

# Urheberrecht in der Informationsgesellschaft

– Überlegungen zu einem Rechtsgutachten von Gerhard Schricker et al.<sup>1)</sup> –

---

Thomas Hoeren<sup>\*)</sup>

## I. Einleitung

Alles begann an einem kalten Januartag, an dem ich in meiner Post ein Schreiben von Herrn Kollegen *Schricker* fand. Er lud mich darin ein, in Berlin unter seinem Vorsitz zu einem von ihm erstellten Gutachten über urheberrechtliche Fragen der Informationsgesellschaft zu referieren. Sofort nahm ich diese ehrenvolle Einla-

dung an, verdanke ich doch fachlich Herrn *Schricker* viel, ohne ihn bis dahin je persönlich kennengelernt zu haben. Es dauerte nicht lange und ich erhielt ein zweites Schreiben, genauer gesagt ein Paket mit fünf Kilogramm Gewicht. Der Inhalt, ein knapp 400seitiges Gutachten<sup>2)</sup>, ließ mich blaß werden. Wie sollte ich über ein solches Opus Magnus referieren? Noch nervöser machte mich ein Hinweis von Thomas *Dreier*, ich möge mich möglichst kontrovers zu dem Gutachten äußern. Wie sollte ich das tun, angesichts der umfassenden Sachkompetenz der Verfasser, symbolisiert in den zahlreichen Hinweisen auf einschlägige Publikationen in den Fußnoten des Gutachtens?

---

1) Der folgende Beitrag gibt einen (um einige Fußnoten und Hinweise erweiterten) Vortrag wieder, den der Verf. auf der GRUR-Jahrestagung im Frühjahr 1997 in Berlin gehalten hat. Der Vortragscharakter wurde beibehalten; die Fußnoten beschränken sich auf wichtige Verweise. Mein Dank gilt meiner Mitarbeiterin, Frau Ass. iur. Ute *Decker*, für vielfältige Anregungen bei der Abfassung des Vortragsmanuskripts.

<sup>\*)</sup> Professor Dr., Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Münster.

---

2) Das Gutachten ist erst kurz nach der GRUR-Jahrestagung erschienen. Die im folgenden verwendeten Seitenzahlen beziehen sich auf den endgültigen Text (Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, Nomos Verlag, Baden-Baden 1997).

Nun gut, ich will es trotz aller Bedenken versuchen, die unschöne Rolle eines *Advocatus diaboli et diabolicus* zu übernehmen und in einem Co-Referat einige Eindrücke bei der Lektüre zusammenzufassen. Zwei Dinge kann und will ich allerdings nicht leisten:

– Erstens will ich mich nicht mit der Tatsache auseinandersetzen, daß das Gutachten in weiten Teilen von späteren Entwicklungen überrollt worden ist. So ist ein Tag nach Abschluß des Gutachtens, am 20. 11. 1996, das Follow-up zum Green Paper veröffentlicht worden. Die Autoren konnten auch die Verhandlungen in Genf und die Texte der WIPO Treaties vom Dezember 1996 nicht mehr berücksichtigen. Dies ist insofern bedauerlich, als dort auch wichtige Vorentscheidungen zum Vervielfältigungsbegriff gefallen sind. Schließlich fehlen wichtige Urteile, wie etwa die Entscheidungen des BGH in Sachen CB-Infodatenbank oder zur Reichweite von § 31 Abs. 4, ebenso wie der erst kürzlich erschienene, zweite Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Zukunft der Medien“ vom 30. 6. 1997<sup>3)</sup>. Gerade letzterer Bericht setzt sich kritisch mit Vorschlägen des MPI-Gutachtens auseinander und kommt in weiten Teilen zu abweichenden Reformempfehlungen.

– Zweitens möchte ich nicht auf die Vorgaben des Bundesjustizministeriums eingehen, das eine Reihe wichtiger Fragen aus dem Gutachtauftrag ausgeklammert hat. Lapidar heißt es hierzu im Vorwort: „Ausgeklammert werden das Internationale Privatrecht, das Recht der Verwertungsgesellschaften und die Frage der Haftung für Rechtsverletzungen“ (5). Alle drei Problemkomplexe zählen zu den wichtigsten urheberrechtlichen Fragen der Informationsgesellschaft. Man kann nur vermuten, was das BJM zu dieser Themenbegrenzung veranlaßt hat. Die Haftung für Rechtsverletzungen wurde bereits damals im Rahmen der TDG-Entwürfe geregelt; man wollte offensichtlich die hektische Diskussion um den Inhalt der Haftungsbestimmungen nicht durch ein Rechtsgutachten des MPI verkomplizieren. Die Ausgrenzung des Themas „Verwertungsgesellschaften“ dürfte wohl auf Veranlassung derselben geschehen sein, um die geplanten Erweiterungen der Wahrnehmungsbefugnisse und die Einführung der Clearingstelle Multimedia zu sichern. Unklar ist das verordnete Schweigen auf dem Gebiet des IPR. Denn gerade die kollisionsrechtlichen Fragen der Informationsgesellschaft bedürfen dringendst einer Klärung. Vielleicht wollte man hier auf die im Follow-Up zum Green Paper angekündigte Mitteilung der Kommission zu diesem Themenbereich warten.

Im weiteren möchte ich in Form von sieben Thesen einige Überlegungen zum *Schricker*-Gutachten zur Diskussion stellen. Die Thesen mögen sicherlich überspitzt formuliert sein; wichtig ist nur das Grundanliegen, erste – subjektive und fragmentarische – Eindrücke bei der Lektüre des Gutachtens wiederzugeben.

### 1. These: Das BGB ist tot – es lebe das Urheberrecht

Das BGB ist geprägt vom Primat der Warenproduktion, entsprechend den ökonomischen Vorgaben am Ende des 19. Jahrhunderts. Im Vordergrund steht folglich der Erwerb von Sachen im Sinne des § 90 BGB. Diese Sachen sind eigentumsfähig; sie können verkauft, vermietet, verarbeitet und umgebildet werden. Schon der Dienstleistungssektor ist rechtlich im BGB unterrepräsentiert. Trotz vehementer Proteste im Reichstag wurde auf Begriffe wie Arbeitsverhältnis und Arbeitneh-

mer bei der Verabschiedung im BGB ausdrücklich verzichtet. Differenzierungen zwischen selbständiger, persönlich und wirtschaftlich abhängiger Tätigkeit fehlen. Statt dessen finden sich nur kurze Regelungen zum allgemeinen Dienst- und Geschäftsbesorgungsvertrag.

Kaum brauchbar ist das BGB aber für die Zuordnung von Informationen, dem Grundstoff der modernen Informationsgesellschaft<sup>4)</sup>. Informationen sind als immaterielle Güter nicht eigentumsfähig. Eine Zuordnung von Informationen wird zwar vom BGH über das Eigentum am Datenträger vorgenommen. Doch dieser Ansatz erweist sich angesichts der abnehmenden Bedeutung von Datenträgern fragwürdig. Auch die Zuordnung über § 17 UWG wird immer nebulöser, da in einer Informationsgesellschaft die Grenzen zwischen geheimem Wissen und nicht-geheimem Wissen immer fließender werden.

In dieser Situation kommt dem Immaterialgüterrecht eine besondere Bedeutung zu. Insbesondere das Urheberrecht ermöglicht eine klare Zuordnung von Rechten an Informationen, sofern deren Auswahl oder Anordnung eine persönlich-geistige Schöpfung beinhaltet. Damit ist zwar noch kein Ausschließlichkeitsrecht an der Information selbst statuiert, aber über den Schutz der sogenannten Form ein Schutz von Informationssammlungen begründet<sup>5)</sup>. Dem Urheberrecht wird daher in der Informationsgesellschaft eine Schlüsselrolle zukommen. Es wird dem BGB an Bedeutung zumindest gleichkommen.

### 2. These: Entsprechend der Bedeutung von Information und Wissen bedarf es einer breiten Diskussion um eine Wissensordnung, bei der alle traditionellen Kategorien zur Disposition stehen

#### 1. Vorüberlegungen

Das Urheberrecht geht vom Bild des monadisch lebenden, kreativen Einzelgängers aus, der sich den schönen Künsten verschrieben hat. Die Informationsgesellschaft basiert hingegen auf interaktiven, arbeitsteiligen, international tätigen Teams von Kreativen, die gemeinschaftlich Gebrauchswerke konzipieren. Zu Recht spricht *Dreier* an einer Stelle des Gutachtens von einer Akzentverschiebung, kraft derer das Urheberrecht immer weniger als Kultur- denn als Industrierecht anzusehen ist (142).

Dieser Paradigmenwechsel stellt zahlreiche Vorgaben des traditionellen Urheberrechts in Frage. Entspricht die gesamthänderische Bindung in Urhebergemeinschaften, wie sie § 8 UrhG vorsieht, noch den heutigen Bedürfnissen? Sind nicht die Urheberpersönlichkeitsrechte in den heutigen Schlüsselbranchen, wie der Softwareindustrie, obsolet? Um an diesem Punkt kurz einzuhalten; ich plädiere nicht für eine Abschaffung der Persönlichkeitsrechte, insofern wird meine Position in einem vor zwei Jahren erschienenen Tagungsbericht falsch wiedergegeben<sup>6)</sup>. Vielmehr plädiere ich für eine umfassende Revi-

4) S. zu diesem hier nur angedeuteten Themenbereich *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich/Baden-Baden 1995, insbesondere S. 77 ff. sowie *Spinner*, Die Wissensordnung, Opladen 1994.

5) Diese Gedanken sind – gerade auch im Hinblick auf die Europäischen Datenbankrichtlinie – nur rudimentär; s. dazu ausführlich *Hoeren*, Information als Gegenstand des Rechtsverkehrs (erscheint demnächst).

6) S. *Wachter*, GRUR Int. 1995, 860, 873. Dieser Bericht gibt auch andere Passagen des Vortrags verkürzt und sinnentstellend wieder; s. etwa den Hinw. von *Schricker* in dem Gutachten auf S. 28 und Fußn. 41.

sion des Urheberrechts, bei der sich gerade die Urheberpersönlichkeitsrechte als kritischer Stachel, als notwendiges Korrektiv vor der Entmündigung des Urhebers erweisen können.

## 2. Der restaurative Grundduktus des Schrickers-Gutachtens

Auf diesem Hintergrund fällt der restaurative Grundduktus des Schrickers-Gutachtens auf. Schon im Vorwort wird darauf verwiesen, daß die „Grundstrukturen des Urheberrechts – Werkbegriff, Schöpferprinzip, Schutz der urheberpersönlichkeitsrechtlichen und Verwertungsinteressen durch absolute Rechte, begrenzter Katalog von Urheberrechtsschranken zugunsten der Allgemeinheit, kontrollierte Vertragsfreiheit für urheberrechtliche Transaktionen – (...) auch in der Informationsgesellschaft erhalten bleiben“ können und sollen (5). Insofern liest sich das Gutachten wie eine Bestandsaufnahme des nationalen und internationalen Status quo; die wenigen Novellierungsvorschläge basieren meist auf älteren Ideen. Daß man das Thema auch anders hätte angehen können, zeigen etwa die Ausführungen Schrickers zum Urheberpersönlichkeitsrecht. Auffällig ist hier zunächst, daß Schricker das Problem der Interaktivität nur als Anfrage an die Werkhöhe ansieht und sich ausführlich mit der wenig praktischen Frage beschäftigt, ob der Benutzer eines interaktiven Werkes ein eigenes Urheberrecht erwirbt (47 ff.). Die eigentlich praktische Frage, die sich im Zusammenhang mit der Interaktivität stellt, klärt Schricker nicht. Denn Interaktivität ist aufgrund der damit verbundenen Änderungs- und Bearbeitungsmöglichkeiten eng mit dem Entstellungsverbot verbunden. Das Verhältnis von Interaktivität und Entstellungsverbot bleibt jedoch im Gutachten ungeklärt. Ferner wird auch der problematische Punkt einer kollektiven Wahrnehmung bzw. einer Abtretung von Urheberpersönlichkeitsrechten an die Verwertungsgesellschaften nicht diskutiert und auch zu der gegenwärtigen Praxis (etwa im Bereich der VG Bild-Kunst) keine Stellung genommen.

Diese und weitere (unten noch zu diskutierende) Lücken des Gutachtens mag man noch als Marginalia ansehen. Schwerer wiegen jedoch grundsätzlichere Defizite, insbesondere das Fehlen aller verfassungsrechtlichen, ökonomischen und technischen Überlegungen. Verfassungsrechtlich wäre zum Beispiel eine klare Analyse der grundgesetzlich geschützten Interessen von Urhebern, Werkverwertern und Werknutzern und der Versuch einer Abwägung dieser Interessen interessant gewesen. Verfassungsrechtlich steht neben dem Schutz der Urheber durch Art. 2 und 14 GG der Schutz der Informationszugangsfreiheit in Art. 5 Abs. 1 GG. Beide Schutzgüter müssen nach der Rechtsprechung des BVerfG in eine praktische Konkordanz zueinander gebracht werden, bei der jedes Schutzgut zu möglichst optimaler Entfaltung gebracht wird. Im Gutachten ist von dieser Konkordanz nichts mehr zu spüren. An einer Stelle (181) werden die verfassungsrechtlichen Schutzinteressen in einem Satz erwähnt und daraus die Schlußfolgerung gezogen, bestehende Schrankenbestimmungen, deren grundgesetzliche Einordnung im dunkeln gehalten wird, de lege lata eng auszulegen (181). Schrankenbestimmungen erscheinen nur als Störfaktor, als Risiko, das es zu minimieren gilt. Hätte man sich statt dessen ausgiebiger mit den verschiedenen Grundrechtspositionen beschäftigt, wäre man sicherlich zu ausgewogeneren Ergebnissen und einem fundierteren theoretischen Unterbau gekommen.

Die Ergebnisse einer solchen verfassungsimmanenten Interpretation des Urheberrechts hätte man noch mit einer ökonomischen Analyse des „Multimedia“-Marktes und der in diesem Bereich agierenden „Global player“ verbinden können. Dann hätte sich vielleicht gezeigt, daß der Begriff „Multimedia“ inzwischen viel zu weit geworden ist, als daß er noch eine Aussagekraft hätte. Statt dessen dürften z. B. Online- und CD-ROM-Markt eigenständige Märkte mit voneinander unabhängig tätigen Akteuren bilden.

Eine technische Übersicht hätte sich schon deshalb gelohnt, um die dem Gutachten zugrunde liegende, eigenwillige Unterscheidung von „digitalen Werken“ und „Multimediawerken“ zu hinterfragen. Auch hätte man dann auf dieser Grundlage die komplizierte Problematik der technischen Zwischenspeicherung im Proxy- und Cache-Bereich thematisieren, die urheberrechtlich relevanten Unterschiede zwischen FTP, WWW und E-Mail herauskristallisieren oder zur urheberrechtlichen Zulässigkeit von Hyperlinks Stellung nehmen können.

## 3. Internet und der Strukturwandel der Öffentlichkeit

Am deutlichsten rächt sich der restaurative Grundduktus des Gutachtens bei den – in den anderen Teilen brillanten – Überlegungen Dreiers zur urheberrechtlichen Qualifizierung des elektronischen Abrufs (S. 116). Dreier will die Abgrenzung zwischen urheberrechtlich relevanter Vervielfältigung und rein technischer Vervielfältigung unter § 16 UrhG danach vornehmen, ob die Nutzungshandlung eine intensivere Werknutzung mit sich bringt (112). Als Beispiel für intensivere Nutzung wird dann das Laden eines Werks in den Arbeitsspeicher angeführt (das meines Erachtens nun gerade keine intensivere Nutzung beinhaltet); dagegen soll „das Einlesen eines on-line übermittelten Datensatzes in den Arbeitsspeicher“ (112; gemeint dürfte wohl das Browsen sein) nicht relevant sein. Diese Unterscheidung dürfte sich in der Praxis wohl kaum vermitteln lassen, da die Kriterien für eine besondere Intensität der Werknutzung unklar bleiben<sup>7)</sup>. Dreier scheint dieses Dilemma selbst zu sehen, wenn er die genaue Grenzziehung der Rechtsprechung überlassen will (113). Dies ist wohl weniger ein Lösungsvorschlag denn eine Kapitulation. Weiter empfiehlt Dreier eine Einordnung der (vollkommen unkörperlichen) Bildschirmanzeige als Eingriff in das Vervielfältigungsrecht, weil sonst eine Schutzlücke entstünde. Es fragt sich dann nur, wo bei einer Aufgabe des Kriteriums der Körperlichkeit eine Grenze gezogen werden kann. Dabei wird nicht diskutiert, ob es sich nach Abwandlung des Öffentlichkeitsbegriffs (die ohnehin notwendig wird) nicht um eine Wiedergabe handeln könnte.

7) Folgerichtig ist sie von der Literatur nicht aufgegriffen worden. Im zweiten Zwischenbericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages wird allerdings in Anlehnung an Dreiers Vorschlag darauf verwiesen, daß bei „aus technischen Gründen erfolgenden Zwischenspeicherungen, die einem Transport nahe stehen“, keine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung vorliegen soll (BT-Drucks. 13/8110, Rdn. 4.2.1). Meines Erachtens kommt es auf die Transportfunktion nicht an; von der Wertung des Urheberrechts her scheidet jedoch jede nur technisch bedingte Zwischenspeicherung aus dem Anwendungsbereich von § 16 UrhG aus.

Problematisch sind auch die Ausführungen zur Qualifizierung des Bereithaltens zum Abruf<sup>8)</sup> als Teil des Verbreitungsrechts oder des Rechts der öffentlichen Wiedergabe (116 ff.). Meines Erachtens hätte hier zunächst eine Differenzierung zwischen den einzelnen Arten der Online-Übermittlung erfolgen müssen. Danach müßte klargestellt werden, wo der urheberrechtlich relevante Nutzungsvorgang erfolgt: bei dem Provider oder bei dem User. Dabei würde man wohl auf den Provider abstellen. Wenn also z.B. der Provider unter seiner Homepage eine Datei anbietet, die von einem User erstens angesehen und dann herunter geladen wird, hätte man bei Annahme eines Verbreitungsrechts die ungewöhnliche Konstellation, daß zuerst die Verbreitung und dann erst die Vervielfältigung im RAM/ auf der Festplatte des Users stattfindet. Die Erörterung *Dreiers* zum Verbreitungsrecht ist dann auch in sich widersprüchlich: Erst wird die direkte Anwendung des § 17 Abs. 1 deshalb verneint, weil das für die Erschöpfung nach § 17 Abs. 2 UrhG erforderliche Werkexemplar nicht angeboten wird (128)<sup>9)</sup>. Dann soll § 17 Abs. 1 analog nur angewandt werden, um den Weg zu Vermiet- oder Verleihrecht zu öffnen (das sich gerade dadurch auszeichnet, daß keine Vervielfältigung erfolgen muß: Vermieten/Verleihen=Verbreitung ohne Vervielfältigung). *Dreier* kommt immer wieder auf Verleihen nach § 27 UrhG zurück, wohl weil er annimmt, daß die Übermittlung im Online-Bereich nicht einmal mittelbar kommerziellen Interessen dient (diese Abgrenzung dürfte noch schwieriger zu treffen sein als die Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Nutzung). Für sehr irreführend halte ich die Bemerkung, durch eine Vergütungspflicht wie in § 27 UrhG könnten die Kontrollinteressen der Urheber nicht gewahrt werden (129). Damit ist wohl gemeint, daß eine Schranke genau wie eine Zwangslizenz die Untersagung der Nutzung ausschließt. Auf der anderen Seite sollte aber bedacht werden, daß gerade § 27 UrhG für informelle Massennutzung entworfen ist und eine entsprechende Anwendung deshalb jedenfalls hätte diskutiert werden müssen.

Abschließend schlägt *Dreier* vor, die Übermittlung zur Abspeicherung unter das Recht der öffentlichen Wiedergabe zu fassen und gleichzeitig § 53 auf nicht-digitale Vervielfältigungen zu beschränken. Indem *Dreier* betont, daß jede Verwertungshandlung entweder körperlich oder unkörperlich sei und damit originär dem ausschließlichen Verwertungsrecht des Urhebers unterliege (130), verwischt er unnötig die Grenzen zwischen den einzelnen Verwertungsrechten. Besonders der Schluß, es erübrige sich damit die Schaffung eines neuen Verwertungsrechts für Online-Übertragungen (131), kann dar-

aus nicht gezogen werden, denn jedes Recht hat seine immanenten und positiv festgelegten Schranken und Vergütungsmodi. Diese Bestimmungen sind es, die erst eine sachgerechte Handhabung ermöglichen und deshalb auch eine Einordnung erforderlich machen.

*Dreier* plädiert dann für eine gesonderte Nennung unter § 15 Abs. 2 unter der Überschrift „Recht der unkörperlichen Übertragung“: umfaßt werden soll „das Recht, geschützte Werke dem drahtlosen oder drahtgebundenen Zugriff durch die Öffentlichkeit bereitzuhalten“ (133). Damit sind wohl alle passiven Dienste umfaßt; die Einordnung aktiver Dienste bleibt ungelöst. Obwohl *Dreier* im folgenden für eine Öffnung des Öffentlichkeitsbegriffes plädiert, hält er eine Abgrenzung zu § 19 Abs. 4 über das Erfordernis der Anwesenheit an einem Platz für die Wahrnehmbarmachung aufrecht.

Am problematischsten erscheint mir *Dreiers* Vorschlag für eine Neufassung von § 15 Abs. 3 UrhG. Hiernach soll eine Wiedergabe öffentlich sein, „wenn sie für eine oder für mehrere Personen erfolgt, die der Öffentlichkeit angehören“ (136). Diese Definition ist: (1) tautologisch, weil Öffentlichkeit mit Öffentlichkeit erklärt wird; (2) nutzlos, weil sie keine Abgrenzung zu point-to-point Übermittlung (z. B. e-mail) bietet; (3) irreführend, weil durch die Einbeziehung einer Person aus der Öffentlichkeit der Eindruck erweckt wird, es werde auf die tatsächliche Wahrnehmung und nicht auf die Wahrnehmbarkeit abgestellt (auch bei Sendung ist Öffentlichkeit gegeben, wenn nur eine einzige Person die Sendung tatsächlich sieht) und (4) nicht ausreichend, weil damit auch keine Aufgabe der Erfordernisse von Gleichzeitigkeit und/oder örtlichem Bezug erreicht sind. Ein neuer Öffentlichkeitsbegriff sollte klarstellen:

- (1) das fakultative und finale Element der Wahrnehmbarmachung und der Bestimmung für eine unbestimmte Zahl nicht individualisierter Personen (schon durch „bestimmt ist“ in § 15 Abs. 3 gewahrt);
- (2) die ausdrückliche Aufgabe der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien der Gleichzeitigkeit (Sendung) und der örtlichen Verbundenheit (Vorführung);
- (3) die Anpassung der Abgrenzung zwischen privat und öffentlich (Neufassung von „bestimmt abgegrenzt“ und „persönlicher Beziehung“: müßte nach Aufgabe der Gleichzeitigkeit enger gefaßt sein);
- (4) die (von *Dreier* der Rechtsprechung überlassene) Anwendbarkeit auf unterschiedliche Dienste und Formen der Wiedergabe (als Grenzfall z. B. das customized auf vorgegebene individuelle Vorlieben ausgerichtete Angebot aus der Tagespresse): Wann ist es noch dasselbe Angebot?;
- (5) eventuell eine Einschränkung des sukzessiven Öffentlichkeitsbegriffs auf das neue Übertragungsrecht.

3. *These: Die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts für Urheber und Leistungsschutzberechtigte ist eine begründungsbedürftige Ausnahme gegenüber dem Grundsatz der allgemeinen Informationsfreiheit, die nur bei Vorliegen einer entsprechenden Gestaltungshöhe gerechtfertigt ist*

An einer bestimmten Stelle des Gutachtens kam ich beim Lesen ins Stocken. Auf S. 37 schreibt *Schricker*:

„Außerhalb des Schutzes bleiben allein der vorgegebene Stoff, insbesondere gemeinfreie Daten und

8) Unzutreffend ist der Ansatz der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages, der den elektronischen Abruf als öffentliche Wiedergabe qualifizieren will (s. BT-Drucks. 13/8110 vom 30. 6. 1997, Rdn. 5). Der Abruf ist die Handlung, die der Nutzer vornimmt, und die allenfalls als Vervielfältigung qualifiziert werden kann (s. o.). Allenfalls das Bereithalten des Materials seitens des Providers zum späteren Abruf durch den User steht hier zur Debatte.

9) In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß auch der Vorschlag der Enquete-Kommission im Zwischenbericht vom 30. 7. 1997 (BT-Drucks. 13/8110, Rdn. 4.3) zur Einschränkung der Erschöpfungswirkung nicht überzeugt. Hiernach soll sich der Erschöpfungsgrundsatz nicht „auf elektronisch übermittelte Dienstleistungen“ erstrecken. Dies ist tautologisch. Denn wenn eine Dienstleistung angeboten wird, scheidet mangels Veräußerung stets eine Erschöpfung aus. Im Internet und über das Internet werden jedoch auch Waren zum Erwerb angeboten, etwa im Wege des Downloadens von Software via FTP. Hier kommt eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes sehr wohl in Betracht.

Informationen, wie auch Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen und mathematische Konzepte. Alles andere kommt als urheberrechtliche Substanz des Multimediaerwerkes in Betracht, wobei zwischen Form und Inhalt nicht zu unterscheiden ist.“

Gemeinfreiheit als Ausnahme, Schutzfähigkeit als Regel. Dies entspricht der klassischen Sicht eines klassischen Urheberrechtlers. Doch ist diese Sichtweise wirklich zwingend? Läßt sich das Verhältnis von Regel und Ausnahme nicht auch anders bestimmen? Schon historisch gesehen stand doch am Anfang die Gedankenfreiheit, der free flow of information. Bis ins 16. Jahrhundert hinein war der Begriff des Urhebers unbekannt. Sieht man einmal von dem eher leistungsschutzrechtlichen System des Privilegienwesens ab, ist das heutige System des Urheberrechts ein Produkt des 19. Jahrhunderts. Der Schutz durch das Urheberrecht erweist sich somit bereits geschichtlich als Ausnahmeerscheinung; über dem Urheberrecht wölbt sich der Himmel der freien Information. Die Information ist folglich selbst als gemeinfrei anzusehen. Ausschließlichkeitsrechte hingegen bedürften als Ausnahme der Rechtfertigung. Information ist als *res extra commercium*, als common heritage of mankind anzusehen. Schon Joseph Kohler prägte den berühmt gewordenen Vergleich zwischen immateriellen Gütern und einer Wasserwelle, „die nur einen momentanen Gebrauch gestattet und sodann zur Benützung Dritter vorbeifließt“<sup>10)</sup>. Bei Ablauf der Schutzdauer sollen die „Schöpfungen des Einzelnen(...) sich wie die Ströme im Ozean des allgemeinen Kulturlebens vereinigen und verlieren“<sup>11)</sup>. Wie Kohler weiter betont, sind „Entdeckungen aber, auch wenn noch mühsamer und opferreicher, (...) nicht appropriabel, die Wahrheit ist eines Jeden“<sup>12)</sup>. Das Urheberrecht erscheint demgegenüber als zu rechtfertigende Ausnahme; die Rechtfertigung liegt in der besonderen Kreativität des Schöpfers: „Das Autorrecht ist das Recht an einer Schöpfung, es beruht darauf, daß die schaffende Kraft des Geistes ein neues, vorher nicht vorhandenes Erzeugnis hervorgebracht hat“<sup>13)</sup>.

Schon Kohler hat auf die Konsequenz dieser Sichtweise für die Frage der Gestaltungshöhe hingewiesen. So sollen nach Kohler Adreßbücher und andere Datensammlungen nicht schutzwürdig sein<sup>14)</sup>. In der Tat würde eine zu tief angesetzte Meßlatte für die Urheberrechtsfähigkeit das Verhältnis von Regel und Ausnahme verzerrern. Statt Gemeinfreiheit der Idee und freiem Informationszugang stünden nunmehr ein bis 70 Jahre nach Tod des Urhebers fortdauerndes Ausschließlichkeitsrecht als Regelfall im Vordergrund. Schon die lange Schutzdauer zeigt, daß regelmäßig eine besondere Gestaltungshöhe für die Bejahung der Urheberrechtsfähigkeit erforderlich ist.

Es ist offensichtlich, daß dieser Gedanke nicht mit den Überlegungen Schrickers kompatibel ist. Schricker fordert – nicht nur in diesem Gutachten, sondern auch in anderen Texten<sup>15)</sup> – einen „Verzicht“ auf das Erfordernis der Gestaltungshöhe. Mir ist allerdings bei dieser Formulierung unklar, wie man auf die Gestaltungshöhe verzichten kann; m.E. kann man die Gestaltungshöhe

allenfalls reduzieren. Anders als es der europäische Richtliniengeber formuliert, ist ein Verbot qualitativer Kriterien zur Bestimmung der Schutzhöhe undenkbar.

Ferner fordert Schricker in seinen Ausführungen zur Schutzhöhe, daß der Gedanke der „kleinen Münze“ auf alle Werkarten übertragen werden sollte: Durch die „Senkung der Schutzuntergrenze würde die Erfüllung der Aufgabe des Urheberrechts erleichtert, als Teil des Wirtschaftsrechts die kulturelle Produktion in ihrer ganzen Produktion in ihrer ganzen Breite zu fördern“ (45). Die Rechtsprechung hat sich solchen Forderungen bekannterweise konstant widersetzt und auf der traditionellen Differenzierung von Gebrauchswerken und anderen Schöpfungen beharrt. Nach anfänglicher Skepsis halte ich diese Rechtsprechung für zutreffend und die daran geübte Gerichtsschelte für unangebracht. Denn diese Kritik verkennt, 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<sup>16)</sup>. Selbst in der US-amerikanischen Rechtsprechung machen sich Tendenzen bemerkbar, erhöhte qualitative Kriterien an die Gewährung des Copyright anzulegen<sup>17)</sup>.

Auch der Verweis Schrickers (45) auf europäische Richtlinien, insbesondere die Softwareschutz- bzw. die Datenbankrichtlinie, führt nicht weiter. Zwar dürften infolge von § 69 a Abs. 3 S. 2 UrhG, der eine Anwendung qualitativer Kriterien bei der Prüfung der Urheberrechtsfähigkeit von Software verbietet, die Anforderungen an die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen gegenüber der früher geltenden Rechtslage herabgesetzt sein. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß damit auch jedes noch so durchschnittliche, alltägliche oder triviale Programm urheberrechtlichen Schutz genießt. Vielmehr wird die Rechtsprechung auch künftig zwar herabgesetzte, aber letztendlich doch qualitativ-wertende Kriterien heranziehen, ohne die der Begriff der „Schöpfung“ letztendlich nie mit Inhalt gefüllt werden könnte. Losgelöst von der Frage, wie die Rechtsprechung die Schutzfähigkeit von Software oder Datenbanken bestimmen wird, handelt es sich bei beiden Regelungskomplexen um Sondermaterien. Die §§ 69 a ff. UrhG erstrecken sich ausweislich § 69 a Abs. 1 nur auf Computerprogramme in jeder Gestalt. Die Europäische Datenbankrichtlinie regelt nur den Schutz von Informationssammlungen. In beiden Fällen wird voller urheberrechtlicher Schutz, einschließlich urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse, für einen Zeitraum bis zu 70 Jahren nach Tod des Urhebers gewährt, obwohl die Gestaltungshöhe eher leistungsschutzrechtlichen Standards entspricht.

Abseits dieser Sonderregelungen erscheint eine Ausdehnung des Schutzes auf die sog. kleine Münze nicht geboten. In der Literatur ist schon seit Jahrzehnten vor einer solchen Ausdehnung gewarnt worden<sup>18)</sup>. Denn eine solch großzügige Rechtsprechung würde das Risiko schaffen, daß der Schutz des Urheberrechts über den

16) Vgl. hierzu Dietz, Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1978, Rdn. 78 ff.; Colombat, Major principles of copyright and neighbouring rights in the world, Paris 1987, 11 ff.; Cerina, IIC 1993, 579, 582 ff.

17) S. etwa die Entscheidung des Supreme Court of the United States No. 89–1909 vom 27. 3. 1991 in Sachen *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Company*, Sup. Ct. 111 (1991), 1282 = GRUR Int. 1991, 933.

18) S. etwa Schraube, UFITA 61 (1971), 127, 141 ff.; Dietz, a.a.O., Rdn. 68 und 82; Thoms, Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, München 1980, 260 ff. mit weiteren Nachw.

10) Kohler, Das Autorrecht, eine zivilrechtliche Abhandlung, Separatabdruck aus Ihering's Jahrb. XVIII N.F. VI, Jena 1880, 51.

11) Kohler, Das Autorrecht, 47 f.

12) Kohler, Das Autorrecht, 165.

13) Kohler, Das Autorrecht, 160.

14) Kohler, Das Autorrecht, 160 ff.

15) Schricker, FS Kreitle, 715 ff.; ders., GRUR 1996, 815 ff.; ders., FS GRUR 1991, Band II, 1095, 1102 ff.

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. Daß das Reichsgericht teilweise bei literarischen Werken deutlich herabgesetzte Schutzanforderungen angenommen hat<sup>19)</sup>, mag angesichts der Tatsache, daß die Schutzdauer nach dem Urheberrechtsgesetz von 1870 lediglich dreißig Jahre post mortem auctoris betrug, sachangemessen gewesen sein. Die Erhöhung der Schutzfristen im Jahre 1934 auf fünfzig Jahre und im Jahre 1965 auf siebzig Jahre sowie die allmähliche Erstreckung des Schutzes auf gewerblich-technische Werke muß zu einer Anhebung der Kriterien für die Gestaltungshöhe führen. Wie Erdmann zu Recht betont hat<sup>20)</sup>, können die Anforderungen an die Gestaltungshöhe bei einzelnen Werksarten unterschiedlich sein und bei der zweckfreien Kunst niedriger liegen als bei gebrauchsbefugten, gewerblichen Werken. Gerade deshalb hat der BGH in der Vergangenheit stets auf dem Erfordernis bestanden, daß die Form letzterer Werke deutlich die Durchschnittsgestaltung übersteigt<sup>21)</sup>. Auch die Enquete-Kommission Zukunft der Medien des Deutschen Bundestages hat in seinem zweiten Zwischenbericht eine Herabsetzung der Gestaltungshöhe mit deutlichen Worten abgelehnt: „Es besteht kein Anlaß, diesen zentralen Schutzstandard des deutschen Urheberrechts (...) inhaltlich abzusenken. Der Schutz des Urheberrechts würde sich sonst in Richtung Investitionsschutz fortentwickeln, die einer Wettbewerbsordnung notwendig fremd ist“<sup>22)</sup>.

#### 4. These: Die Zuweisung von Immaterialgüterrechten an einzelne muß in einem ausgewogenen Gleichgewicht zur Zugangsfreiheit der Allgemeinheit stehen

##### 1. Allgemeine Vorüberlegungen

Schricker und die anderen Mitverfasser gehen tendenziell von einer Ausweitung des Urheberrechtsschutzes aus. So soll die kleine Münze für alle Werkarten gelten (s. o.). Erwogen wird ferner ein eigenes Leistungsschutzrecht für den Digitalisierenden ähnlich dem eines Tonträgerproduzenten<sup>23)</sup>. Das Vervielfältigungsrecht soll – wie erwähnt – vorübergehende Kopien, einschließlich des Ladens in den Arbeitsspeicher und der Bildschirmanzeige, umfassen. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe soll die sukzessive Öffentlichkeit einschließen.

Diese immense Ausdehnung des Urheberrechts muß aber mit einer Ausdehnung der Schrankenbestimmungen korrelieren. Ansonsten gerät das, was das BVerfG immer als praktische Konkordanz bezeichnet, die Güterabwägung zwischen Schutzinteresse des Urhebers und Zugangsfreiheit der Allgemeinheit, ins Wanken. Dreier selbst hat dieses Problem an einer Stelle kurz benannt und betont, daß das legitime Interesse der Öffentlichkeit

an urheberrechtlicher Freistellung von der Ausdehnung des Urheberrechtsschutzes abhängig sei<sup>24)</sup>.

Der Ausdehnung des Urheberrechtsschutzes würde folglich diametral die Forderung nach einer Aufhebung bestehender Schrankenbestimmungen gegenüberstehen. Schutz der Urheber ja, Informationsfreiheit nein – eine solche Wertung würde verfassungsrechtlichen Vorgaben wohl kaum genügen. Eine Ausdehnung des Schutzzumfangs und eine Herabsetzung des Schutzstandards muß folglich mit einer Erweiterung der Schranken – etwa im Sinne des US-amerikanischen Fair-Use-Prinzips – einhergehen. Sehr schön ist dieser Zusammenhang im jüngst veröffentlichten zweiten Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Zukunft der Medien“ des Deutschen Bundestages herausgearbeitet worden:

„Um zur Produktion von Wissen und Information im weitesten Sinne anzureizen, muß es sein Bestreben (sc. das Bestreben des Gesetzgebers) sein, den Schutz des Urheberrechts als ein privates und vermögenswertes Gut, als ein property right, möglichst hoch anzusetzen. Andererseits beeinträchtigt ein solcher Schutz wegen der mit ihm verbundenen Ausschließlichkeit zugleich die optimale Nutzung der auf solche Weise hergestellten Informationsgüter“<sup>25)</sup>.

Jegliche Gesetzgebung auf dem Gebiet des Urheberrechts muß diesem Zielkonflikt gerecht werden und beiden Interessen gleichermaßen Rechnung tragen.

##### 2. Die Vorschläge Dreiers zur Reform der Schrankenbestimmungen

Doch diesem Ansatz wird Dreier, der im übrigen eine glänzende Analyse der Schrankenbestimmungen vorgelegt hat, bei der konkreten Bestimmung des Änderungsbedarfs nicht gerecht<sup>26)</sup>.

Dies gilt vor allem für die Ausführungen Dreiers zu § 53 (163 ff.). Dreier stellt zunächst fest, daß das Privileg der Schranke gleichzeitig den Nachteil der Vergütungspflicht für Medien und auch für die vervielfältigenden Geräte mit sich bringt (165). Da digitale Vervielfältigungen eine intensivere Nutzung des Werkes möglich machen, soll § 53 dahingehend eingegrenzt werden, daß nicht durch Dritte für den Privilegierten vervielfältigt werden soll, sondern eine digitale Kopie nur durch den Privilegierten selbst erstellt werden können soll (166). Ebenso soll eine Aufnahme in ein eigenes Archiv nach § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG nur dann privilegiert sein, wenn ein privater oder eigener wissenschaftlicher Gebrauch beabsichtigt ist (166). Beide (teilweise deklaratorischen) Einschränkungen der bestehenden Schranken haben sich durch die Urteile des BGH in Sachen CB-Infobank als Revision der Urteile der Oberlandesgerichte Frankfurt und Köln erledigt: der BGH hat hier selbst festgestellt, daß die Vervielfältigung zu der Aufnahme in ein eigenes Archiv nur zum privaten oder eigenen wissenschaftlichen Gebrauch zulässig ist, aus diesem Archiv aber nicht das Informationsbedürfnis Dritter befriedigt werden darf. Auch wurde zu § 53 Abs. 1 UrhG entschieden, daß eine private Vervielfältigung nur für natürliche Personen in Frage kommt und dann die Kopie nur insoweit durch einen Dritten vorgenommen werden darf, als

19) RGSt 39, 282, 283 – Theaterzettel; RGZ 81, 120, 122 – Kochrezepte; RGZ 116, 292, 294 – Adreßbuch.

20) FS v. Gamm 1990, 389, 401.

21) BGH GRUR 1986, 739, 740 f. – Anwaltsschriftsatz; s. auch BGH GRUR 1972, 38, 39 – Vasenleuchter; BGHZ 94, 276, 286 = GRUR 1985, 1041, 1047 – Inkasso-Programm; BGH GRUR 1995, 581 f. – Silberdistel.

22) Zweiter Zwischenbericht, BT-Drucks. 13/8110, Rdn. 4.1.

23) Hier geht Schricker meines Erachtens etwas an der Praxis vorbei und vermischt die Begriffe der Multimedia-Produktion im Sinne einer Konzeption und der Digitalisierung als Erstellung des binären Materials.

24) S. 185.

25) Zwischenbericht, BT-Drucks. 13/8110, Rdn. 3.1.1.

26) S. zu den Überlegungen Dreiers auch dessen Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung unter dem Titel „Urheberrecht und digitale Werkverwertung“ (Bonn 1997).

er praktisch als Kopiermaschinenersatz fungiert. Bei einer Kopie nach Rechercheauftrag ginge die Beteiligung des Dritten darüber hinaus. Eine Trennung des Rechercheauftrags von dem Kopierauftrag wurde nicht akzeptiert.

Eine Veränderung des Gesetzeswortlauts scheint mir deshalb nicht mehr angebracht: § 53 Abs. 2 Nr. 2 ist noch nie anders als mit der immanenten Einschränkung auf einen privaten oder eigenen wissenschaftlichen Zweck interpretiert worden. Eine Streichung der Vornahme der Vervielfältigung durch Dritte in § 53 Abs. 1 ist unnötig und gerade nicht sachdienlich: denn gerade die digitalen Vervielfältigungsmöglichkeiten führen wieder zu der Situation, daß jemand einen privaten Zweck, aber nicht die Mittel (z. B. teure Scanner) hat. Und für diese Situation war § 53 Abs. 1 S. 2 doch gedacht.

Keine Privilegierung soll gelten (167) für § 53 Abs. 2 Nr. 3 (eigene Unterrichtung aus Rundfunk), Nr. 4a/b (eigener Gebrauch von kleinen Teilen oder einzelnen Beiträgen aus Zeitungen und Zeitschriften oder eigener Gebrauch von vergriffenen Werken), Abs. 3 (kleinen Teilen oder einzelnen Beiträgen aus Druckwerken oder Zeitungen und Zeitschriften im Schulunterricht oder zu Prüfungszwecken). Das würde meines Erachtens für die Lehrtätigkeit zu einer unerträglichen Einschränkung führen. Die eigene Unterrichtung über Tagesfragen aus dem Rundfunk dürfte dagegen überhaupt keine wesentliche Rolle spielen, so daß sich eine (ohnehin schwierige) Differenzierung nach digitaler und analoger Vervielfältigung verbietet. § 53 Abs. 2 Nr. 4 greift nur da ein, wo ein eigener Zweck nicht schon ein privater ist, also für juristische Personen. Warum dann aber keine digitalen Kopien von kleinen Teilen oder einzelnen Beiträgen erlaubt sein soll, bleibt besonders auch im Hinblick auf die wohl anerkannte Erstellung von internen Pressespiegeln, die als Druckmedium unter § 49 gefaßt wird, im dunkeln.

Schließlich kommen *Dreier* anscheinend doch im Hinblick auf Art. 5 GG und der Informationsfreiheit Bedenken. Er schlägt zur Entschärfung eine Verwertungsgesellschaftspflicht vor (167), obwohl die Urheber gerade wegen der Befürchtung, sie könnten die Kontrolle über die digitale Verwertung ihrer Werke verlieren, bisher mit der Übertragung der Rechte zur digitalen Nutzung auf Verwertungsgesellschaften sehr zurückhaltend gewesen sind. Eine Verwertungsgesellschaftspflicht stellt Urheber nur vor die Alternative, entweder keine Vergütung zu erhalten oder die Rechte zu übertragen. Umgekehrt könnte sich aber der Nutzer nicht darauf verlassen, daß die Rechte überhaupt bei der Verwertungsgesellschaft liegen. Das hieße einen Konflikt heraufzubeschwören, ohne dadurch zu dem gewünschten Ziel zu kommen. Auch die Verwertungsgesellschaften werden sich nicht auf die von *Dreier* avisierte Übernahme von Rechtevermittlungen und Vergütungsverteilung aus „Mandatsverträgen“ einlassen wollen, weil diese Verträge das System sprengen und einen unsinnigen Aufwand für Einzelverhandlungen und partielle Rechtswahrnehmung erforderlich machen.

Bei Katalogbildern (§ 58) ist *Dreier* der Meinung, unter „Verzeichnissen“ könnten dem Wortlaut nach nur Druckwerke gemeint sein (170). Richtig ist zwar, daß digitale Kataloge eine intensivere Nutzung erlaubten. Diese Nutzung soll dadurch ermöglicht werden, daß neben der Vervielfältigung und Verbreitung auch die öffentliche Wiedergabe von § 58 erfaßt werden soll. Das ist wohl nur sachdienlich. Für bedenklich halte ich dagegen die Idee, „als Ausgleich“ insgesamt für § 58 eine Ver-

gütungspflicht einzuführen und diesen Anspruch verwertungsgesellschaftspflichtig zu machen (171). Das bedeutete einen Eingriff in bestehende Rechtspositionen und würde die Urheber in die Arme der Verwertungsgesellschaften treiben, was gerade bei den betroffenen bildenden Künstlern im Verhältnis zur VG Bild Kunst nicht gerade beliebt ist. Dabei ist gar nicht einzusehen, warum ein Ausgleich gewährt werden sollte. Die Wiedergabe lediglich des Abbildes des Werkes der bildenden Kunst stellt keinen wesentlich neuen Eingriff dar. Ich halte daher eine Erweiterung des § 58 um die Wiedergabe via online ohne weiteres für angebracht, wie es auch im Rahmen von § 59 vorgeschlagen wird (171).

Im Rahmen von § 60, der die Interessen der abgebildeten Person wahren will, ist es sicherlich erforderlich, auch eine Online-Wiedergabe zu privilegieren, damit nicht jede Verwendung des eigenen Bildes im Internet der Gefahr des Einspruchs durch den Fotografen unterliegt (172). Allerdings sollte auch bedacht werden, daß durch die digitalen verlustfreien Vervielfältigungsmöglichkeiten ganze Geschäftsbereiche, die sich mit dem Verkauf von Nachbestellungen beschäftigt haben, beeinträchtigt werden. Fraglich ist, ob nicht auch die online-Wiedergabe anderer Bildkategorien, z. B. Architekturfotografien, die für eine Präsentation benötigt werden, privilegiert werden sollten. Die Idee (174), im Rahmen von § 62 Abs. 3 jetzt nicht nur für Werke der bildenden Kunst und Lichtbildwerke, sondern für alle Werkkategorien vorzusehen, daß Änderungen, die mit dem Verwendungszweck zusammenhängen und durch die Art der Vervielfältigung bedingt sind, bis an die Grenze der Entstellung zulässig sein sollen, halte ich für sehr gut. Allerdings fragt sich, ob eine solche Ausnahme nicht auch im Rahmen von § 39 Abs. 1 UrhG schon wegen des *E-contrario*-Arguments aufgenommen werden sollte.

Den Bedürfnissen der Allgemeinheit will *Dreier* im wesentlichen durch die Einführung einer Parallelvorschrift zu § 69 d Abs. 1 UrhG Rechnung tragen (175). Es sollen folglich diejenigen Vervielfältigungshandlungen nicht der Zustimmung des Rechteinhabers bedürfen, die für die bestimmungsgemäße Benutzung geschützter Werke durch den rechtmäßigen Benutzer erforderlich sind. Er verkennt dabei aber, daß die Regelung unter dem Vorbehalt anderweitiger vertraglicher Bestimmungen steht. Auch Art. 6 der Datenbankrichtlinie enthält diesen Vorbehalt. Auch im Merkmal des bestimmungsgemäßen Gebrauchs stecken vertragliche Beschränkungsmöglichkeiten, bestimmt sich doch die Bestimmung eines Werkes nach den vertraglichen Vorgaben. Letztendlich handelt es sich bei § 69 d gar nicht um eine gesetzliche Lizenz, sondern um eine vertragliche Auslegungsregel.

Sehr interessant ist auch der Vorschlag *Dreiers* für eine Erweiterung der Abwendungsbefugnis nach § 101 Abs. 1. Allerdings halte ich eine Erweiterung auf den Fall der Nicht-Ermittelbarkeit des Rechteinhabers für bedenklich. Bei § 101 Abs. 1 stellt sich schon in der ursprünglichen Fassung die Frage der Beweislast. Diese würde grundsätzlich beim Verletzer liegen, d. h. er müßte sich von vermutetem Verschulden entlasten (wie bei § 285 BGB). Parallel müßte dann nach der Erweiterung der Verletzer nachweisen, daß er sich zumutbar bemüht hat, die Identität aufzudecken. Fraglich ist, ob nicht mancher Verletzer diesen Weg dem Risiko der Einholung einer ‚schwierigen‘ Lizenz vorziehen würde. Dies bedeutete dann für den nicht identifizierten Rechteinhaber im Ergebnis eine Zwangslizenz. Das Problem bei Multimedia-Produktionen liegt doch aber wohl darin, daß nach

kosten- und zeitintensiver Vorbereitung ein einzelner Rechteinhaber die Rechteeinräumung verweigert. Die hiervon betroffenen Produzenten wären dann schlechter gestellt.

5. *These:* Das Problem des „Rechtebuyout“ bedarf im digitalen Zeitalter besonderer Aufmerksamkeit. Hier erweisen sich Verwertungsgesellschaften nur dann als Garanten der Urheberinteressen, wenn es ihnen gelingt, die Rechteinhaber von der Effizienz einer kollektiven Wahrnehmung zu überzeugen

## I. Vorüberlegungen

Das Gutachten wirft auch die Frage auf, ob das Verhältnis von Urhebern zu Multimediaunternehmen richtig gewichtet worden ist. An verschiedenen Stellen des Gutachtens wird auf die Möglichkeit einer vertraglichen Übertragung von Rechten zugunsten eines Multimediaunternehmens abgestellt (insbesondere 93 ff., 97 f., 202 ff.). Dies verweist auf das zugrundeliegende „Erkenntnisinteresse“, eine möglichst unproblematische Rechteübertragung auf Rechteinhaber zu legitimieren. In der Tat findet sich im Gutachten nichts mehr von den revolutionären Überlegungen von Adolf Dietz zur Reform des Urhebervertragsrechts in favorem auctoris<sup>27)</sup>. Eine solche Reform wird im Gutachten nicht einmal mehr erwähnt; statt dessen geht es zum Beispiel in dem Abschnitt zum Urhebervertragsrecht (181 ff.) nur noch darum, wie die Rechte möglichst einfach dem Urheber entzogen werden können. Damit verfällt das Gutachten aber in eine gefährliche Schiefelage; denn wo in anderen Kapiteln vom Schutz der Urheber und der Stärkung seiner wirtschaftlichen Rechte die Rede ist, geht es angesichts der favorisierten Globalabtretungen letztendlich nur um den Schutz der Rechteinhaber, sprich der großen Multimediaunternehmen. Damit symbolisiert das Gutachten das, was es als zeitgeschichtlichen Trend konstatiert: den Wechsel des Urheberrechts vom Kultur- zum Industrierrecht, vom Schutz der Kreativen zum Schutz der Investoren. Dem Gutachten liegt die nicht näher reflektierte Wertung zugrunde, daß Multimediaunternehmen möglichst einfach und unkompliziert an die digitalen Rechte gelangen sollen.

## II. Beispiel: Urheberpersönlichkeitsrecht

So schlägt Schricker vor, Rechtsgeschäfte über das Urheberpersönlichkeitsrecht der Werkintegrität weitgehend zuzulassen, sofern sie sich auf einzelne, konkret umschriebene Werkänderungen beziehen (93 f.)<sup>28)</sup>. Gemeint sein könnte hiermit ein AGB-Verbot im Bereich des Urheberpersönlichkeitsrechts<sup>29)</sup>. Dies wäre ein interessanter Vorschlag zum Schutz der Urheber. Doch die Formulierung „Abstellen auf den konkreten Einzeleingriff“ (94) legt anderes nahe. Intendiert könnte auch sein, daß im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen das Ausmaß der geplanten Werkänderungen nur hinreichend konkret bezeichnet sein muß, um selbst tiefe Eingriffe in ein Werk zu legitimieren. In letzterem Falle wäre es zum Beispiel unlässig, einen Doku-

mentarfilm über das Leben Rudi Dutschkes von 90 Minuten auf 30 Minuten zu kürzen<sup>30)</sup>, sofern diese Kürzungsmöglichkeit hinreichend konkret im „Kleingedruckten“ der Sendeanstalt erwähnt worden ist. Die Kunst der Rechteinhaber wird folglich nur noch darin bestehen, möglichst konkrete Listen beabsichtigter oder denkbarer Werkentstellungen in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufzunehmen. Formulierungskunst siegt dann über Entstellungsschutz.

## III. Beispiel: Urhebervertragsrecht im Arbeitsverhältnis

An anderer Stelle folgt ein Abschnitt über unbekannte Nutzungsarten und die Zweckübertragungslehre, die ein Hindernis für die Verwertung vorbestehender Werke in Multimediawerken darstellen. Auf diesem Hintergrund wird u. a. vorgeschlagen, § 31 Abs. 4 de lege lata nicht im Rahmen von Arbeitsverträgen anzuwenden, weil hier die Nutzungsrechte ja ohnehin dem Arbeitgeber zugefallen seien (210)<sup>31)</sup>.

Wie so etwas strukturell umgesetzt werden könnte, wird leider nicht weiter ausgeführt: Soll der Arbeitgeber nun doch Inhaber der Verwertungsrechte selbst werden, soll die Wirkung von § 31 Abs. 4 einschränkbar werden, oder sollen mit Bekanntwerden der Nutzungsart die Nutzungsrechte als an den Arbeitgeber übertragen gelten? Soll das auch zur Anwendung kommen, wenn der Arbeitnehmer dann schon aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist?

Im weiteren werden Mitwirkungspflichten unter Miturhebern und der bevorzugte Zugriff für ursprüngliche Werkverwerter (insbesondere Verleger) angesprochen (211 ff.). Letztere wird aus rechtstatsächlichen Gründen für unnötig gehalten. Im Zusammenhang mit den Mitwirkungspflichten wird eine Pflicht zur Rechteübertragung nach Treu und Glauben diskutiert, die aber mangels Eignung dieser Grundsätze und mangels entsprechender Interessenlage abgelehnt wird<sup>32)</sup>. Anzumerken wäre vielleicht auch, daß dies einer Zwangslizenzierung gleichkäme. Wieso sollte auch ein Autor einem Verlag die digitalen Rechte übertragen müssen, wenn dieser sich die Rechte früher nicht hat übertragen lassen?

## IV. Der Ausweg: Verwertungsgesellschaften?

Nun haben Schricker und die anderen Co-Autoren eine Sperre eingebaut. Sie fordern vehement eine Verstärkung der Positionen von Verwertungsgesellschaften. Parallel zum Mandatsvertrag der VG Wort für sogenannte Inhouse-Kommunikationssysteme sollen Nutzungsrechte für digitale Erzeugnisse und Dienste zu individuellen Bedingungen von einer Verwertungsgesellschaft vergeben werden (208). Für den Fall, daß Rechteinhaber nicht bereit sein sollten, den Bibliotheken Rechte zu angemessenen Bedingungen zu gewähren, wird eine Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften verlangt (167, 175). Auch die Einrichtung

30) Dieses Beispiel basiert auf einem realen Vorfall, der vom LG Berlin als gröbliche Entstellung im Sinne von §§ 14, 93 UrhG angesehen worden ist.

31) Ähnlich auch Katzenberger im Kapitel über die Zuordnung des Urheberrechts auf S. 71 f.

32) Dies ist insofern erstaunlich, als Katzenberger, der das Kapitel zum Urhebervertragsrecht verfaßt hat, früher eine Treuepflicht von Autoren im Bereich der CD-ROM-Rechte bejaht hat; s. ders., Elektronische Printmedien und Urheberrecht, München 1995, 175 ff.

27) S. Dietz, Festgabe Schricker 1996, S. 13 ff.

28) Ähnlich auch Silke v. Lewinski in ihrem Kapitel über Leistungsschutzrechte (243 ff.).

29) In diesem Sinne spricht Schricker auf S. 94 von der „individuelle Rechtsgeschäfte“ erlaubenden und begrenzenden Vorschrift.

der CMMV soll eine gesetzliche Lösung des Problems der Urheberschaft obsolet machen (77). Ähnlich wird für die gesetzliche Einführung einer Verwertungsgesellschaftenpflicht für digitale Rechte an alten Publikationen plädiert (213).

Sicherlich sind die Verwertungsgesellschaften als Treuhänder der Urheber im digitalen Zeitalter besonders gefordert. Sie können gerade verhandlungsschwache Urheber bei der Verwaltung ihrer Rechte unterstützen und gleichzeitig im Interesse der Multimediaproduzenten „one stop shopping“-Funktionen übernehmen. Die Urheber werden aber ihre Rechte nur dann im Wege individueller Mandatarverträge auf eine Verwertungsgesellschaft übertragen, wenn die Verwertungsgesellschaften die Interessen der Rechteinhaber auch effizient wahrnehmen. Dies setzt voraus, daß die Rechteinhaber erst einmal über Änderungen der Wahrnehmungsverträge informiert und um ihre Zustimmung gebeten werden. Dann sind klare Tarifstrukturen erforderlich, die den Rechteinhabern nach Abzug des Verwaltungsaufwands reelle Gewinne und nicht nur Pfennigbeträge sichern. Dazu müßten sich die Verwertungsgesellschaften als adäquate Ansprechpartner der Internet-Gemeinde erweisen. Hier fehlt es aber manchmal an Elementarem. Kaum eine Verwertungsgesellschaft verfügt über eine brauchbare Homepage, über Mailing-Listen, elektronische Newsletter und weitere Distributionsmedien der Informationsgesellschaft.

Auch bei der Rechtswahrnehmung selbst hapert es. Hierbei gilt die alte Internet-Weisheit: Das Netz ist so gut wie das schwächste Glied in der Übertragungskette. Es kommt nicht von ungefähr, daß gerade die kleinsten Verwertungsgesellschaften mit den geringsten digitalen Rechten die meisten Schwierigkeiten im Multimediabereich haben. So kämpft die VG Wort seit langem um eine Klärung der Frage, ob elektronische Pressespiegel unter § 49 UrhG fallen und insofern Vergütungsansprüche über Verwertungsgesellschaften abzuwickeln sind. Innerhalb der VG Musikedition tobt ein heftiger Streit darüber, ob die Verwertungsgesellschaft zur Übertragung von digitalen Rechten am Liedrepertoire des EKD-Gesangbuchs berechtigt war. Bei der VG Bild-Kunst ist immer noch die Frage der digitalen Klammerauswertung bei Filmsequenzen ungeklärt; über die Rechteübertragung seitens der Photographen wird gerade im Verhältnis zu den Bildarchiven noch heftig gerungen. Solange jedoch der Umfang der digitalen Rechte, die über Verwertungsgesellschaften zu erwerben sind, unklar ist, wird auch die CMMV-Konstruktion nichts nutzen. Es ist demnach anzunehmen, daß das heiße Eisen des One stop shopping so schnell nicht geschmiedet werden kann.

Im übrigen fragt sich, wer die Kontrolleure kontrolliert. Urheber werden nur dann ihre digitalen Rechte durch Verwertungsgesellschaften wahrnehmen lassen, wenn diese in ein effektives System staatlicher Aufsicht eingebunden sind. Daß die personell auf den Lasten eines Mitarbeiters ruhende Kontrolle seitens des Deutschen Patentamtes verbessert werden könnte, dürften selbst Repräsentanten der Verwertungsgesellschaften zugeben. Auch die zugrundeliegende kartellrechtliche Problematik der Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften ist noch gänzlich ungeklärt, auch wenn die vor der Europäischen Kommission anhängigen Kartellverfahren in Sachen „U2“ und „MTV“ inzwischen durch Vergleich beendet worden sind. Die Enquete-Kommission „Zukunft der Medien“ des Deutschen Bundestages hat jedenfalls in ihrem jüngsten Zwischenbericht deut-

lich darauf hingewiesen, daß die Vereinbarkeit von „One Stop Shopping“ mit deutschem und europäischem Kartellrecht in jedem Einzelfall gesichert sein müsse<sup>33)</sup>.

#### 6. These: Gesetzgeberische Schnellschüsse helfen nicht. Erforderlich ist die Entdeckung der Langsamkeit

Die bislang zusammengetragenen Eindrücke zeigen, daß es mit schnell lancierten Reformvorschlägen nicht getan ist. Man gewinnt derzeit den Eindruck, als wollten die Juristen die ökonomische Explosivität des Online-markts imitieren und sich im Wettlauf mit dem Igel Internet als wild gewordener Hase gerieren. Binnen 20 Tagen mußten im Dezember 1996 die WIPO-Verträge „durchgepeitscht“ werden. Im Laufe eines Jahres verabschiedete man das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz. Die Europäische Kommission hastet von Richtlinie zu Richtlinie und plant nach Green Paper und Follow Up für 1997 weitere Richtlinien zum Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht. Tempo, Tempo, Tempo – nur nicht innehalten, nachdenken, Zeit verlieren. Aus den Fehlern, die bei der übereilt verabschiedeten Softwareschutzrichtlinie gemacht worden sind, will man offensichtlich nicht lernen. Diese Hektik verkennt den Sinn der Jurisprudenz, die stets Legasthenikerin des Fortschritts war. Gerade die kritische Reflektion, das Festhalten an Idealen, diese im positiven Sinne konservative Grundhaltung zeichnet den Juristen im Angesicht sozioökonomischer Umbrüche aus. Man kann dem Bundesjustizministerium als dem Auftraggeber des *Schriker-Gutachtens* nur wünschen, daß es weiterhin behutsam, in einem offenen Diskurs mit allen urheberrechtlich relevanten Kreisen (insbesondere mit der Urheberrechtswissenschaft) den Reformbedarf im Immaterialgüterrecht auslotet.

#### 7. These: Der Sprung in die Informationsgesellschaft gelingt nur, wenn die Urheberrechtswissenschaft stärker gepflegt und gefördert wird

Wenn dem Urheberrecht in der Informationsgesellschaft wirklich eine entscheidende Schlüsselstellung zukommen soll, bedarf es unbedingt auch einer Verstärkung und Verbreiterung der Urheberrechtswissenschaft. Doch die Zeichen der Zeit stehen anders. Statt Intensivierung und Ausbau dieser Disziplin droht gerade jetzt an allen Universitäten ein erschreckender Stellenabbau. Die an juristischen Fakultäten ohnehin nur spärlich vertretene Urheberrechtswissenschaft droht ihre angestammten Heimstätten in Berlin und Frankfurt zu verlieren. Bekannt dürften inzwischen auch die drastischen Stellenkürzungen am MPI geworden sein, an dem in den nächsten Jahrzehnten zentrale wissenschaftliche Stellen gestrichen bzw. nicht wieder besetzt werden. Es bedarf hier dringend eines neues Netzwerks der Urheberrechtler, einer konzertierten Aktion der Forschung, soll nicht das Feld gänzlich der oft zu marketingorientierten Anwaltschaft oder den Lobbyisten überlassen werden. Konkurrenz, Neid und Arroganz sollten dem gemeinsamen Ziel weichen, den wissenschaftlichen Nachwuchs zu pflegen, junge Forscher heranzuziehen und ihnen Foren des Gedankenaustausches zu bieten<sup>34)</sup>.

33) Zweiter Zwischenbericht, BT-Drucks. 13/8110, Rdn. 4.5.3.

34) In diesem Zusammenhang sei auf die parallele Initiative des ehemaligen DPA-Präsidenten *Häusser* zur Wiederbelebung der Patentrechtswissenschaft hingewiesen.

Ich würde mir wünschen – und mit diesem Wunsch komme ich zum Ende meines Vortrags –, daß ein solches Netzwerk offen wäre für kritische, hoffentlich nicht verletzende Anregungen und vielleicht extrem klingende Visionen eines jungen Hochschullehrers. In diesem Sinne bedanke ich mich ganz herzlich bei Herrn Kollegen *Schricker* für die ehrenvolle Einladung zu diesem Vortrag und für seine Toleranz ob der (von ihm allerdings ausdrücklich gewünschten) „Gutachtenschele“, die – wie jede kritische Stellungnahme – ein Manko hat:

Der Zuhörer nimmt eher die Kritik als das Lob auf. Deshalb hier noch einmal in aller Deutlichkeit und Ehrlichkeit am Ende: Das Gutachten des Max-Planck-Instituts ist eine profunde wissenschaftliche Leistung, ein brillantes Opus magnus, dessen Konzeption und Inhalt – im Sinne der Inkassoprogramm-Entscheidung des BGH – das Können durchschnittlicher Urheberrechtler bei weitem übersteigt.

[G 2401]