellte Vervielfältigung als Vorlage benutzt worden ist. Gerade im Zusammenhang mit »Napster«² wurde zum Beispiel die Auffassung vertreten, daß dieses Kriterium nach dem Wortlaut des § 53 UrhG nicht vorausgesetzt sei.³ § 53 Abs. 1 UrhG sah in seiner alten Fassung keinen Hinweis darauf vor, daß die Vorlage für die Kopie ihrerseits rechtmäßig erstellt sein müßte. Dieses Schweigen des Gesetzes wurde dahingehend interpretiert, daß die Nutzung von P2P-Diensten wie Kazaa zu privaten Kopierzwecken urheberrechtlich zulässig ist. Dies störte wiederum bei der letzten Novellierung des Gesetzes den Bundesrat, der in seiner Entschließung⁴ die Reichweite der Privatkopierfreiheit auf Kopien von legal hergestellten Vorlagen beschränken will. Dieser Vorschlag wurde aber im Vermittlungsausschuß abgelehnt. Erstaunlicherweise kam es dann in letzter Minute doch noch zu einer Änderung des § 53 Abs. 1 UrhG. So wurde kurzerhand in der Vorschrift verankert, daß die Privatkopierfreiheit ausnahmsweise nicht zum Tragen kommt, wenn zur Vervielfältigung »eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage« verwendet wird. Der Begriff ist neu und unkonturiert. Es bleibt unklar, auf welche Rechtsordnung überhaupt hinsichtlich der Feststellung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit abzustellen ist. Im Übrigen ist dies ein Phyrhussieg der Musikindustrie. Denn vor der Novellierung konnte diese behaupten, daß die Privatkopierfreiheit eine rechtmäßige Vorlage voraussetze; jetzt ist dieser Einwand auf offensichtlich rechtswidrige Vorlagen beschränkt. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, daß Peer-to-Peer-Dienste nicht offensichtlich rechtswidrige Kanäle sind, sondern in vielfältiger Weise zu legalen Zwecken, etwa im Bereich der Wissenschaft, genutzt werden können. Weiter wird die Möglichkeit der Herstellung von Vervielfältigungen durch Dritte beibehalten, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um reprografische oder ähnliche Vervielfältigungen handelt. Die vorgeschlagene Regelung gewährleistet damit auch weiterhin, daß ein Versand von Kopien möglich bleibt. Als unentgeltlich im Sinne dieser Vorschrift sollen Vervielfältigungen auch dann anzusehen sein, wenn sie z.B. durch Bibliotheken gefertigt werden, die Gebühren oder Entgelte für die Ausleihe erheben, soweit die Kostendeckung nicht überschritten wird.

Die Reichweite von § 53 Abs. 1 UrhG wird aber durch die Neueinfügung des § 95b konterkariert. Sofern der Rechteinhaber technische Schutzmaßnahmen verwendet, sind öffentliche Multiplikatoren (wie z.B. Schulen oder Universitäten) geschützt, private Nutzer aber nicht. Aus dem Fehlen von § 53 Abs. 1 in § 95b Abs. 1 läßt sich also schließen, daß der Rechteinhaber nur technische Sperrmechanismen einsetzen muß, um § 53 Abs. 1 UrhG zu umgehen. Dieser »Trick« ist unerträglich. Daß das Bundesjustizministerium einer solchen Strategie rechtlichen Schutz gewähren will, ist ein Hofknicks vor der Musikindustrie, der ein gesetzgebungstechnisches Feigenblatt mit Halbherzigkeit kombiniert.

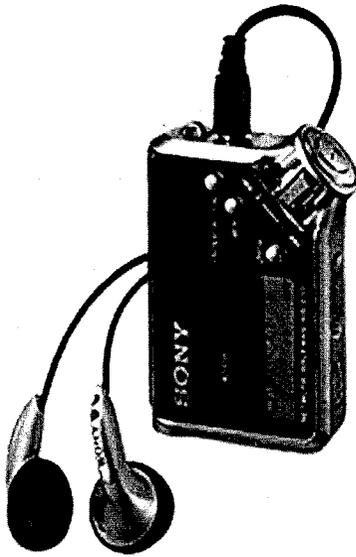
Es ist bedenklich, daß die Privatkopierfreiheit nicht in § 95b Abs. 1 genannt wird.⁵ Damit ist die Regelung des § 53 Abs. 1 UrhG ein zahnloser Tiger. Die

- 1 So am deutlichsten Norbert Flechsig, NJW 1985, 1991, 1994. Ähnlich auch Schricker/Loewenheim, § 53 Rdnr. 7 mit weit. Nachw.
- 2 Siehe dazu A&M Records Inc v. Napster Inc, 114 F. Supp. 2d 896 = GRUR Internationaler Teil, 200, S. 1066 sowie die Entscheidung des US Court of Appeals for the Ninth Circuit vom 12. Februar 2001, GRUR Internationaler Teil, 2001, S. 355.
- 3 So etwa Haimo Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Tübingen 2001, Rdnr. 496; Lutz Mönkemöller, GRUR 2000, S. 663, 667f.; anderer Ansicht Andreas Leupold / Dominik Demisch, ZUM 2000, S. 379, 383ff.; Loewenheim, *Festschrift Adolf Dietz*, 2001, S. 415ff.
- 4 BT-DrS 15/1066 vom 27. Mai 2003, S. 2.
- 5 So auch Bernd Holznagel / Sandra Brüggemann, MMR 2003, S. 767ff. Siehe auch Thomas Hoeren, *Urheberrecht und Verbraucherschutz*, Münster 2003.

Industrie kann den Privaten das, was § 53 Abs. 1 UrhG nimmt, durch den Einsatz technischer Schutzmechanismen wieder nehmen. Das Bundesjustizministerium rechtfertigt auch nicht, warum sie die in Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie bestehende Option zugunsten privater Nutzer nicht ausschöpft. Hier soll offensichtlich unter der Hand ein Geschenk für die Musikindustrie eingefügt werden, das aber an den verfassungsrechtlichen Vorgaben (Unverletzlichkeit der Wohnung; Informationsfreiheit) vorbei geht. Es besteht bislang auch keine Begründung des Bundesjustizministeriums dafür, warum die in der Richtlinie genannte Option zugunsten privater Nutzer nicht genutzt werden sollte. Art. 6 IV der zugrunde liegenden InfoSoc-Richtlinie ist ein mühevoll errungener Kompromiß zugunsten privater Nutzer, der unbedingt einer Umsetzung bedarf. Dem können nicht die Vorbehalte der Musikindustrie gegen die Gefahr des Hacking und unkontrollierten CD-Brennens entgegengehalten werden. Es bleiben hinreichende technische Möglichkeiten, die Zahl der Privatkopien technisch zu beschränken; im Übrigen erhält die Musikindustrie über die Geräte- und Leerkassettenabgabe eine nicht unbeträchtliche Kompensation für ihre Ausfälle. Man könnte allenfalls darüber nachdenken, diese Kompensation noch zu erhöhen. Die soeben genannte Schutzlücke kann auch nicht dadurch kompensiert werden, daß das Umgehen technischer Maßnahmen zum eigenen privaten Gebrauch strafrechtlich freigestellt wird (§ 108b Abs. 1). Denn zivilrechtliche Sanktionen bleiben bestehen und können für den Betroffenen unter Umständen sehr hart sein. Auch entsteht in der Öffentlichkeit der Eindruck, daß das Umgehen von Schutzmechanismen zur Erstellung privater Kopien strikt verboten sei, was aber angesichts der Regelung des § 53 Abs. 1 UrhG nicht stimmt. Man fragt sich, worin eigentlich der Unrechtsgehalt des Umgehens zu privaten Zwecken besteht. Denn das Einfügen technischer Sperren ist in diesem Bereich das eigentliche Unrecht.

Nach § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG dürfen einzelne Vervielfältigungsstücke des Werkes zur Aufnahme in ein eigenes Archiv hergestellt werden, soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird. Diese Regelung dürfte für firmeninternes, elektronisches Dokumentenmanagement, nicht aber im Online-Sektor eine Rolle spielen. Zu einem anderen Ergebnis kommt man nur, wenn man auch öffentlich zugängliche Archive unter die Regelung subsumiert¹; denn dann rechtfertigt § 53 UrhG die Einrichtung großer Onlinedatenbanken mit Zugriff etwa auf hauseigenes Pressematerial. Die herrschende Meinung wertet jedoch die Regelung anders. Tatsächlich ist nach Sinn und Zweck lediglich ein Archiv nur zum haus- bzw. betriebsinternen Gebrauch gemeint, wobei elektronische Archive solange als zulässig angesehen werden, als die solcherart erfolgte Archivierung keine zusätzliche Verwertung des Werks darstellt. Hinsichtlich elektronischer Pressearchive (im Sinne eines Inhouse-Kommunikationssystems, das den Zugriff durch einen geschlossenen Nutzerkreis zuläßt) hat der Bundesgerichtshof² entschieden, daß auch, wenn die Nutzung auf Betriebsangehörige beschränkt werde, dies weit über das hinausgehe, was der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG privilegieren wollte. Im Übrigen ist zu beachten, daß die Möglichkeiten zur Errichtung eines digitalen Archivs auf-

- 1 So Axel Nordemann, *Festschrift für Heinrich Hubmann*, Frankfurt/M. 1985, S. 325f.
- 2 BGH 10. Dezember 1998 – elektronische Pressearchive, MMR 1999, S. 409, m. Anm. Thomas Hoeren.



Ein MP3-Player der Firma Sony.

grund der letzten UrhG-Novellierung stark eingeschränkt sind. Die Vorschrift erlaubt nunmehr nur noch die Vervielfältigung auf Papier, die ausschließlich analoge Nutzung des Archivmaterials oder die Nutzung digitalen Materials ohne einen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck. Firmeninterne, digitale Archive sind daher nicht mehr zustimmungsfrei erstell- und nutzbar.

In den Fällen des § 53 Abs. 13 UrhG hat der Urheber einen Anspruch auf Vergütung gegen den Hersteller von Geräten, die zur Vornahme von Vervielfältigungen bestimmt sind. Dieser Anspruch kommt neben dem Urheber auch dem ausübenden Künstler, dem Tonträgerhersteller und dem Filmhersteller zugute. Allerdings ist dabei zwischen dem Vergütungsanspruch für Bild- und Tonaufzeichnungen und jenem für reprographische Vervielfältigungen zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist nicht nur theoretischer Natur; vielmehr wird die Vergütung jeweils unterschiedlich berechnet (vgl. die Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG). § 54 Abs. 1 UrhG gewährt einen Vergütungsanspruch bei der Aufnahme von Funksendungen auf Bild- und Tonträgern und der Übertragung von einem Bild- und Tonträger auf einen anderen. Diese Regelung ist im Zeitalter von MP3¹ und dem mittlerweile weit verbreiteten Gebrauch von CD-Brennern von wachsender Bedeutung. Eine Vergütungsregelung für CD-Brenner, MP3-Geräte oder Festplatten existiert aber weiterhin nicht.² Jene für Leer-CDs lehnt sich an die Vergütung für Leerkassetten an, was angesichts der enormen Qualitätsvorteile der digitalen Kopie nicht gerechtfertigt erscheint.³ Im Rahmen der Novellierungsüberlegungen zum Zweiten Korb⁴ soll der Kreis der Geräte auf Speichermedien erweitert werden, deren Typ allein oder in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder Zubehör zur Vornahme solcher Vervielfältigungen in nennenswertem Umfang benutzt wird. Neben dem Vergütungsanspruch kann für Multimedia auch der Anspruch für reprographische Vervielfältigungen von Bedeutung sein. Dieser Anspruch kommt bei Werkarten zum Tragen, bei denen zu erwarten ist, daß sie durch Ablichtung oder in einem vergleichbaren Verfahren zum eigenen Gebrauch vervielfältigt werden. Im digitalen Kontext stellt sich die Frage, ob die Digitalisierung analoger Informationen – etwa durch Scannen – als ein der Ablichtung vergleichbares Verfahren angesehen werden kann. Dabei soll jede Form der Vervielfältigung ausreichen, sofern am Ende des Verfahrens eine körperliche Festlegung erfolgt.⁵ Es kommt folglich darauf an, inwieweit die Digitalisierung zu einer körperlichen Fixierung – vergleichbar der Ablichtung – führt. Man wird dies an dieser Stelle bezweifeln können, sofern man auf das Laden in den Arbeitsspeicher abstellt. Die Digitalisierung bleibt jedoch nicht beim Laden stehen. Sie führt im Ergebnis dazu, daß fremde Leistungen auf Dauer auf der Festplatte eines Rechners oder auf einer CD festgehalten werden. Insoweit handelt es um ein der Ablichtung vergleichbares Verfahren. Ferner setzt § 54a Abs. 1 UrhG voraus, daß die Geräte zur Vornahme von Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch »bestimmt« sind. Erforderlich ist hierzu, daß das Gerät zur Vornahme von Vervielfältigungen technisch geeignet und vorgesehen ist.⁶ Zu den geeigneten Geräten zählen Scanner⁷, Sampler und Telefaxgeräte.⁸ Streitig ist die Lage (noch) bei PCs, Modems und Festplatten; die Schiedsstelle des DPMA hat Anfang Februar 2003 eine Abgabepflicht für PCs jedenfalls bejaht.⁹ Nicht vergütungspflichtig sind

1 Vgl. dazu Caroline Cichon, K&R 1999, S. 547.

2 Vgl. Herta Däubler-Gmelin, ZUM 1999, S. 769, 771.

3 Caroline Cichon, K&R 1999, S. 547, 552.

4 Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27. September 2004; <http://www.urheberrecht.org/>.

5 Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, § 54a Rdnr. 6.

6 Siehe BGHZ 121, S. 215, 218f. – Readerprinter. Nach früherem Recht reichte die technische Eignung aus; siehe BGH, GRUR 1981, S. 355, 357 – Videorecorder; GRUR 1982, S. 104, 105 – Tonfilmgeräte zu § 53 Abs. 5 S. 1 UrhG.

7 BGH, Urteil vom 5. Juli 2001, WRP 2002, S. 219 – Scanner: OLG Hamburg, Urteil vom 3. Dezember 1998, CR 1999, S. 415.

8 BGH, Urteil vom 28. Januar 1999 – IZR 208/96, ZUM 1999, S. 649. Ähnlich bereits OLG Zweibrücken, CR 1997, S. 348; LG Düsseldorf, NJW Rechtsprechungsreport Zivilrecht, 1994, 11202 = CR 1994, S. 224.

9 <http://www.vgwort.de/patentamt.php>.

ferner optische Speichermedien. Die Vergütungsansprüche können nur durch eine Verwertungsgesellschaft (Zentralstelle für private Überspielungsrechte, VG Wort, VG Bild-Kunst) geltend gemacht werden.

Verwertungsgesellschaften, Lizenzverträge und Tarife

Die zahlreichen von der Online-Nutzung betroffenen Urheber- und Leistungsschutzrechte machen eine sinnvolle Nutzung des Internet sehr schwierig. Wollte der Content-Provider eine digitale Bild- oder Musikdatenbank einrichten, bräuchte er je nach Speicherkapazität die Zustimmung tausender Urheber und Leistungsschutzberechtigter. So mußte z.B. für die Herstellung der CD-ROM anlässlich des 100. Geburtstages des Komponisten Carl Orff der Musikverlag Schott mehr als 800 Urheber- und Leistungsschutzrechte einholen.¹ Gäbe es nicht zumindest die Verwertungsgesellschaften, die einige Rechte treuhänderisch² wahrnehmen, müßte der Content-Provider mit jedem einzelnen Berechtigten verhandeln. Die Nutzung von Multimedia wäre damit von vornherein unmöglich. Hier bietet sich die Idee eines One-Stop-Shops an, eines einzigen »Geschäfts für digitale Rechte«.

Bekanntestes Beispiel einer Verwertungsgesellschaft ist die in München und Berlin ansässige GEMA. Wer bei einem Vereinsfest Musik per Band spielen will, wer die Kunden in seinem Geschäft mit Hintergrundmusik erfreuen will, der muß dafür an die GEMA einen Obolus entrichten. Die GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte) führt das Geld nach Abzug ihrer Verwaltungsgebühren an die Rechteinhaber ab. Ähnliche Gesellschaften existieren für andere Werkarten. Die GEMA läßt sich u.a. die »Rechte der Aufnahme auf Tonträger und Bildtonträger und die Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte an Tonträgern und Bildtonträgern« übertragen. Die Klausel bezieht sich nur auf die unveränderte Übernahme eines vollständigen Musikwerkes auf Bild-/Tonträger. Jede Bearbeitung, Veränderung oder Kürzung führt deshalb zur Nichtanwendbarkeit der Klausel.³ Neben der 1:1-Verwendung von Musik regelt der Wahrnehmungsvertrag auch die Verbindung von Musik mit anderen Werken, die sogenannte Synchronisation. So soll die GEMA zuständig sein, Musik »mit Werken anderer Gattungen auf Multimedia- und andere Datenträger oder in Datenbanken, Dokumentationssystemen oder in Speichern ähnlicher Art, u.a. mit der Möglichkeit interaktiver Nutzung« zu verbinden und diese neue Verbindung zu nutzen. Die GEMA verpflichtet sich in diesen Fällen, den Rechteinhaber über alle Anfragen nach Online-Synchronisationsrechten zu informieren. Der Rechteinhaber hat dann vier Wochen Zeit darüber zu entscheiden, ob er die Rechte selber wahrnimmt. Unternimmt er in diesem Zeitraum nichts, ist die GEMA endgültig zur Vergabe der Synchronisationsrechte berechtigt. Die GEMA hat ferner das Recht, »Werke der Tonkunst in Datenbanken, Dokumentationssysteme oder in Speicher ähnlicher Art einzubringen«. Sofern Musik daher über das Internet ausgestrahlt werden soll, ist dafür in bezug auf die Rechte der Komponisten und Texter (ausschließlich) an die GEMA zu zahlen; hinzu kommen aber noch die Rechte der Tonträgerhersteller, die ihre digitalen Rechte

1 Wernhard Möschel / Stefan Bechtold, *Copyright-Management im Netz*, MMR 1998, S. 571f.

2 Der zwischen dem Urheber und der Verwertungsgesellschaft geschlossene Wahrnehmungsvertrag begründet ein fremdnütziges Treuhandverhältnis, durch welches der Treuhänder das ausschließliche Nutzungs- und Verwertungsrecht erhält; vgl. LG Köln in ZUM 1998, S. 168f.

3 Vgl. hierzu ausführlich Gernot Schulze, *Teil-Werknutzung, Bearbeitung und Werkverbindung bei Musikwerken – Grenzen des Wahrnehmungsumfanges der GEMA*, ZUM 1993, S. 255, 261.

Die Generaldirektion der GEMA in Berlin; die zweite Generaldirektion der Gesellschaft befindet sich in München.



nicht an eine Verwertungsgesellschaft abgetreten haben. Seit Juli 2001 verfügt die GEMA auch über eigene Online-Tarife, die auf Pauschalgebühren (Prozentual bei Gewinnerzielung; sonst Mindestgebühr) je eingespeisten Musiktitel abstellen.¹

Für den wichtigsten Tarif (VR-W1) erfolgt die Berechnung nach den Page Impressions. Für bis zu 10.000 Page Impressions ist eine Vergütung von 25 Euro pro Monat fällig. Als Spieldauer geht die GEMA von maximal 5 Minuten pro Werk aus. Für die Nutzung auf privaten Websites beträgt die Vergütung je Werk 25 Euro pro Jahr auf der Basis von max. 2.000 Page Impressions. Der zweite Online-Tarif (VR-W2) gilt nur dann, wenn die Websites Angebote des Electronic Commerce enthalten. Unter den Begriff »Electronic Commerce« fällt jedes Angebot von Waren oder Dienstleistungen über eine Website. Im Bereich des Pre-listenings (bis zu 45 Sekunden Probehören) liegt die Vergütung für bis zu 20 Werke jährlich 150 Euro, sofern es um Websites unter 500.000 Page Impressions handelt. Nicht durch GEMA-Tarife geregelt ist der wichtige Bereich des Musikdownloads selbst.

Zu beachten ist allerdings, daß bei der GEMA nicht die Leistungsschutzrechte der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller liegen. Diese werden von der GVL wahrgenommen, der die Leistungsschutzberechtigten allerdings bewußt nicht die Online-Rechte übertragen haben. Auch soweit die großen Musik-Companies als Musikverleger der GEMA angehören, ist eine Rechteübertragung an die GEMA nicht erfolgt. Weitere Probleme ergeben sich aus der Wahrnehmung der Rechte ausländischer Rechteinhaber, da der Nachweis der Rechtekette schwierig wird. Aufgrund einer Beschwerde der CLT-UFA bei der EU-Kommission steht die GEMA gerade im Kreuzfeuer der kartellrechtlichen Kritik, gera-

1 Siehe Bundesanzeiger Nr. 106 vom 9. Juni 2001, 11472 und 11473. Ausführlicher dazu Becker, in: Schwarze/Becker (Hrsg.), *Regulierung*, 57, 63ff. Im einzelnen handelt es sich um die Tarife: VR-W1: Nutzung von Werken des GEMA-Repertoires in Websites zu Präsentationszwecken; VR-W2: Nutzung von Werken des GEMA-Repertoires in Websites mit »Electronic Commerce«; S-VR/IntR: Nutzung von Werken des GEMA-Repertoires durch Veranstalter von Internetradio; VR-OD1: Nutzung von Werken des GEMA-Repertoires für den on-Demand Download von Klingeltönen für Mobiltelefone.

de was die Vergabe digitaler Rechte angeht.¹ Die musikalische Verwertungsgesellschaft versucht, dieser Kritik durch Verabschiedung des Santiago-Abkommens² und des IFPI-Abkommens zu entgehen; beide Verträge sollen gewährleisten, daß eine Verwertungsgesellschaft auch Internet-Rechte für das Repertoire ihrer Schwesterngesellschaften erteilen kann.

Rechtspolitisch ungeklärt ist schließlich die Frage, wie sich der zunehmende Einsatz von DRM auf die Kompetenzen der GEMA und anderer Verwertungsgesellschaften auswirkt. Die Geräteindustrie hat ein inhärentes Interesse an der These, daß mit dem Einsatz digitaler Rechtemanagementsysteme eine individuelle Lizenzierung von Content möglich und die Zahlung einer Geräteabgabe für z.B. private Werknutzung damit obsolet werde. Diese Haltung ist jedoch nicht empirisch belegt. Der Einsatz von DRM ist noch marginal; auch ist völlig nebulös, ob und wie die Urheber an der individuellen Lizenzierung mittels DRM partizipieren. Die Verwertungsgesellschaften sind unter Umständen gerade im Zeitalter von DRM dazu aufgefordert, die Vergütungsinteressen der Urheber wirksam zu vertreten.

In der Praxis hat sich ein fester Tarif für die Nutzung digitaler Rechte noch nicht eingebürgert; Standardvergütungen sind nicht bekannt. Daher muß regelmäßig individuell die Höhe der Vergütung und die Vergütungsgrundlagen festgelegt werden. Ersterer Punkt unterliegt auch keiner Kontrolle nach §§ 307–309 BGB. Nur die Bemessungskriterien sind kontrollfähig. Im klassischen Urheberrecht haben sich allerdings eine Reihe verschiedener Vergütungsmodelle eingebürgert, die auch für den Online-Bereich gewinnbringend genutzt werden können. Für den Einsatz fertiger Werkteile hat sich die Bemessung nach Festpreisen durchgesetzt. Der Rechteinhaber erhält eine feste Summe, die alle Nutzungen abdeckt. Denkbar wäre aber auch die Vereinbarung einer prozentualen Beteiligung am Nettogewinn oder Nettoerlös des Produzenten; allerdings setzt dies voraus, daß der Online-Dienst von seiner Konzeption her überhaupt Erlöse erzielt. Das Gesetz beabsichtigt, den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz, daß Urheber angemessen an dem wirtschaftlichen Nutzen ihrer Arbeiten zu beteiligen sind³, stärker im UrhG zu verankern. Die Neuregelung soll insbesondere die Rechtsstellung der freischaffenden Urheber gegenüber den wirtschaftlich stärkeren Verwertern verbessern. Die bedeutsamste Änderung findet sich in § 32 UrhG. Die Vorschrift stellt den Urheber insoweit besser, als sie ihm erstmals ein gesetzliches Werkzeug an die Hand gibt, auf vertraglicher Ebene eine angemessene Vergütung gegenüber dem Werknutzer durchzusetzen. Inhaltlich regelt sie folgendes: Ist in einem Nutzungsvertrag keine Regelung über die Höhe der Vergütung bestimmt, gilt zugunsten des Urhebers die angemessene Vergütung als vereinbart. Für den Fall, daß zwar eine Vergütung vertraglich vereinbart wurde, diese aber nicht die Schwelle zur Angemessenheit erreicht, kann der Urheber von seinem Vertragspartner verlangen, eine angemessene Vergütung in den Vertrag aufzunehmen. Als angemessen gilt eine Vergütung dann, wenn sie zurzeit des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Hinblick auf Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte im Geschäftsverkehr nach redlicher Branchenübung geleistet wird.⁴

Zur Bestimmung der angemessenen Vergütung können die Interessenvertretungen der Urheber und der Verwerter – ähnlich wie in Tarifverträgen – so-

- 1 Siehe Frankfurter Allgemeine Zeitung, 18. Dezember 2001, S. 15.
- 2 Das Abkommen wurde während des CISAC-Kongresses 2000 in Santiago de Chile unterzeichnet; siehe Becker, in: Jürgen Schwarze / Jürgen Becker (Hrsg.), *Regulierung im Bereich von Medien und Kultur*, Baden-Baden 2002, S. 57, 62.
- 3 BGHZ 11, S. 135, 143.
- 4 Siehe dazu auch BGH, GRUR 2002, S. 602 – Musikfragmente.

nannte gemeinsame Vergütungsregeln festlegen. Soweit Vergütungssätze bereits in Tarifverträgen festgelegt sind, gehen diese den Vergütungsregeln allerdings voraus. Da zurzeit keine gemeinsamen Vergütungsregeln und meist auch keine tarifvertraglichen Vergütungssätze existieren und gerichtliche Entscheidungen zur Höhe der jeweils angemessenen Vergütung abzuwarten bleiben, ist die Bestimmung angemessener Vergütungssätze vorerst schwierig. Als Anhaltspunkt sollten die Vergütungssätze der Verwertungsgesellschaften herangezogen werden. Eine pauschale Orientierung an einer Regel, wonach 10 % des Umsatzes angemessen seien, wird man wohl kaum vertreten können.¹ Im Übrigen ist umstritten, ob eine solche Vergütungsregel nicht unter das Kartellverbot des Art. 81 EGV fällt. An die Stelle des ursprünglich im Entwurf vorgesehenen gegen jeden Nutzer gerichteten gesetzlichen Anspruchs auf angemessene Vergütung tritt ein Anspruch nur gegen den Vertragspartner des Urhebers, in eine angemessene Anhebung der Vergütung einzuwilligen, wenn diese nicht angemessen ist. Anders als in den ersten Entwürfen sieht der jetzige Text eine (alleinige) Abtretbarkeit des Anspruchs an Verwertungsgesellschaften nicht mehr vor. Für den Korrekturananspruch gilt die mit der Schuldrechtsmodernisierung eingeführte regelmäßige Verjährungsfrist von 3 Jahren. Entfallen soll die geplante Möglichkeit der Kündigung nach 30 Jahren. Der Korrekturananspruch auf angemessene Vergütung soll in Arbeitsverhältnissen nicht bestehen, wenn die Vergütung für die Nutzung der Werke tarifvertraglich geregelt ist. Zusätzlich zu der ex ante Korrektur der Vergütung soll zur angemessenen Beteiligung der Urheber bei außergewöhnlichen Erfolgen ex post ein verbesserter Bestsellerparagraf eingeführt werden (§ 32a). Können sich die Parteien nicht auf gemeinsame Vergütungsregeln einigen, so soll eine Schlichtungsstelle entscheiden (§ 36 UrhG), die sich am Modell der Einigungsstelle des Betriebsverfassungsgesetzes orientiert und so die Sachkunde der Branchen einbezieht. Eine nach gemeinsamen Vergütungsregeln ermittelte Vergütung ist nicht verbindlich.

Zu bedenken ist, daß dem Urheber in bestimmten Fällen ein Anspruch auf Nachvergütung zusteht; wichtig ist vor allem der sogenannte Bestsellerparagraf, wonach dem Urheber bei unerwartet hohen Erträgen und auffälligem Mißverhältnis zum gezahlten Entgelt ein Nachforderungsrecht bis zur Höhe einer angemessenen Vergütung zusteht.² Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Höhe der erzielten Beträge tatsächlich voraussehbar war. Da in dem alten »Bestsellerparagraf« ein »grobes« Mißverhältnis erforderlich war, ist die Schwelle für eine zusätzliche Vergütung nun herabgesetzt. Laut Begründung liegt ein auffälliges Mißverhältnis jedenfalls dann vor, wenn die vereinbarte Vergütung um 100 % von der angemessenen Beteiligung abweicht.³ Dies gilt allerdings nicht, wenn der Urheber nur einen untergeordneten Beitrag zu dem Werk geleistet hat.⁴ Bei Vereinbarung einer prozentualen Beteiligung sollten Abrechnungsverpflichtungen sowie ein Prüfungsrecht mit Kostentragungsregelung vorgesehen werden.

1 So zu Recht Gerhard Schricker, GRUR 2002, S. 737ff.

2 §§ 32a, 90 UrhG. Siehe hierzu auch BGHZ 115, S. 63, 66 = BGH, ZUM 1992, S. 14 – Horoskop-Kalender; BGHZ 137, S. 387, 396 – Comic-Übersetzungen; LG Oldenburg, CR 1995, S. 39.

3 Begründung des Rechtsausschusses zu § 32a, S. 46.

4 BGH, Urteil vom 21. Juni 2001, JZ 2002, 147 mit Anm. Gerhard Schricker = NJW Rechtsprechungsreport Zivilrecht, 2002, S. 255.

Internet als unbekannte Nutzungsart

Immer wieder taucht im Internetbereich die Frage auf, ob ein Produzent unter Berufung auf Altverträge vorbestehende Werke benutzen kann. Hier setzt § 31 Abs. 4 UrhG an, wonach sich Lizenzverträge nicht auf (damals) unbekannte Nutzungsarten beziehen können. Möchte ein Provider bestehende Werke in seine Homepage integrieren, bedarf er je nach betroffenem Verwertungsrecht die Zustimmung des Urhebers. Problematisch sind allerdings die Fälle, in denen der Urheber dem Hersteller bereits ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat und der Hersteller erst nachträglich eine Nutzung über Multimedia vornimmt. Kann der Hersteller unter Berufung auf das ausschließliche Nutzungsrecht nachträglich Werke einer Zweitverwertung zuführen? Dies erscheint insofern problematisch, als es sich beim Internet um eine neue, noch nicht bekannte Nutzungsart handelt. Käme diese Vorschrift hierauf zur Anwendung, wäre dem Produzenten die Berufung auf Altverträge versagt. Er müsste stattdessen mit den Lizenzgebern nachverhandeln, um die für die Verwendung im Internet erforderlichen Rechte zu erwerben. Dies dürfte zu erheblichen logistischen Schwierigkeiten führen, sind doch die Rechteinhaber unter Umständen nicht mehr auffindbar oder gar verstorben. Darüber hinaus wittert der eine oder andere Lizenzgeber gerade angesichts der Internet-Euphorie reiche Beute; er wird die Rechte nur gegen hohe Nachzahlungen einräumen. § 31 Abs. 4 UrhG könnte zur Crux der Content-Provider werden.¹

Fraglich ist dann aber, ob Online-Dienste eine neue Nutzungsart bilden.² Der Onlinebereich unterliegt eigenen technischen und wirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten. Die Verbreitung via Internet erfolgt international ohne Rücksicht auf nationale Grenzen an ein eigenes Publikum. Ein Werk der Literatur, das Online angeboten wird, erreicht neue Leserkreise. Im Rahmen des WWW, dem Online-Pendant zur multimedialen CD, werden darüber hinaus Bild, Text und Ton zu einer neuen Einheit verknüpft und neue Produkte geschaffen. Der Kunde erhält nicht nur alte Informationen auf neuem technischen Übertragungsweg. Er surft vielmehr gerade deshalb durch das Internet, weil er dort eine noch nie gekannte Form der Verknüpfung von Informationen zu einer neuen Einheit erleben kann. Dementsprechend finden sich auch für diesen Bereich eigene Benutzerkreise, eigene Zeitschriften und eigene Dienstleister. Zu beachten sind allerdings arbeitsvertragliche oder sonstige Treuepflichten. Einem Arbeitnehmer ist es nach allgemeinem Arbeitsrecht untersagt, die Rechte an der Online-Nutzung einem anderen anzubieten und insoweit in Konkurrenz zum Arbeitgeber zu treten. Insofern besteht nach Maßgabe von § 242 BGB eine Verhandlungspflicht, aufgrund derer der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber den nachträglichen Erwerb der Online-Rechte zu angemessenen Bedingungen anzubieten hat. Umstritten ist, wie das spezifische Neue der Internet-Nutzung umschrieben werden kann. Die Digitalisierung selbst wird man noch nicht als das Entscheidende ansehen können. Entscheidend sind die einzelnen Dienste innerhalb des Internets in Bezug auf die jeweils konkret genutzte Werkart. So stellt die Nutzung von Fotos im Internet eine eigene Nutzungsart dar.³ Auch die Möglichkeit, Filme on demand abzurufen, ist eine eigene Verwertungsform.⁴ Selbst die

- 1 Hinsichtlich der vielfältigen anderen Rechtsprobleme bei der Multimediaentwicklung siehe Thomas Hoeren, *An assessment of long-term solutions in the context of copyright and electronic delivery systems and multimedia products*, hrsg. von der Europäischen Kommission/DG XIII, Luxembourg 1995.
- 2 Bei CD-ROM-Produkten ist inzwischen die Frage der unbekanntenen Nutzungsart gerichtlich geklärt. Verschiedene europäische Gerichte haben das Vorliegen einer eigenen, neuen Nutzungsart bejaht und für die Frage der Neuheit auf die Zeit um 1990 abgestellt; siehe etwa LG Hamburg, MMR 1998, S. 44.; Bezirksgericht Amsterdam, MMR 1998, S. 34.
- 3 LG Berlin, ZUM 2000, S. 73.
- 4 OLG München, ZUM 1998, S. 413; LG München I, Urteil vom 10. März 1999, MMR 2000, S. 291.

- 1 OLG Hamburg, Urteil vom 4. Februar 2002, MMR 2003, 49. Siehe dazu Ewald Lichtenberger / Stefan Stockinger, in: Medien und Recht 2002, S. 95.
- 2 BGH, Urteil vom 5. Juli 2001, Archiv für Presserecht, 2002, S. 35 = ZUM 2002, S. 214 mit Anm. Dirk Feldmann 210 – Spiegel-CD-Rom; ähnlich bereits OLG Hamburg, ZUM 1999, 78 0 MMR 1999, S. 225.
- 3 OLG Hamburg, Urteil vom 21. November 2001, ZUM 2002, S. 297.
- 4 NJW 1995, S. 1496.
- 5 BGH, GRUR 1995, S. 212, 215.
- 6 § 32a UrhG (bis zum 1. Juli 2002 § 36 UrhG).

Verwendung von Musik für Handy-Klingeltöne wird als eigenständige Nutzungsart angesehen.¹ Der Bundesgerichtshof will auch die Verwendung von Print-Titeln als eigenständige Auswertung ansehen. Als Datum für die Neuheit wird in Rechtsprechung und Literatur auf das Jahr 1995 abgestellt. Im Jahr 1980 war die Verbreitung elektronischer Zeitungen im Internet auf jeden Fall unbekannt. In der Zwischenzeit sind auch datenträgerbezogene Digitalnutzungen unter § 31 Abs. 4 UrhG subsumiert worden, so zum Beispiel die DVD, die bis Ende der 90er Jahre eine noch unbekannte Nutzungsart war, oder die CD-ROM, für die 1990 als Stichjahr angenommen wird.² Für die CD wird dies im Verhältnis zur Vinyl-Schallplatte allerdings abgelehnt.³ Der Bundesgerichtshof hat den bisherigen Überlegungen durch seine Entscheidung »Videozweitauswertung III«⁴ noch eine Variante hinzugefügt: Was wäre, wenn ein pfiffiger Produzent bereits vor 1990 die multimediale Nutzung von Material in die Verträge aufgenommen hätte? Nimmt man die Überlegungen des Bundesgerichtshofs, so wäre dies ein Risikogeschäft im Vorfeld einer sich abzeichnenden Entwicklung zu einer wirtschaftlich eigenständigen Verwertungsform. Es reicht aus, daß die Online-Nutzung in die Verträge begrifflich aufgenommen worden ist, um § 31 Abs. 4 UrhG auszuhebeln. Allerdings verlangt der Bundesgerichtshof ausdrücklich, daß »die neue wirtschaftlich noch bedeutungslose Nutzungsart konkret benannt, ausdrücklich vereinbart und von den Vertragsparteien auch erörtert und damit erkennbar zum Gegenstand von Leistung und Gegenleistung gemacht wird«.⁵ Diese Rigidität vermag ich nicht nachzuvollziehen. Mit dem Erfordernis der ausdrücklichen Erörterung macht es der Bundesgerichtshof de facto unmöglich, Risikogeschäfte im Rahmen von Formularverträgen zu schließen. Der Schutz des Rechteinhabers ist bereits dann gewährleistet, wenn die Nutzungsart konkret benannt ist; unterschreibt er einen Formularvertrag in Kenntnis dieser Regelung, bedarf er keines weiteren Schutzes; allerdings ist dann noch der Grundsatz⁶ zu beachten, daß der Urheber bei auffälligem Mißverhältnis zwischen vereinbarter Vergütung und den tatsächlichen Erträgen aus der Nutzung des Werkes eine Änderung des Vertrages verlangen kann.