

Till Kreuzer

# Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen

Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung,  
Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den  
urheberrechtlichen Funktionswandel



**Nomos**



**Hamburger Schriften zum Medien-,  
Urheber- und Telekommunikationsrecht**

herausgegeben von:

**Dr. Wolfgang Schulz**  
Hans-Bredow-Institut, Hamburg

**Band 1**

Till Kreuzer

# Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen

Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff,  
Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als  
Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel



**Nomos**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://www.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2007

ISBN 978-3-8329-3998-4

1. Auflage 2008

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die Arbeit lag im Wintersemester 2006/2007 der juristischen Fakultät der Universität Hamburg als Dissertation vor. Die Arbeiten an der Dissertation wurden Anfang 2007 abgeschlossen. Später eingetretene Rechtsänderungen – wie vor allem die Reformen des Urheberrechtsgesetzes durch den „2. Korb“ und das „Durchsetzungsgesetz“ im Jahr 2008 – wurden in manchen Details noch berücksichtigt. Gleiches gilt für ausgewählte Literatur und Rechtsprechung, die nach Fertigstellung der Arbeit veröffentlicht wurden.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hoffmann-Riem, der mir seinerzeit die Möglichkeit eröffnet hat, meine Idee von dieser Arbeit in die Tat umzusetzen und der mich in diesem aufwendigen Unterfangen stets mit wertvollen Ratschlägen unterstützt hat. Zudem danke ich Herrn Prof. Dr. Marian Paschke für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ferner danke ich auch und vor allem Dr. Wolfgang Schulz, dem Herausgeber dieser Reihe. Ihm gebührt wesentlicher Dank nicht nur dafür, dass er meine Arbeit als ersten Band angenommen hat. Vielmehr danke ich ihm als langjährigem Freund, Mentor, Geschäftspartner und Begleiter meiner wissenschaftlichen Tätigkeit. Herr Schulz hat unter anderem als inoffizieller „zweiter Betreuer“ meiner Doktorarbeit fungiert und dabei durch unzählige Gespräche wesentlich zu ihrem Gelingen beigetragen. Wertvolle Hilfe haben mir zudem meine Freunde Dr. Axel Metzger und Dr. Carsten Schulz sowie Dr. Gerd Kukuk geleistet, die viele Ideen und Anregungen beigesteuert haben. Leider kann Dr. Kukuk aufgrund seines plötzlichen Todes im Jahr 2006 die Fertigstellung der Arbeit nicht mehr miterleben.

Ich danke zudem meinen Eltern, die mich viele Jahre mental und finanziell unterstützt und mir hierdurch Studium und Promotion ermöglicht haben. Ich habe Zweifel, dass dieses Buch ohne die wichtige und mühselige Schlussredaktion meines Vaters jemals hätte veröffentlicht werden können. Dank für Hilfe aus dieser Richtung gebührt auch meinem Freund Jörg Alsdorf.

Schließlich möchte ich meiner Frau, Dr. Ina Kreutzer, danken. Ohne die zeitgleiche Arbeit an unseren Dissertationen hätten wir uns womöglich nie kennengelernt. Wäre dies nicht passiert, wäre meine Arbeit wiederum nicht – zumindest nicht so – entstanden.

Hamburg im August 2008

Dr. Till Kreutzer



# Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| Abkürzungsverzeichnis   | 17 |
| Einleitung  | 24 |
| Teil 1: Der Status quo im Urheberrecht                                | 30 |
| Kapitel 1: Das Schutzkonzept des deutschen Urheberrechtsgesetzes      | 30 |
| I) Das Urheberrecht   | 30 |
| A) Begründung und Rechtfertigung des Urheberrechts                    | 30 |
| 1) Rechtsphilosophisch dominierte Begründungsansätze des <i>Droit</i> |    |
| <i>D'Auteur</i>   | 31 |
| a) Die Theorie vom geistigen Eigentum                                 | 31 |
| b) Die Theorie vom Persönlichkeitsrecht                               | 32 |
| c) Die Naturrechtslehre der „Rechtsontologen“                         | 33 |
| 2) Utilitaristische Begründungsansätze                                | 35 |
| a) Die funktionale Betrachtung <i>Gerhard Schrickers</i>              | 35 |
| b) Die konsequentialistische Betrachtung                              | 36 |
| 3) Hinweise auf das Vorherrschen naturrechtlicher                     |    |
| Begründungsansätze im deutschen Urheberrecht aus einer                |    |
| Gegenüberstellung mit Grundsätzen des Copyright-Systems               | 37 |
| 4) Schlussfolgerungen   | 40 |
| B) Hinweise auf eine naturrechtliche Begründung des geltenden         |    |
| Urheberrechts   | 40 |
| 1) Das Verhältnis zwischen materiellen und ideellen                   |    |
| Schutzaspekten  | 41 |
| 2) Rechtssubjekt und Zuordnung des Urheberrechts                      | 43 |
| 3) Schutzgegenstände und Verwertungsbefugnis                          | 44 |
| 4) Werkbegriff  | 46 |
| a) Einführung – Funktion des Werkbegriffs                             | 46 |
| b) „Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst“                      | 48 |
| c) Die Definition des Werkes gemäß § 2 Absatz 2 UrhG                  | 49 |
| d) Die Definition des Werkbegriffs in § 69a Absatz 3 UrhG             |    |

|   |     |
|---|-----|
| und in Art. 6 Schutzdauerrichtlinie bzw. Art. 3 Abs. 1<br>Datenbank-Richtlinie  | 104 |
| C) Die Interessenlage im Urheberrecht und deren Regulierung durch<br>die Schutzrecht- Schrankensystematik und das<br>Urhebervertragsrecht       | 107 |
| 1) Die Ausgleichsfunktion des Urheberrechts   | 107 |
| 2) Konzeption und Ausgestaltung der Ausgleichsinstrumentarien<br>im geltenden Urheberrecht  | 108 |
| 3) Durch das Urheberrecht betroffene Interessengruppen  | 109 |
| a) Die Interessen der Urheber   | 112 |
| b) Die Interessen der Verwerter   | 121 |
| c) Die Interessen der Allgemeinheit (der Nutzer)  | 125 |
| 4) Fazit  | 128 |
| II) Die verwandten Schutzrechte   | 128 |
| Kapitel 2: Die verfassungsrechtliche Dimension des Urheberrechtsschutzes  | 131 |
| I) Einleitung   | 131 |
| II) Schutz des Urheberrechts durch das Grundgesetz  | 131 |
| A) Art. 14 GG und die vermögensrechtliche Komponente des<br>Urheberrechts   | 132 |
| 1) Inhalt und Grenzen des Schutzes von Art. 14 GG in Bezug auf<br>das geistige Eigentum   | 132 |
| a) Allgemeines  | 132 |
| b) Gleichbehandlung von geistigem und Sacheigentum?   | 133 |
| 2) Begrenzung des geistigen Eigentums an Werken der Literatur,<br>Wissenschaft und Kunst  | 137 |
| a) Ausgestaltung durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen   | 137 |
| b) Einzelheiten zum Ausgestaltungsspielraum des<br>Urheberrechtsgesetzgebers nach der Judikatur des<br>Bundesverfassungsgerichts                | 140 |
| 3) Verfassungsmäßige Rechtfertigung von Beschränkungen des<br>Urheberrechts   | 158 |
| a) Den Urheberinteressen entgegenstehende Belange Dritter<br>und der Allgemeinheit  | 158 |
| b) Maßstab für die Interessenabwägung   | 164 |
| 4) Zwischenergebnis   | 165 |
| B) Vorgaben aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG an die Ausgestaltung des<br>Urheberrechts  | 166 |
| 1) Verfassungsrechtliche Einordnung des<br>Urheberpersönlichkeitsrechts   | 166 |
| 2) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht  | 168 |
| a) Der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts  | 168 |
| b) Verfassungsrechtlicher Schutzauftrag gegenüber dem Staat<br>bei der Gewährung und der Ausgestaltung des<br>allgemeinen Persönlichkeitsrechts | 170 |

|  |     |
|--|-----|
| c) Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht  | 171 |
| d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von staatlichen<br>Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht                 | 172 |
| 3) Übertragung der für das allgemeine Persönlichkeitsrecht<br>gewonnenen Erkenntnisse auf das<br>Urheberpersönlichkeitsrecht | 174 |
| a) Prüfungsfolge für Eingriffe in das<br>Urheberpersönlichkeitsrecht   | 174 |
| b) 1. Schritt: Eröffnung des Schutzbereichs, gemessen am<br>Vorliegen persönlicher Beziehungen des Urhebers zum<br>Werk      | 176 |
| c) 2. Schritt: Intensität des Eingriffs  | 178 |
| d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in das<br>Urheberpersönlichkeitsrecht                                 | 183 |
| C) Zusammenfassung der sich aus der verfassungsrechtlichen Prüfung<br>ergebenden Erkenntnisse                                | 184 |
| Kapitel 3: Copyright und Urheberrecht – Unterschiede und Gemeinsamkeiten<br>zweier Rechtsfamilien                            | 186 |
| I) Einleitung: Die Annäherung der Urheberrechtssysteme im europäischen<br>Gemeinschaftsrecht                                 | 186 |
| II) Punktuelle Unterschiede zwischen den Schutzkonzepten des Copyright-<br>und des Urheberrechts-Systems                     | 188 |
| III) Beispiele für die positivrechtliche Umsetzung des Copyright-Ansatzes<br>im CDPA   | 189 |
| A) Schutzgegenstand und Werkbegriff im britischen Copyright  | 189 |
| B) Inhaber des Urheberrechts   | 191 |
| C) Einzelne Unterschiede hinsichtlich der Übertragbarkeit des<br>Copyrights und des Urhebervertragsrechts                    | 192 |
| D) <i>Moral Rights</i> im Copyright  | 193 |
| E) Schranken des Copyrights  | 197 |
| F) Schutzdauer   | 198 |
| IV) Ergebnis des Exkurses  | 199 |
| <br>   |     |
| Teil 2: Funktionswandel des Urheberrechts am Beispiel des Schutzes „digitaler<br>Werke“ und anderer Aspekte                  | 201 |
| I) Einleitung  | 201 |
| II) Der Rechtsschutz von Computerprogrammen  | 202 |
| A) Internationale Entwicklung  | 202 |
| B) Europäische Entwicklung   | 207 |
| C) Entwicklung in Deutschland  | 208 |
| 1) Die Entwicklung im deutschen Schrifttum   | 208 |
| a) Der Streit um Patent- oder Urheberrechtsschutz für  |     |

|   |     |
|---|-----|
| Software  | 208 |
| b) Patentschutz   | 209 |
| c) Urheberrechtsschutz  | 211 |
| 2) Entwicklung der Rechtsprechung   | 215 |
| D) Kritische Beurteilung der Entwicklung: Das Computerprogramm<br>als Werk im System des Urheberrechtsschutzes                      | 218 |
| 1) Einführung   | 218 |
| 2) Das Computerprogramm als Werk aus Sicht der<br>urheberbezogenen Schutzgegenstandsdefinitionen                                    | 218 |
| 3) Das Computerprogramm als Werk aus Sicht der werkbezogenen<br>Schutzgegenstandsdefinitionen                                       | 219 |
| a) Das Merkmal des Gestaltungsspielraums  | 219 |
| b) Das Merkmal der sinnlichen Wahrnehmbarkeit des Werks   | 223 |
| c) Das Computerprogramm als Gegenstand „qualifizierter<br>menschlicher Kommunikation“   | 228 |
| 4) Zwischenergebnis   | 229 |
| III) Rechtsschutz von Datenbanken   | 230 |
| A) Internationale Entwicklung   | 230 |
| B) Europäische Entwicklung  | 233 |
| 1) Das Recht an Datenbankwerken   | 233 |
| 2) Das Recht des Datenbankherstellers   | 234 |
| a) Anforderungen an die Schutzfähigkeit   | 234 |
| b) Verwertungsrechte des Datenbankherstellers und deren<br>Schranken  | 235 |
| C) Entwicklung in Deutschland   | 237 |
| 1) Anpassung des deutschen Urheberrechtsgesetzes  | 237 |
| a) Rezeption der Vorschriften über Datenbankwerke   | 237 |
| b) Rezeption des Datenbankherstellerrechts  | 240 |
| c) Das Verhältnis von Datenbankurheber- und<br>Datenbankherstellerrecht   | 241 |
| d) Integration des urheberrechtlichen Datenbankschutzes in<br>das Urheberrechtssystem   | 242 |
| 2) Bedenken gegen die Entwicklung   | 243 |
| a) Verortung des Datenbankschutzes im Urheberrechtsgesetz   | 243 |
| b) Monopolisierung von Informationen durch einen auf die<br>Inhalte übergreifenden Datenbankschutz                                  | 244 |
| c) Weitere Auswirkungen des Datenbankschutzes auf die<br>Informationszugangsfreiheit aufgrund des Schutzes<br>technischer Maßnahmen | 252 |
| 3) Korrektur überbordenden Urheberrechtsschutzes durch das<br>Kartellrecht?   | 255 |
| D) Zwischenergebnis   | 258 |
| IV) Weitere Entwicklungstendenzen im Spannungsfeld von<br>Urheberrechtsschutz und digitalem Werkschaffen                            | 259 |

|  |     |
|--|-----|
| A) Digitale und digitalisierte Werke   | 259 |
| 1) Der Einsatz von Digitaltechnologie und die Entwicklung des Urheberrechts  | 259 |
| 2) Computergrafiken  | 262 |
| 3) Digitale Multimediawerke  | 264 |
| B) Die Expansion des Urheberrechts   | 269 |
| 1) Die faktische Ausweitung des Urheberrechtsschutzes auf die reine Benutzung digitaler Werke mittels datenverarbeitender Technologie  | 270 |
| a) Vervielfältigungsrecht und Benutzung digitaler Werke  | 270 |
| b) Korrektur der faktischen Ausweitung des Urheberrechts auf die reine Benutzung durch Schrankenvorschriften?  | 273 |
| c) Auswirkungen auf den Rechtsverkehr mit Werkexemplaren   | 279 |
| d) Fazit   | 281 |
| 2) Der Schutz von Ideen und Know-how durch den Rechtsschutz von Computerprogrammen, insbesondere durch das Dekompilierungsverbot in § 69c Nr. 1 und 2 UrhG                                     | 283 |
| 3) Gefahren für den kulturellen und technischen Fortschritt durch die Expansion des Bearbeitungsrechts bei gleichzeitiger Beschränkung des Bereichs freier Benutzung bei technischen Werkarten | 285 |
| 4) Expansion des Urheberrechts durch Zurückdrängung der Schrankenregelungen bei digitalen Werken   | 289 |
| a) Die Schranken des Urheberrechts im Umfeld sich ändernder Rechtstatsachen  | 289 |
| b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Auslegung von Schrankenbestimmungen   | 290 |
| c) Einschränkung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums bei der Gewähr von Schrankenbestimmungen durch die Richtlinie 2001/29/EG  | 295 |
| d) Einschränkung der Schranken durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“   | 296 |
| e) Fazit   | 308 |
| f) Die Abschaffung des Erschöpfungsgrundsatzes bei unkörperlichen Werkstücken  | 309 |
| V) Zwischenergebnis  | 317 |

|   |     |
|---|-----|
| Teil 3: Auswirkung der tatsächlichen und rechtlichen Entwicklung auf die „neuralgischen“ Punkte des Urheberrechtsschutzes                                 | 320 |
| Kapitel 1: Vereinbarkeit von normativem Leitbild und realer Funktion des Urheberrechts  | 320 |
| I) Naturrechtlich geprägter Begründungsansatz und unpersönliche, technisch-funktionale Schutzgegenstände  | 320 |
| A) Die Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzbereichs im Lichte des naturrechtlichen Begründungsansatzes   | 320 |
| B) Exkurs: Indizien zur Kategorisierung von Geistesgütern als „persönlich“ oder „unpersönlich“  | 323 |
| 1) Faktoren ohne Indizwirkung für die Abgrenzung zwischen persönlichen und unpersönlichen Geistesschöpfungen  | 323 |
| 2) Faktoren mit Indizwirkung für die Abgrenzung zwischen persönlichen und unpersönlichen Geistesschöpfungen   | 324 |
| C) Zwischenergebnis   | 328 |
| II) Praktische Defizite aufgrund der Legitimationskrise des Urheberrechts im Bereich unpersönlicher Werke   | 330 |
| A) Einfluss des naturrechtlichen Begründungsansatzes auf die Gesetzgebung   | 330 |
| B) Einfluss des naturrechtlichen Begründungsansatzes auf die Legislatur   | 332 |
| C) Fazit  | 332 |
| Kapitel 2: Zuordnung des Urheberrechts: Defizite bei der Anwendung des Schöpferprinzips auf unpersönliche und im Arbeitnehmerverhältnis geschaffene Werke | 337 |
| I) Problemdarstellung   | 337 |
| A) Schöpferprinzip als absolute Zuordnungsregel   | 337 |
| B) Als Beispiel: Die Problematik des Lizenzmanagements der Hersteller von Multimediawerken  | 339 |
| 1) Problemdarstellung   | 339 |
| 2) Denkbare Folgen bei Fehlern im Lizenzmanagement  | 341 |
| 3) Besonderheit der Problematik gegenüber herkömmlichen Formen komplexer Werkkombinationen  | 343 |
| II) In der Vergangenheit diskutierte Lösungsansätze   | 345 |
| A) Die Kritik am Schöpferprinzip bei Arbeitnehmerschöpfungen nach der schweizerischen Lehre   | 345 |
| B) Die Ansätze des schweizerischen Gesetzgebers zu einer Reform des URG – Regierungsentwürfe von 1984 und von 1989  | 348 |
| C) Legislative Vorhaben und verwirklichte Ansätze einer Abkehr vom Schöpferprinzip im deutschen Recht   | 350 |
| D) Neuere Überlegungen im deutschen Schrifttum zu einer Abkehr vom Schöpferprinzip in Bezug auf Multimediawerke   | 352 |

|   |     |
|---|-----|
| III) Die Reform des Urhebervertragsrechts im Jahr 2002 in Bezug auf<br>„Arbeitnehmerwerke“  | 354 |
| IV) Kritische Anmerkung zur Diskussion  | 355 |
| A) Lösung durch flankierende Maßnahmen  | 356 |
| B) Die in § 69b UrhG gewählte Lösung  | 356 |
| Kapitel 3: Umfang des Urheberrechts   | 361 |
| I) Problemendarstellung   | 361 |
| II) Die Bedeutung des Verfügungsrechts für die Rechtsinhaber  | 362 |
| III) Die Bedeutung des Verfügungsrechts im Lichte des urheberrechtlichen<br>Interessenausgleichs  | 363 |
| A) Auswirkung des Verfügungsrechts auf das Freihaltebedürfnis bei<br>technischen Werken: Gefahr eines „schutzrechtlichen<br>Innovationsdilemmas“?   | 364 |
| B) Das Verfügungsrecht als Markt- und<br>Innovationssteuerungsmechanismus   | 365 |
| IV) Stellungnahme   | 370 |
| Kapitel 4: Einheitliche Schutzdauer des Urheberrechtsgesetzes   | 372 |
| I) Geltende Rechtslage und deren Entstehung   | 372 |
| II) Problematik   | 373 |
| A) Die (Ausgleichs-)Funktion der Schutzfrist  | 374 |
| B) Die Übertragbarkeit der gesetzlichen Wertungen für eine lange<br>Schutzdauer auf technisch-funktionale Schutzgüter –<br>Interessenungleichgewicht durch pauschale Schutzfristregelungen  | 376 |
| 1) Sinn und Zweck einer Schutzfrist p. m. a. für technisch-<br>funktionale Schutzgüter  | 376 |
| a) Aus Sicht des Alimentsinteresses der Urheber und<br>ihrer Erben  | 376 |
| b) Aus Sicht des Investitionsschutzgedankens zur Schaffung<br>von Anreizen für die Verwertungsindustrie   | 381 |
| 2) Defizite aufgrund zu langer Schutzdauer  | 383 |
| a) Gestörte Interessenabwägung  | 383 |
| b) Exkurs: Auswirkungen der Schutzdauer auf die Funktion<br>des Wettbewerbs   | 386 |
| III) Fazit  | 390 |
| Kapitel 5: Zusammenfassung der Teile 1-3 in Thesenform  | 392 |
| <br>  |     |
| Teil 4: Regelungsalternativen zum geltenden Modell des deutschen Urheberrechts:<br>Konturen eines „funktionsorientierten Dualismus“ basierend auf der Zweiteilung<br>von funktionalem Werkschutz und persönlichkeitsbezogenem Urheberschutz | 397 |
| <br>  |     |
| Einleitung  | 397 |
| Kapitel 1: Rechtsphilosophische Grundlagen des Urheberrechts  | 402 |

|   |     |
|---|-----|
| I) Vorschlag: Multipolarer Begründungsansatz als rechtsphilosophische Grundlage des Urheberrechts   | 402 |
| A) Wesensmerkmale eines differenzierenden multipolaren Begründungsansatzes für das moderne Urheberrecht   | 402 |
| B) Werkbezogener, utilitaristischer Begründungsansatz für unpersönliche, technisch-funktionale Schutzgüter  | 404 |
| 1) Schutzbegründende Dimension des Begründungsansatzes (Legitimierungsfunktion)   | 404 |
| 2) Schutzbeschränkende Funktion des Begründungsansatzes   | 406 |
| a) Plädoyer für die Aufnahme einer „Ausgleichsfunktion“ des Urheberrechts als schutzbegrenzendes Element der Funktionsbeschreibung des Schutzrechts | 406 |
| b) Unterschied zum funktionalen Ansatz <i>Gerhard Schrickers</i>  | 407 |
| c) Die besondere Bedeutung der Ausgleichsfunktion des Urheberrechts für die Informationsgesellschaft  | 407 |
| 3) Weitere Vorteile des multipolaren Begründungsansatzes: internationale Annäherung bei der Funktionsbeschreibung des Urheberrechtsschutzes         | 409 |
| Kapitel 2: Grundzüge eines alternativen Urheberrechtsschutzkonzepts: Prinzip eines „funktionsorientierten Dualismus“                                | 411 |
| I) Einleitung   | 411 |
| II) Unterscheidung von Werkschutz und Urheberschutz durch Trennung von vermögensrechtlichen und ideellen Belangen                                   | 413 |
| A) Grundgedanke   | 413 |
| B) Vorteile des zweigleisigen Schutzsystems   | 414 |
| C) Systematik   | 417 |
| 1) Abgrenzung und Verhältnis von Urheber- und Werkschutz  | 417 |
| 2) Werkbegriff und Schutzbereich  | 418 |
| 3) Zuordnung zu einem Rechtsträger  | 420 |
| 4) Schutzzumfang/Schutzfrist  | 421 |
| Kapitel 3: Überlegungen zur positivrechtlichen Umsetzung eines funktionsorientierten Dualismus  | 424 |
| I) 1. Element: Der Urheberschutz  | 424 |
| A) Ausrichtung des Urheberschutzes  | 424 |
| B) Schutzvoraussetzungen und Werkbegriff  | 425 |
| 1) Materielle rechtliche Aspekte  | 425 |
| 2) Prozessuale Aspekte, vor allem hinsichtlich der Beweislast für die Eröffnung des Schutzbereichs  | 426 |
| 3) Ideen für eine positivrechtliche Umsetzung   | 428 |
| C) Zuordnung des Urheberschutzrechts  | 429 |
| D) Schutzzumfang  | 429 |
| E) Schutzdauer  | 430 |
| F) Zusammenfassung  | 430 |
| II) 2. Element: Der Werkschutz  | 431 |

|  |     |
|--|-----|
| A) Zielsetzung   | 431 |
| B) Ausrichtung   | 431 |
| C) Ideen für einen Werkbegriff im Werkschutzkonzept  | 432 |
| 1) Bedeutung des Werkbegriffs für das Werkschutzkonzept  | 432 |
| 2) Notwendigkeit einer durch den Werkbegriff definierten Bagatelluntergrenze   | 433 |
| 3) Definitionsversuch eines funktionsorientierten Werkbegriffs   | 434 |
| a) Sachliche Beschreibung des Schutzgegenstandes   | 434 |
| b) Qualitative Beschränkung der Definition   | 437 |
| D) Zuordnung des Rechts durch Abkehr vom Schöpferprinzip als Zuordnungsmaxime zu Gunsten eines sachbezogenen Leistungsprinzips | 440 |
| 1) Möglichkeit und Notwendigkeit einer differenzierenden Zuordnungsregelung  | 440 |
| 2) Umsetzungsideen   | 442 |
| a) 1. Alternative: Pauschale Zuordnung des Stammrechts auf Basis einer kategorisierten Interessenabwägung                      | 444 |
| b) 2. Alternative: Verteilung der einzelnen Verwertungsrechte schon im Rahmen der Zuordnung des Rechts                         | 458 |
| c) Vor- und Nachteile der differenzierenden Zuordnung gegenüber dem Schöpferprinzip und vertragsrechtlichen Lösungen           | 460 |
| 3) Zusammenfassung   | 461 |
| E) Schutzzumfang   | 462 |
| 1) Hintergedanke und Ansatz einer alternativen Schutzzumfangsbemessung   | 462 |
| 2) Grundkonzept einer alternativen Schutzzumfangsbestimmung  | 465 |
| 3) Inhaltliche Bestimmung des Schutzzumfangs   | 466 |
| a) Konzeptionelles Vorbild für eine alternative Schutzzumfangsregel  | 466 |
| b) Grundregel: Verwertungsbefugnis im Rahmen der betroffenen Interessen  | 466 |
| c) 1. Filter: Absolute Beschränkungen der Verwertungsbefugnis  | 467 |
| d) 2. Filter: Relative Beschränkungen der Verwertungsbefugnis  | 469 |
| e) Auffangklausel zur Korrektur und Feinabstimmung des im Hinblick auf den Umfang der Verwertungsrechte gefundenen Ergebnisses | 470 |
| f) 3. Filter: Verbotswort und/oder Vergütungsanspruch?   | 472 |
| F) Schutzdauer   | 478 |
| 1) Konzeption  | 478 |
| a) Schutzpositionsspezifische Einzelfalllösung   | 479 |

|   |         |
|---|---------|
| b) Frühere Ansätze für einzelfall- und werkartunabhängig<br>abgestufte Schutzdauerregelungen  | 481     |
| c) Kombinierte Einzelfall-Generallösung   | 484     |
| 2) Zusammenfassung der Gedanken zur<br>Schutzumfangsbemessung   | 489     |
| <br>Fazit von Teil 4  | <br>490 |
| <br>Teil 5: Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussbemerkung   | <br>491 |
| Zu Teil 1: Der Status quo im Urheberrecht   | 491     |
| Zu Teil 2: Funktionswandel des Urheberrechts am Beispiel der Entwicklung des<br>Schutzes „digitaler Werke“ und anderer Aspekte  | 495     |
| Zu Teil 3: Auswirkung der tatsächlichen und rechtlichen Entwicklung auf die<br>„neuralgischen“ Punkte des Urheberrechtsschutzes   | 498     |
| Zu Teil 4: Regelungsalternativen zum geltenden Modell des deutschen<br>Urheberrechts: Konturen eines „funktionsorientierten Dualismus“ basierend<br>auf der Zweiteilung von funktionalem Werkschutz und<br>persönlichkeitsbezogenem Urheberschutz | 502     |
| <br>Literaturverzeichnis  | <br>511 |

## Abkürzungsverzeichnis

|              |  |
|--------------|--|
| a. A.        | anderer Ansicht  |
| a. a. O.     | an angegebenem Ort   |
| a. E.        | am Ende  |
| a. F.        | alte Fassung   |
| a. M.        | allgemeine Meinung   |
| Abl.         | Amtsblatt  |
| Abs.         | Absatz   |
| AfP          | Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht  |
| AG           | Amtsgericht  |
| AGB          | Allgemeine Geschäftsbedingungen  |
| AGBG         | Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen  |
| allg.        | allgemein  |
| Alt.         | Alternative  |
| AöR          | Archiv für öffentliches Recht  |
| aPR          | allgemeines Persönlichkeitsrecht   |
| ArbNerfG     | Arbeitnehmererfindungsgesetz   |
| Art.         | Artikel  |
| ASP          | Application Service Providing  |
| Aufl.        | Auflage  |
| BAG          | Bundesarbeitsgericht   |
| BB           | Betriebsberater  |
| Bd.          | Band   |
| bes.         | besonders  |
| BGB          | Bürgerliches Gesetzbuch  |
| BGH          | Bundesgerichtshof  |
| BGHZ         | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen   |
| Botschaft    | Botschaft zu einem neuen Bundesgesetz über das Urheberrecht (der Schweiz)  |
| Botschaft II | Botschaft des Bundesrates vom 19. Juni 1989 zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (der Schweiz) |
| BT-Drcks.    | Bundestagsdrucksache   |
| BVerfG       | Bundesverfassungsgericht   |
| BVerfGE      | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts   |
| BVerwG       | Bundesverwaltungsgericht   |
| bzw.         | beziehungsweise  |
| CA           | Copyright Act 1976 der USA   |
| CDPA         | Copyright, Designs and Patents Act von 1988  |
| CD-ROM       | Compact Disc - Read Only Memory  |
| CMMV         | Clearingstelle Multimedia  |

|           |   |
|-----------|---|
| CR        | Computer & Recht  |
| CRi       | Computer & Recht International  |
| d.h.      | das heißt   |
| ders.     | derselbe  |
| DFÜ       | Datenfernübertragung  |
| dies.     | dieselbe  |
| Diss.     | Dissertation  |
| DRM       | Digital Rights Management   |
| DRMS      | Digital Rights Management Systems   |
| e. V.     | eingetragener Verein  |
| ebd.      | ebenda  |
| EG        | Europäische Gemeinschaft  |
| EGBGB     | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch   |
| EGG       | Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs   |
| EGMR      | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte   |
| EMRK      | Europäische Menschenrechtskonvention  |
| EPÜ       | Europäisches Patentübereinkommen  |
| EU        | Europäische Union   |
| EuGH      | Europäischer Gerichtshof  |
| EuGHE     | Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshof und des Gerichts Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften   |
| EuGRZ     | Europäische Grundrechte Zeitschrift   |
| EuGVÜ     | EWG-Übereinkommen vom 17.06.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen |
| EWG       | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft   |
| EWR       | Europäischer Wirtschaftsraum  |
| Fn.       | Fußnote   |
| FS        | Festschrift   |
| FuR       | Film und Recht (ab 1985 ZUM)  |
| GebrMG    | Gebrauchsmustergesetz   |
| gem.      | gemäß   |
| GEMA      | Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte  |
| GeschmMG  | Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (Geschmacksmustergesetz)  |
| GG        | Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland  |
| ggf.      | gegebenenfalls  |
| GRUR      | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht  |
| GRUR Int. | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil   |
| GVG       | Gerichtsverfassungsgesetz   |
| GVL       | Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH  |

|              |   |
|--------------|---|
| GWB          | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  |
| h.A.         | herrschende Ansicht   |
| h.L.         | herrschende Lehre   |
| h.M.         | herrschende Meinung   |
| HGB          | Handelsgesetzbuch   |
| Hrsg.        | Herausgeber   |
| HTTP         | Hypertext Transfer Protocol   |
| i.d.F.       | in der Fassung  |
| i.d.R.       | in der Regel  |
| i.d.S.       | in diesem Sinne   |
| i.V.m.       | in Verbindung mit   |
| IFPI         | International Federation of the Phonographic Industries   |
| ifrOSS       | Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software   |
| Inc.         | Incorporated  |
| insbes.      | insbesondere  |
| INTERGU      | Internationale Gesellschaft für Urheberrecht  |
| IPR          | Internationales Privatrecht   |
| IPRax        | Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts   |
| i.S.d.       | im Sinne des  |
| i.S.v.       | im Sinne von  |
| IT.          | Informationstechnologie   |
| ITRB         | Der IT-Rechtsberater  |
| IuKDG        | Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste                 |
| IuR          | Information und Recht   |
| IZVR         | Internationales Zivilverfahrensrecht  |
| JA           | Juristische Archive   |
| JuS          | Juristische Schulung  |
| JW           | Juristische Wochenschrift   |
| JZ           | Juristenzeitung   |
| K&R          | Kommunikation und Recht   |
| KG           | Kammergericht   |
| KOM          | Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaften  |
| KUG          | Gesetz vom 09.01.1901 betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künstler und der Fotografie |
| LG           | Landgericht   |
| lit.         | litera  |
| LUG          | Gesetz vom 19.06.1901 betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst            |
| m. A.        | meiner Ansicht  |
| m. Anm.      | mit Anmerkung   |
| m. E.        | meines Erachtens  |
| m. w. Nachw. | mit weiteren Nachweisen   |

|              |   |
|--------------|---|
| MarkenG      | Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen   |
| MB           | Megabyte  |
| MDR          | Monatsschrift für Deutsches Recht   |
| MDStV        | Mediendienste-Staatsvertrag   |
| Mitteilungen | Mitteilungen der deutschen Patentanwälte  |
| MMR          | Multimedia und Recht  |
| Motive       | Begründung für den Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) der Bundesregierung vom 23.03.1962    |
| MüKo         | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch   |
| n. F.        | neue Fassung  |
| NJW          | Neue Juristische Wochenschrift  |
| NJW-Cor      | NJW-Computerreport  |
| NJW-RR       | NJW-Rechtsprechungsreport   |
| o. ä.        | oder ähnlich  |
| o. g.        | oben genannten  |
| ÖGH          | Oberster Österreichischer Gerichtshof   |
| OLG          | Oberlandesgericht   |
| OLGZ         | Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen  |
| ÖSGRUM       | Österreichische Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht  |
| p. m. a.     | post mortem auctoris  |
| PatG         | Patentgesetz  |
| RabelZ       | Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel  |
| RAM          | Random Access Memory (= Arbeitsspeicher)  |
| Rdnr.        | Randnummer  |
| Ref. Entw.   |   |
| UrhG 2002    | Referentenentwurf für ein Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 18. März 2002                   |
| RefE         | Referentenentwurf   |
| Reg. Entw.   | Regierungsentwurf   |
| Reg. Entw.   |   |
| UrhG 2002    | Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 31. Juli 2002 |
| RG           | Reichsgericht   |
| RGBl.        | Reichsgesetzblatt   |
| RGBl.        | Reichsgesetzblatt   |
| RGZ          | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen  |
| RL.          | Richtlinie  |
| RLE          | Richtlinienentwurf  |
| Rs.          | Rechtssache   |
| Rspr.        | Rechtsprechung  |
| RuF          | Rundfunk und Fernsehen  |

|           |   |
|-----------|---|
| S.        | Satz  |
| S.        | Seite   |
| s. o.     | siehe oben  |
| s. u.     | siehe unten   |
| sog.      | so genannt  |
| StGB      | Strafgesetzbuch   |
| StPO      | Strafprozessordnung   |
| str.      | streitig  |
| TDG       | Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz)  |
| TMG       | Telemediengesetz  |
| TRIPs     | Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights   |
| u. a.     | unter anderem   |
| UA        | Unterabsatz   |
| u. U.     | unter Umständen   |
| UFITA     | Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht; ab Band 2000/I: Archiv für Urheber- und Medienrecht |
| UPR       | Urheberpersönlichkeitsrecht   |
| URG       | Schweizerisches Urheberrechtsgesetz   |
| UrhG      | Gesetz vom 09.09.1965 über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)                |
| UrhWahrnG | Urheberwahrnehmungsgesetz   |
| USCA      | United States Copyright Act   |
| UWG       | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb  |
| v.        | von   |
| v. a.     | vor allem   |
| Verf.     | Verfasser   |
| vers.     | versus  |
| VG        | Verwertungsgesellschaft   |
| vgl.      | vergleiche  |
| VO        | Verordnung  |
| Vorbem.   | Vorbemerkung  |
| VwGO      | Verwaltungsgerichtsordnung  |
| WCT       | WIPO Copyright Treaty   |
| WIPO      | World Intellectual Property Organization  |
| WM        | Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen                                      |
| WPPT      | WIPO Performances and Phonograms Treaty   |
| WRP       | Wettbewerb in Recht und Praxis  |
| WTO       | World Trade Organisation  |
| WUA       | Welturheberrechtsabkommen   |
| WWW       | World Wide Web  |
| z. B.     | zum Beispiel  |
| z. T.     | zum Teil  |
| Ziff.     | Ziffer  |

|      |  |
|------|--|
| zit. | zitiert                                  |
| ZPO  | Zivilprozessordnung                      |
| ZRP  | Zeitschrift für Rechtspolitik            |
| ZUM  | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht |

## Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen

Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel

„Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst genießen für ihre Werke Schutz nach Maßgabe dieses Gesetzes.“

**§ 1 UrhG**

„Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.“

**§ 2 Absatz 2 UrhG**

„Urheber ist der Schöpfer des Werkes“

**§ 7 UrhG**

„Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes.“

**§ 11 Satz 1 UrhG**

## Einleitung

„Nur wer sich ändert, bleibt sich treu“ heißt es in einem zeitgenössischen Lied<sup>1</sup>. Gilt dies auch für das Urheberrecht? Tatsache ist, dass die Rechtsmaterie seit jeher in ständiger Bewegung ist: vom Schutz des Verlegers über den Schutz des Autors zum Schutz des Programmierers. Fraglich ist, wie es weitergehen wird: vom Schutz des Programmierers über den Schutz des Datensammlers zum Schutz der künstlich intelligenten Maschine? Die Zukunft des Rechts ist ungewiss, Prophezeiungen sind kaum möglich. Greifbarer und akuter ist die Frage, welche Faktoren zukünftig die Entwicklung des Urheberrechts bestimmen sollen. Bislang war dies zumeist eher die technische Innovation als der gesellschaftliche Wandel. Um sich über diese Tatsache wundern zu können, bedarf es einer elementaren Kenntnis: Wie kaum ein anderes ist das Urheberrecht ein sozial und gesellschaftlich eingebundenes Recht. Es schützt Inhalte, die Begehren wecken, die konsumiert werden wollen und die durch das gesellschaftliche und soziale Umfeld, innerhalb dessen sie geschaffen wurden, wesentliche Prägung erfahren.

Wie viele andere Wissenschaften sieht sich das Urheberrecht heute tief greifenden und – wie nie zuvor – global wirkenden Veränderungen gegenüber, die ebenso technisch wie gesellschaftlich bedingt sind. Dabei ist die Technik Ursache für einen gesellschaftlichen Wandel. Es heißt, die westliche Zivilisation befinde sich am Übergang in eine „Informationsgesellschaft“. Auf diesem Weg nimmt das Urheberrecht eine zentrale Position ein: Es regelt die Befugnis, Nutzung von und Zugang zu geschützten Werken – und damit im weiteren Sinne zu wichtigen und wertvollen Informationen – zu steuern. Was durch das Urheberrecht geschützt wird, ist nicht frei zugänglich, nicht ohne Zustimmung durch die „Informationsgesellschaft“ konsumierbar. Für eine solche Gesellschaftsform ist dies von so elementarer Bedeutung, dass es heißt, das Urheberrecht sei die „*Magna Charta der Informationsgesellschaft*“<sup>2</sup>. Wenn dies zutrifft, drängt sich eine Notwendigkeit auf, sowohl die Funktion<sup>3</sup> als auch die Funktionalität des Rechts nicht nur anhand der technischen Ent-

1 So lautet ein Titel des Liedermachers *Wolf Biermann* aus dem Jahre 1991.

2 Vgl. nur *Wandtke*, GRUR 2002, S. 1 (2); *Hoeren*, MMR 2000, S. 3 (3).

3 Die Begriffe „Funktion“ und „Funktionswandel“ können unterschiedlich verstanden werden. *Kur* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23 (24 f.) unterscheidet zwischen drei verschiedenen Bedeutungsgehalten des Begriffs „Funktion“ im immaterialgüterrechtlichen Kontext. Bezeichnet werde hierdurch zunächst die „*idealtypische Wirkungsweise*“. Diese bezeichne dasjenige, „was den eigentlichen Grund und die Rechtfertigung für die Schaffung und Zuteilung der Ausschließlichkeitsbefugnis bilde. „Funktion“ sei weiter auch die „*empirisch beobachtbare Wirkung*“ von Schutzrechten, also die „*tatsächliche*“ oder „*wirtschaftliche*“ Funktion des

wicklung zu überprüfen, sondern auch angesichts der Anforderungen des gesellschaftlichen Wandels. Dem ist die vorliegende Arbeit ebenso gewidmet wie der zwingend voran zu stellenden Problemanalyse.

Dabei ist der konkrete Anlass der Untersuchung – in Gegenüberstellung zu den genannten Prognosen über den rechtstatsächlichen Wandel – einfach zu benennen: Er liegt in den eingangs zitierten, wesensbeschreibenden Vorschriften des Urheberrechts.

### *Einführung in die Problematik*

Mit dem Aufkommen der Digitaltechnik, neuen Verwertungsformen wie der Online-Übertragung und der zunehmend grenzüberschreitenden Nutzung geschützten Materials hat das Urheberrecht als Schutzrecht für Inhalte und Informationen einen massiven Bedeutungszuwachs erfahren. Nicht nur die wesensbeschreibenden Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes, §§ 1, 2, 7 und 11, sondern auch andere „Eckdaten“ des deutschen Urheberrechtsschutzes lassen indessen Zweifel daran aufkommen, ob dem in der Vergangenheit auch durch Rechtsfortbildung entsprechend Rechnung getragen wurde: letzte große Reform 1965, einheitlicher Werkbegriff für alle Schutzgüter, monistische Verknüpfung von ideellen und materiellen Schutzinteressen, abstrakte Schrankensystematik, einheitliche Schutzdauer von 70 Jahren post mortem auctoris; all diese Grundbausteine lassen weniger ein modernes Informationsschutzrecht denn ein Gesetz vermuten, das „spätromantischen, wenn nicht älteren, ästhetischen und psychologischen Vorstellungen“<sup>4</sup> entstammt. Romantik schadet nicht, solange das Recht seiner maßgeblichen Anforderung entspricht: zu funktionieren. Wenn hingegen Theorie und Praxis nicht mehr in Einklang stehen, kommt es schnell zu dysfunktionalen Effekten. Ob dies zu befürchten ist und wie man dem evtl. begegnen könnte, soll hier untersucht werden.

Tatsache ist, dass die Umstände des alltäglichen kreativen Werkschaffens zumeist jeglichen Hauch von Romantik vermissen lassen. Zwar werden noch immer Gemälde gemalt, Plastiken modelliert, Doktorarbeiten und Lyrik geschrieben. Indes verkörpern diese Gattungen menschlicher Geistestätigkeit schon längst nicht mehr den Standardanwendungsbereich des Urheberrechts. Die zahlenmäßig und in volks- und

Schutzrechts oder die Art und Weise, „in der unter den jeweils bestehenden ökonomischen und rechtlichen Gegebenheiten von dem Schutzrecht Gebrauch gemacht wird“ (Kur, ebd., S. 24). Schließlich komme dem Funktionsbegriff auch eine rein rechtliche Bedeutung zu, nämlich als dasjenige, „was sich als normatives Leitbild aus dem Gesamtkomplex der konkreten gesetzlichen Regelungen herausdestillieren lässt“. Die Funktionsbegriffe stehen in einem engen Zusammenhang miteinander, was zur Folge hat, dass im Verlauf der Untersuchung Ausführungen zu jedem dieser Aspekte erfolgen werden. Teil 1 beschäftigt sich vor allem mit der „idealtypischen Wirkungsweise“ (ohne dass dieser vieldeutige Begriff hier verwendet werden soll) und dem „normativen Leitbild“ des Urheberrechts. In den Teilen 2 und 3 wird dagegen auch verstärkt die „empirisch beobachtbare Wirkung“ des Schutzrechts eine Rolle spielen.

4 So *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 529 (531) in Bezug auf den Werkbegriff.

betriebswirtschaftlicher Hinsicht bedeutendsten Schaffensbereiche finden sich in industriellen Strukturen und betreffen Geistesleistungen mit rein pragmatischer, meist funktionsorientierter (etwa technisch-funktionaler) und wirtschaftlicher Bestimmung.

Der Schutzbereich wurde in der Vergangenheit durch eine Reduktion der Anforderungen an die Schutzuntergrenze („Schöpfungshöhe“) und andere gesetzgeberische Maßnahmen immer mehr ausgedehnt. Heute dominieren die „digitalen Werkformen“ das Alltagsbild des kreativen Schaffens; Software, elektronische Datensammlungen, Multimediawerke, computergenerierte Popmusik und Webgrafiken werden massenhaft von Programmierern, Screendesignern, Musikern und Werbefachleuten erdacht und produziert. Diese Schutzgegenstände ziehen – neben den klassischen, investitionsträchtigen Erzeugnissen der Musik- und Filmbranche – aufgrund der damit verbundenen erheblichen wirtschaftlichen Interessen wesentliche Aufmerksamkeit in (rechts-)politischen Diskussionen über die Zukunft des Urheberrechts auf sich.

Auch die Schaffungsvoraussetzungen verändern sich zusehends. Technische Hilfsmittel vereinfachen die Inhaltsproduktion erheblich, die Bedeutung von Kreativitätseinfaltung scheint dagegen kongruent abzunehmen. Man kann annehmen, dass je mehr der Vermarktungsaspekt, die Ausrichtung auf breit angelegte Käuferschichten oder die Funktionalität des Schutzgegenstands in den Vordergrund drängen, desto weniger die individuelle Formgebung durch den Schöpfer ein erwünschtes Qualitätsmerkmal des Arbeitsergebnisses ist. Demgegenüber gewinnen Organisations-, Konzeptions- und Investitionsleistungen bei steigender Komplexität des Herstellungsprozesses, und hiermit korrespondierend dem erhöhten finanziellen Aufwand und Risiko der Produktion, stetig an Bedeutung für die Entstehung von urheberrechtlich geschützten Inhalten.

Dennoch erfasst das Urheberrecht, wie sich an der Werkdefinition zeigt, nur die individuelle schöpferische Formgebung. Nichtschöpferische Leistungen werden durch das Ausschließlichkeitsrecht nicht honoriert, unabhängig davon, ob und in welchem Maße diese für die Entstehung des Erzeugnisses Voraussetzung waren. Es stellt sich angesichts dessen die Frage, ob der Fokus des Rechts nicht erweitert, dessen Hintergründe nicht hinterfragt werden müssen.

Die rechtstatsächliche Entwicklung weckt das Bedürfnis nach konzeptionellen Überlegungen verschiedener Art. Ist es z. B. zwingend, dass das Schutzrecht gem. § 7 UrhG<sup>5</sup> nur dem Schöpfer als natürlicher Person zustehen kann, wenn immer mehr Kreative in Arbeits- und Dienstverhältnissen mit fester Vergütung wirken? Stellt das Institut der Miturheberschaft gem. § 8 UrhG und die hier angeordnete Gesamthandsgemeinschaft am gemeinsamen Schutzgut eine funktionale Regelung für bisher ungeahnte Modelle kollektiven Schaffens dar? Ist der Regelungsgedanke des

5 Hier heißt es: „*Urheber ist der Schöpfer des Werkes*“, sog. Schöpferprinzip.

§ 8 UrhG etwa das Spiegelbild<sup>6</sup> von heterogen und synergetisch im virtuellen Raum operierenden Personenmehrheiten in Filesharing-Systemen oder Open-Content-Initiativen, wo die Leistungsfähigkeit zum Teil tausender Personen gebündelt wird? Ist ein statischer, womöglich weit gehend analogiefeindlicher und häufig unangepasster Schranken katalog bei einer stetigen Ausweitung der Ausschließlichkeitsrechte geeignet, auch den Schutz der durch das Urheberrecht tangierten Allgemeininteressen angemessen zu sichern?

All dies scheint jedenfalls auf den ersten Blick zweifelhaft. Es drängt sich der Eindruck auf, dass die urheberrechtlichen Funktionen sich wandeln und diversifizieren, ohne dass dies durch das Urheberrechtsgesetz mitvollzogen wird. Neben dem konzeptionellen Aspekt stellen sich damit grundlegende Fragen nach dem Anspruch an ein modernes Urheberrecht, nach dessen Schutzziel, dessen Wesen, Rechtfertigung und Begründung. Es mag sich herausstellen, dass die Wertungen, die der Schutz von Kunst, Literatur und Wissenschaft einem demokratischen Staat mit hohem kulturellen Anspruch abverlangt, nicht ohne Weiteres auf die gesamte Bandbreite inhalts- und „kulturindustrieller“ Erzeugnisse erstreckt werden können. So mögen Werke der klassischen Literatur, Musik und Kunst einen kulturellen Selbstzweck aufweisen, der an sich schon ein starkes Schutzrecht rechtfertigt. Fraglich ist jedoch, ob diese Legitimation auch auf die Beschränkung ansonsten allgemein zugänglicher Freiräume durch einen „low authorship“-Ausschließlichkeitsschutz<sup>7</sup> an rein funktions- und wirtschaftlich orientierten Erzeugnissen übertragbar ist.

Auf den ersten Blick erschließt sich in Bezug auf diese Überlegungen nur eines: Sowohl auf konzeptioneller wie auch auf übergesetzlicher, rechtstheoretischer Ebene differenziert das deutsche Urheberrecht nicht nach derartigen Kriterien. Es basiert auf einem einheitlichen konzeptionellen Ansatz. Alle Werkarten unterliegen mit wenigen Ausnahmen gleichen Regeln, vom Werkbegriff über die Verwertungsrechte und das Urheberpersönlichkeitsrecht bis zu den Schranken und der Schutzdauer. Es soll von dieser Erkenntnis ausgehend untersucht werden, ob der hochkomplexe Anwendungsbereich eine Verringerung des Abstraktionsgrades der gesetzlichen Herangehensweise erforderlich macht.

### *Einschränkung der Untersuchung*

Der hier untersuchte Funktionswandel des Urheberrechts hat viele Facetten und ist auf eine Vielzahl von Faktoren zurückzuführen, die nicht abschließend dargestellt werden können. Es wurde daher hier darauf geachtet, einen möglichst repräsentativen Ausschnitt der Gesamtproblematik zu erfassen. Das Augenmerk der Untersuchung liegt (nahezu) ausschließlich auf dem Urheberrecht. Die Erörterung von Imp-

6 Es heißt, Recht sei der Spiegel der Gesellschaft, vgl. *De Moor*, Vorbemerkung zu „Internet-Business & Internet-Recht von *Hance*.

7 *Ulrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 83 (85).

likationen, die sich aus dessen Regelungsumfeld oder aus anderen wissenschaftlichen Disziplinen ergeben, muss – weit gehend – an anderer Stelle erfolgen. Trotz größter Relevanz und Aktualität wurde vor diesem Hintergrund z. B. die neuere – äußerst begrüßenswerte – Diskussion über eine Neuordnung des gesamten Immaterialgüterrechtssystems unberücksichtigt gelassen<sup>8</sup>.

Da auch der auf das urheberrechtliche Schutzsystem beschränkte Fokus eine Einzeluntersuchung aller Gesichtspunkte nicht erlaubt, orientiert sich die Darstellung im Wesentlichen an vier „neuralgischen“ Schutzaspekten des Urheberrechts: der rechtstheoretischen bzw. rechtsphilosophischen Begründung und Rechtfertigung und dem hiermit auf positivrechtlicher Ebene korrespondierenden Werkbegriff, der Schutzrechtszuordnung, dem Schutzzumfang (Inhalt und Schranken) und der Schutzdauer.

### *Gang der Untersuchung*

Die Untersuchung beschäftigt sich in den Teilen 1-4 in erster Linie mit der Frage, ob die rechtliche Weiterentwicklung des Urheberrechts der Entwicklung im rechtstat-sächlichen Bereich Genüge tut. Angesichts erheblicher Veränderungen im Schafens- und Verwertungsbereich soll untersucht werden, ob das Urheberrecht einem Funktionswandel unterliegt, und wenn, ob die Rechtsentwicklung dem Rechnung trägt. Soweit aufgrund konzeptioneller oder inhaltlicher Unstimmigkeiten legislativer Anpassungsbedarf ermittelt wird, soll versucht werden, dem durch eine in Grundzügen skizzierte Konzeption eines alternativen Regelungsmodells zu begegnen.

Ihren Ausgang wird die Untersuchung in einer Bestandsaufnahme des geltenden Urheberrechts nehmen. Um im Anschluss die Entwicklung bzw. die tatsächlichen und rechtlichen Veränderungen untersuchen und gegenüberstellen zu können, muss zunächst geklärt werden, von welchen Grundprämissen das geltende Urheberrecht ausgeht. Zu diesem Zweck wird in Teil 1 der Frage nachgegangen, welche Funktion des Urheberrechts *de lege lata* dem geschriebenen Recht zu entnehmen ist. Neben einer Untersuchung der dem Urheberrechtsschutz zugrunde liegenden rechtsphilosophischen und -theoretischen Begründungsansätze wird hier u. a. eine Analyse des Werkbegriffs vorgenommen<sup>9</sup> (Kapitel 1). Im Anschluss werden die verfassungsrechtlichen Grundlagen (Kapitel 2) und daraufhin – zum Vergleich – in einem kurzen Exkurs die Regelungsgrundsätze des angloamerikanischen Copyrights dargestellt (Kapitel 3).

8 Vgl. hierzu eingehend und mit bemerkenswerten Ansätzen die Beiträge in *Schri-cker/Dreier/Kur*, v. a. von *Kur* (S. 23 ff.) und *Ullrich* (S. 83 ff.).

9 Der Werkbegriff stellt bei einer Analyse des deutschen Verständnisses von Urheberrechts-schutz einen neuralgischen Punkt dar. Durch seine Eigenschaft, das Schutzgut zu definieren, spiegelt der Werkbegriff in besonderem Maße den Ausgangspunkt und die Zielrichtung des Rechts wider.

Teil 2 ist einer Untersuchung der Entwicklung des Rechts in Bezug auf den Schutz moderner – v. a. digitaler – Schutzgegenstände gewidmet. Dargestellt werden v. a. die Veränderungen des Schutzrechts durch die Aufnahme der Computerprogramme und Datenbanken in dessen Anwendungsbereich sowie die Bedeutung der Digitaltechnik für das kreative Schaffen sowie die Entwicklung des Rechts. Mit Blick auf die fortschreitende Expansion des urheberrechtlichen Schutzbereichs, die zu Lasten von Freiräumen erfolgt<sup>10</sup>, wird hierbei auch besonderes Augenmerk darauf gelegt, welche Auswirkung diese Entwicklung auf den urheberrechtlichen Interessensausgleich sowie den Schutz von und den Zugang zu Informationen hat. In diesem Zusammenhang wird maßgeblich auch auf den Schutz technischer Maßnahmen eingegangen.

In Teil 3 erfolgt eine kritische Auseinandersetzung mit den Auswirkungen der rechtlichen und tatsächlichen Entwicklung auf die vier untersuchungsrelevanten „neuralgischen“ Punkte des Urheberrechts. Am Ende dieses Teils werden die bis dahin gewonnenen wesentlichen Erkenntnisse in Form eines Thesenpapiers zusammengefasst.

In Teil 4 werden Ansätze für Regelungsalternativen präsentiert, die die Basis für ein rechtstheoretisches und konzeptionelles Alternativmodell für das geltende Urheberrecht bilden könnten. Ziel ist es, den Schutz einem in Ansätzen skizzierten Regelungskonzepts zuzuführen, das sowohl den praktischen Anforderungen des Rechtsverkehrs an Rechtssicherheit und Transparenz als auch den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung trägt. Der gewählte Weg basiert auf einer Abstimmung und Bemessung des Inhalts eines Urheberrechtsschutzes anhand zweier maßgeblicher Faktoren: des aus Sicht des Rechtsinhabers Notwendigen und des aus Sicht kollidierender Drittinteressen Angemessenen. Das Ziel des Ansatzes liegt darin, einerseits die Anforderungen bestimmter Schutzgüter an das Recht und andererseits den Konflikt unterschiedlicher Interessen am Werk mehr als bisher in den Fokus der Ausgestaltung des Urheberrechts zu stellen.

In Teil 5 findet sich schließlich eine Zusammenfassung der Erkenntnisse der Arbeit.

10 Siehe *Cornish* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 9 ff; *Ullrich*, ebd., S. 83 (85). Die Ausweitung ist hiernach auf verschiedene Faktoren zurückzuführen. Beispiele sind die Absenkung der Schöpfungshöhe oder die Schaffung neuer Schutzformen für neue oder veränderte Schutzgegenstände. Man spricht auch von einem „protektionistischen Schutz von „*low authorship*“-Werken“. Siehe auch *Beldiman* in *Hilty/Peukert* (Hrsg.), S. 187 ff. (*passim*).

## Teil 1: Der Status quo im Urheberrecht

### *Kapitel 1: Das Schutzkonzept des deutschen Urheberrechtsgesetzes*

#### I) Das Urheberrecht

Was ist das Urheberrecht? An rein begrifflichen Beschreibungen herrscht in der Rechtsliteratur kein Mangel. So finden sich Aussagen wie, das Urheberrecht sei ein Naturrecht<sup>11</sup> oder das Urheberrecht sei ein Herrschaftsrecht über das Geisteswerk, ein Immaterialgüterrecht<sup>12</sup>. Was aber bedeutet das?

Nach dem traditionellen Verständnis ist das Urheberrecht „das Recht des schöpferischen Geistes“<sup>13</sup>. Auch heute ist dies noch aktuell. In der Schutzrechtsdefinition des geschriebenen Rechts, § 11 UrhG, heißt es:

„Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes.“

#### A) Begründung und Rechtfertigung des Urheberrechts

Das Urheberrecht gewährt dem Schöpfer ein ausschließliches Recht an seinem Werk., das ihn in die Lage versetzt, dies körperlich und unkörperlich zu verwerten (§ 15 UrhG). Ebenso sichert es die persönlichen Interessen des Urhebers am Werk. Damit vermittelt das Urheberrecht dem Urheber einen sehr weit gehenden materiellen und ideellen Schutz am geistigen Gut<sup>14</sup>. Es stellt sich damit die Frage nach einer

11 Vgl. hierzu etwa *Delp*, 1. Auflage, IV, Rdnr. 43 ff.; *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 222 ff.

12 *Schack*, Rdnr. 4.

13 *Schack*, Rdnr. 7. „Das Urheberrecht dient dem Schutz der Schöpfer kultureller Werke“, heißt es bei *Wiebe*, GRUR 1994, S. 233 (244).

14 Auf die Einzelheiten des Schutzrechts wird unten, ab lit. C) näher eingegangen.

theoretischen Begründung und Rechtfertigung für ein solches Ausschließlichkeitsrecht<sup>15</sup>.

Sowohl die Vorstellungen von der Begründung als auch der dogmatischen Einordnung des Urheberrechts variieren bei rechtshistorischer und internationaler Betrachtung stark. Während in Deutschland individualrechtliche, rechtsphilosophisch begründete Ansätze vorherrschen, geht etwa das angelsächsische Copyright von pragmatischeren, vorrangig wirtschaftsrechtlich dominierten Grundsätzen aus. Im Folgenden soll zunächst auf die theoretischen Grundlagen des deutschen Urheberrechts eingegangen werden<sup>16</sup>.

## 1) Rechtsphilosophisch dominierte Begründungsansätze des *Droit D'Auteur*

### a) Die Theorie vom geistigen Eigentum

Zurückgehend auf die von John Locke begründete „Arbeitstheorie“ begann sich gegen Anfang des 18. Jahrhunderts die Auffassung vom geistigen Eigentum als einem dem Recht des Eigentümers an körperlichen Gegenständen ähnlichen Recht gegenüber dem bis dahin vorherrschenden Verlageigentumsgedanken nach der Privilegientheorie durchzusetzen<sup>17</sup>.

Während die Privilegientheorie auf dem Gedanken basierte, dass dem Berechtigten ein Monopolrecht mit dominanten vermögensrechtlichen Zügen staatlich verliehen werden müsse, welches die allgemeine Handlungsfreiheit beschränkt<sup>18</sup>, fand die Idee vom Recht am geistigen Eigentum ihre Rechtfertigung in der erbrachten Arbeit. Die Grundannahme liegt darin, dass der Schöpfer ein natürliches Herrschaftsrecht an sich selbst und seinen Erzeugnissen hat. Folglich muss ihm das Ergebnis seiner schöpferischen Leistung zugeordnet werden<sup>19</sup>. Dies geschieht durch ein Recht, das Urheberrecht, das die Interessen des Urhebers an den durch sein Wirken und Tun geschaffenen Erzeugnissen weit reichend sichert.

15 Das Ausschließlichkeitsrecht in Form der Verwertungsrechte hat verschiedene Funktionen. Zum einen gewährt es dem Berechtigten die alleinige Befugnis, sein Werk zu verwerten oder verwerten zu lassen (sog. positives Nutzungsrecht). Zum anderen kann er jedem anderen die Nutzung seines Werkes verbieten, soweit diese es ohne die Zustimmung des Urhebers verwerten (sog. negatives Nutzungsrecht), vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 15, Rdnr. 5.

16 Ein kurzer Vergleich mit dem Copyright findet sich dann in Kapitel 3.

17 *Leinemann*, S. 19; *Pahud*, UFITA 2000/I, S. 99 (100 ff.).

18 *Ulmer*, S. 105.

19 Dies entspricht auch dem von der „Rechtsontologie“ angeführten Argument des „*suum cuique*“ („Jedem das Seine“), siehe hierzu sogleich.

Nach der Lehre vom geistigen Eigentum bedarf es für diese Zuordnung keiner staatlichen Verleihung, weder durch einen individuell-konkreten Verleihungsakt noch durch die Gewähr eines subjektiven Rechts. Vielmehr entsteht hiernach das Urheberrecht – wie auch andere Arten des Eigentums – beim Schöpfer durch den Schöpfungsvorgang<sup>20</sup>. Der Urheber allein steht im Mittelpunkt des Schutzes. Die Theorie vom geistigen Eigentum argumentiert damit mittels einer rein individualrechtlichen Begründung<sup>21</sup>.

## b) Die Theorie vom Persönlichkeitsrecht

Auch die später von *Otto v. Gierke* begründete Lehre vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht basiert auf einer individualrechtlichen Sicht des Urheberrechts<sup>22</sup>. *Von Gierke* orientierte sich bei seiner Theorie maßgeblich an der Philosophie *Immanuel Kants*. Dieser lehrt, dass das Autorrecht als ein Recht an einem geistigen Schutzgegenstand im Gegensatz zum Sacheigentum nur dem Schöpfer selbst zustehen könne. Dies bedinge die Anerkennung eines personenbezogenen und unveräußerlichen „Rechts am Werk“<sup>23</sup>.

*V. Gierke* interpretierte die Lehren *Kants* dahingehend, dass das Urheberrecht ein Persönlichkeitsrecht sei, dessen vermögensrechtliche Wirkungen allenfalls von untergeordneter Bedeutung seien<sup>24</sup>. Objekt des Urheberrechts sei ein Geisteswerk, das jedoch nur insoweit dem Urheberrechtsschutz unterliege, als es Persönlichkeitsgut seines Schöpfers sei und bleibe. Die Persönlichkeitsrechtslehre geht mithin von einem Recht aus, das zum Ziel hat, dem Schöpfer das Werk als einen Bestandteil dessen eigener Persönlichkeitsphäre zuzuordnen. Das Geisteswerk wird als „geistiges Kind“<sup>25</sup> des Urhebers angesehen.

Die Lehre *v. Gierkes* wurde zwar schon früh wegen der starken Fokussierung auf die ideelle Schutzkomponente als zur Begründung für das gesamte Urheberrecht unzureichend kritisiert<sup>26</sup>. Das Grundverständnis vom Werk hat sich jedoch in späteren

20 Vgl. *Pahud*, UFITA 2000/I, S. 99 (101).

21 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 11.

22 *V. Gierke*, Deutsches Privatrecht Band I, Leipzig 1895, nachgedruckt in Auszügen (S. 748 – 848) in UFITA 125 (1994), S. 103 ff. (116 f.).

23 *Immanuel Kant*, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, erstmals erschienen in *Berlinische Monatsschrift* 5 (1785), S. 403 – 417; auszugsweise abgedruckt in UFITA 106 (1987), S. 137 ff. (144); hierzu eingehend *Hubmann*, UFITA 106 (1987), S. 145 ff.

24 *V. Gierke*, UFITA 125 (1994), S. 103 ff. (116 f.).

25 *Pahud*, S. 37; *Fechner*, S. 134.

26 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 29.

Ansätzen erhalten und war letztlich auch für die Etablierung des *Droit Moral* maßgeblich<sup>27</sup>.

c) Die Naturrechtslehre der „Rechtsontologen“

Die rein individualrechtlich orientierte Sicht vom Urheberrecht teilt auch der Ansatz der „Rechtsontologen“. Die auf naturrechtlichen, idealisierenden Grundannahmen beruhende rechtsontologische Theorie erklärt den Urheberrechtsschutz mit dem Grundsatz des „*suum cuique*“<sup>28</sup>. Sie besagt einerseits, dass das Urheberrecht durch die „*sittliche Weltordnung in einer für alle Zeiten gültigen Weise bereits festgelegt*“ ist<sup>29</sup>. Zugleich ist das Urheberrecht hiernach zwingend der Schöpferpersönlichkeit zuzuordnen<sup>30</sup>.

Auch nach Sicht der Rechtsontologen ist das geschriebene Recht nicht die Quelle des Urheberrechts. Vielmehr folgen sowohl Rechtsgewähr als auch Rechtszuordnung aus der „Natur der Sache“, aus einer übergesetzlichen Wertordnung<sup>31</sup>. Diese lege fest, dass das Urheberrecht „*aus dem Wesen des geistigen Schöpfertums und der es beherrschenden Werte fließt*“<sup>32</sup>. Der Ansatz statuiert damit eine enge Bindung zwischen Schöpfergeist bzw. -persönlichkeit und Werk, deren bloße Existenz Anerkennung und Zuordnung eines Urheberrechts bedingt und damit die wesentlichen Strukturen des Urheberrechtsschutzes vorgibt.

Die Grundlagen der Naturrechtslehre der Rechtsontologen gehen zurück auf die Lehre vom „geistigen Sein“<sup>33</sup> und von der Ästhetik<sup>34</sup> des Philosophen *Nicolai Hartmann*<sup>35</sup>.

*N. Hartmann* lehrt, dass ein Geisteswerk einen Ausschnitt der Persönlichkeit des Schöpfers darstellt, den dieser durch Äußerung und Formgebung aus sich herausge-

27 Vgl. *Pahud*, UFITA 2000/I, S. 99 (102).

28 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 43; *Pahud*, UFITA 2000/I, S. 99 (102).

29 Vgl. *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 7.

30 Ein urheberrechtliches Regelungsmodell kann dem mithin nur über ein absolutes, undurchbrochenes Schöpferprinzip entsprechen.

31 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 74; *Pahud*, UFITA 2000/I, S. 99 (103 f.). Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem „Natur-der-Sache-Argument“ findet sich bei *Metzger*, S. 180-192.

32 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 10.

33 *Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, S. 406 ff. *Hartmann* argumentiert hier, dass es sich bei den „*Schöpfungen des Schrifttums und der Künste*“ um die „*Objektivierung*“ eines lebenden Geistes handelt, mithin ein Gebilde eigener Art, das „*aus dem Künstler herausgestellt wurde*“ und dessen Geist darstellt (S. 410).

34 *Hartmann*, Ästhetik.

35 *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 ff.; *Hubmann/Rehbinder*, 7. Auflage, S. 23.

stellt hat<sup>36</sup>. In diesem „objektivierten Geist“ sei die Persönlichkeit des Urhebers fixiert; die Person selbst werde somit im Werk erkennbar<sup>37</sup>. Zwischen Urheber und Werk bestehe eine höchstpersönliche Beziehung, die so weit gehend sei, dass das Produkt durch den Vorgang der „Objektivierung“ mit dem „geistigen Koordinatensystem“ des Schöpfers versehen wird<sup>38</sup>. Dennoch weisen Schöpfer und Werk auch nach *N. Hartmann* getrennte Existenzen auf, die unterschiedliche Wege gehen können. Das Werk hat hiernach eine eigene Art des Fortbestehens, und könne daher den „lebendigen Geist“, wie *Hartmann* den Schöpfer nennt, überleben<sup>39</sup>.

Eine enge persönliche und geistige Bindung zwischen Schöpfer und Werk ist damit charakteristisches Merkmal des geistigen Schaffens, das Werk eine „Emanation“ der Urheberpersönlichkeit<sup>40</sup>. Auf diese Weise erklärt sich das Urheberrecht als das übergesetzliche, höchstpersönliche (Natur-)Recht am Werk, das wiederum Teil der Persönlichkeit des Schöpfers ist. Nur diesem kann daher das Urheberrecht zustehen, es ist demnach nicht übertragbar und bedarf einer gesetzlichen Anerkennung nur, um dessen Durchsetzbarkeit zu sichern<sup>41</sup>.

Legt der Gesetzgeber bei der Gestaltung eines normativen Schutzsystems die vorgenannte Naturrechtslehre zugrunde, ist er in der Ausgestaltung der maßgeblichen Regelungsaspekte äußerst beschränkt. Bei einem „Naturrecht“ handelt es sich um überhistorische Rechtssätze, die unmittelbar aus apriorischer Werteinsicht abgeleitet werden<sup>42</sup>. Naturrechtssätze sind absolut, nicht auslegbar und sie entziehen sich

36 *Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, S. 406 ff.

37 *Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, S. 407. Gleicher Ansicht in Bezug auf diesen Ausgangspunkt der klassischen Urheberrechtskonzeption in der Tradition des *Droit D'auteur*, ist *Rigamonti*, S. 153. Es zeigen sich hier Parallelen zu einer Lesart des Werkbegriffs, der sog. „Prägetheorie“. Diese besagt, dass die Individualität des Urhebers im Werk erkennbar sein muss. Siehe hierzu die Ausführungen unten, Punkt I.B.4.c.dd.(2).(a).

38 *Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, S. 416.

39 *Hartmann*, Das Problem des geistigen Seins, S. 417.

40 *Delp*, 1. Auflage, Abschnitt II, Rdnr. 1.

41 Vgl. *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 74. Das Urheberrecht nimmt nach dieser Theorie denselben Rang ein, wie der Schutz der eigenen Gedanken und Wertvorstellungen, das Recht auf Selbstbestimmung, die Meinungs- oder die Religionsfreiheit. Es zählt hiernach also zu den Rechtsgütern, die dem engeren Kreis der jedem Individuum zustehenden geistigen Freiheit zugehörig sind. Die dogmatische Einordnung des Urheberrechts als eines v. a. persönlichkeitsrechtlich dominierten Schutzrechts, das – wie auch die anderen vorgenannten Befugnisse – eine Komponente des naturgegebenen „Rechts auf die Entfaltung der Persönlichkeit“ darstellt, liegt damit nicht fern. Ähnliche Schlussfolgerungen lassen sich auch aus der völkerrechtlichen Verankerung des Urheberrechts ziehen, vgl. hierzu unten, Fn. 58.

42 *Coing*, S. 214 und besonders S. 204 ff. weist darauf hin, dass in der Rechtsphilosophie verschiedene Interpretationen und Begründungen des Begriffs „Naturrecht“ vertreten werden. Er selbst beschreibt das Naturrecht in seiner Gesamtheit als „Summe von Sätzen der Gerechtigkeit, welche die Grundlage des positiven Kulturrechts bilden“.

als ein aus dem bloßen Dasein des Menschen hergeleitetes Primärrecht jeglicher – jedenfalls grundlegender – Diskussion<sup>43</sup>.

Darüber hinaus enthebt die Anerkennung der Naturrechtslehre als Begründung für das geschriebene Recht den Gesetzgeber aber auch von jeglichem (weiterem) Rechtfertigungsbedürfnis für einen starken Urheberrechtsschutz. Dieser ergibt sich zwingend aus der Rechtsphilosophie. Im Umkehrschluss sind Einschränkungen des Schutzrechts jedoch nur schwer zu rechtfertigen<sup>44</sup>. Anderweitige Interessen am Werk werden durch die Belange des Schöpfers an seinem Werkschutz, der gleichzeitig (u. a.) Persönlichkeitsschutz ist, generell überlagert.

Notwendiger Grundpfeiler einer auf der rechtsontologischen Naturrechtslehre basierenden Urheberrechtsordnung ist z. B. ein undurchbrochenes Schöpferprinzip<sup>45</sup>, das die Entstehung und Zuordnung des Rechts zum Schöpfer anordnet. Zudem sind sowohl die ideellen als auch die materiellen Interessen des Urhebers am Werk so weit als möglich sicherzustellen. Auch die Übertragung eines solchen, mit der Person des Urhebers eng verknüpften Rechts ist in einer solchen Rechtsordnung per se undenkbar. Sämtliche dieser Grundregeln sind auch Bestandteil des deutschen Urheberrechtsgesetzes, was auf eine hierhinter stehende übergesetzliche Begründung schließen lässt.

## 2) Utilitaristische Begründungsansätze

### a) Die funktionale Betrachtung *Gerhard Schricker*s

Ganz anders erklärt dagegen *Schricker* das Urheberrecht. Dessen funktionale Theorie begründet das Urheberrecht auf dem Wege einer funktionalen Betrachtung, die bei den Regelungszielen ihren Ausgang nimmt. Anders als die rein individualrechtlich ausgerichteten, rechtsphilosophischen Ansätze erklärt *Schricker* neben dem Schutz des Rechtsinhabers<sup>46</sup> auch eine kulturfördernde, also eine kollektive, Sicherungsfunktion als originäres Ziel des Urheberrechtsschutzes<sup>47</sup>. Die funktionale Betrachtung erkennt mithin eine multipolare Legitimation des Schutzrechts an<sup>48</sup>.

43 Kritisch hierzu, vgl. unten Fn. 1768.

44 Es sei denn, es kommt zu einer Kollision mit anderen Naturrechten.

45 Siehe § 7 und unten, lit. C).

46 *Schricker* (Einleitung, Rdnr. 13 f.) selbst weist darauf hin, dass der naturrechtliche Ansatz durch diese Argumentation nicht verdrängt, sondern nur um eine weitere Begründung ergänzt werden solle.

47 *Schricker* in FS *Steindorff*, S. 1437 (1452 f.).

48 Dem folgt auch *Dreier/Schulze-Dreier*, Einleitung, Rdnr. 1.

Die Gewähr eines starken Individualschutzrechts ist hiernach einerseits schon aufgrund des Sozialstaatsprinzips geboten, um die wirtschaftliche Existenz der Kreativen zu sichern (Alimentationsinteresse)<sup>49</sup>. Gleiches ergebe sich aus dem Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Kulturförderung. Das Urheberrecht sei erforderlich, um für das kreative Schaffen und die hierbei zu erbringenden Investitionen an Arbeit und Geld entsprechende Anreize zu schaffen. *Schricker* hebt hervor, dass die Erkenntnis von einer Anreizfunktion des Urheberrechts erlaube, das Allgemeininteresse nicht nur in seiner das Urheberrecht beschränkenden Ausprägung zu interpretieren<sup>50</sup>, sondern auch im Sinne einer Stärkung des Individualrechtsschutzes.

Trotz dieses multipolaren, auch kollektivrechtlich erklärten Begründungsansatzes, ist die Urheberrechtstheorie *Schrickers* klar individualrechtlich dominiert. Immerhin ist jedoch nicht zu verkennen, dass die Facetten dieser utilitaristischen Theorie wesentlich vielfältiger sind, als die einer streng naturrechtlichen Lehre. Auf einer solchen rechtstheoretischen Grundlage wäre es möglich, nicht nur dem Alimentationsbedürfnis des Urhebers, sondern auch den Investitionsschutzbelangen der Verwerter und kollektiven Interessen der Allgemeinheit durch die Ausgestaltung des normativen Regelungsmodells Rechnung zu tragen<sup>51</sup>, ohne Friktionen mit dessen „theoretischem Überbau“ herbeizuführen. Allerdings weist das deutsche Recht Regelungselemente auf, die sich mit einer funktionalen Rechtstheorie nur schwer vereinbaren lassen<sup>52</sup> und die damit eher auf naturrechtlich dominierte Grundannahmen hinweisen.

## b) Die konsequentialistische Betrachtung

Von den naturrechtlich-individualrechtlichen Begründungen des Urheberrechtsschutzes unterscheiden sich elementar auch die funktionalen Ansätze, die man unter dem Oberbegriff „konsequentialistische Ansätze“ zusammenfassen kann<sup>53</sup>. Diese haben gemein, dass deren Beschreibung und Begründung des Urheberrechts nahezu jeglichen idealisierenden Aspekt vermissen lassen. Insbesondere investitionsschutzrechtliche, daneben aber auch gesellschaftliche Ziele und Gemeinwohlaspekte drängen hier in den Vordergrund. Ein den philosophischen Begründungsansätzen immanenter „Selbstzweck“ des Urheberrechtsschutzes wird dagegen nicht anerkannt.

49 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 13 f.

50 Gemeint ist das auch durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gem. Art. 14 Abs. 2 GG als schutzwürdig anerkannte Interesse an einer ungebundenen, freien Nutzung von Werken, vgl. hierzu unten Kapitel 2, Punkt II.A.3.a.bb) und *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 12.

51 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 13 f.

52 Siehe hierzu unten, Punkt I.B.4.c.dd.(3).

53 So *Pahud*, S. 42 ff.

Man könnte von der Warte dieses „kollektivrechtlichen“ Ausgangspunktes von einem „Gemeinwohl oder kulturpolitischen Ansatz“<sup>54</sup> sprechen. Dieser führt in seiner Konsequenz nicht selten zu den gleichen positivrechtlichen Ausprägungen, findet seinen Ursprung allerdings nicht in der Schöpferpersönlichkeit, sondern in der angestrebten Bereicherung der Gesellschaft um geistige Inhalte. Der Grundgedanke beherrscht insbesondere das Modell des amerikanischen und englischen Copyrights<sup>55</sup>.

### 3) Hinweise auf das Vorherrschen naturrechtlicher Begründungsansätze im deutschen Urheberrecht aus einer Gegenüberstellung mit Grundsätzen des Copyright-Systems

Nach einer Ansicht basiert das deutsche Urheberrechtsmodell in der Tat im Wesentlichen auf einer Kombination der Theorie vom geistigen Eigentum mit der Naturrechtslehre<sup>56</sup>. In der Tat sprechen für diese These vor allem zwei wesentliche Elemente des geltenden deutschen Urheberrechtkonzepts. Ohne hierauf an dieser Stelle näher einzugehen<sup>57</sup>, scheint sich dies insbesondere aus der vorherrschenden Ausrichtung des Rechts auf den Schöpfer<sup>58</sup> und der fest verankerten Annahme zu ergeben, dass zwischen Urheber und Werk eine persönliche Beziehung besteht<sup>59</sup>, die – nicht zuletzt aufgrund des monistischen Prinzips – das Recht in seiner Gesamtheit, also auch dessen vermögensrechtliche Komponente, beeinflusst<sup>60</sup>.

54 Vgl. hierzu *Pahud*, S. 39 f. m. w. Nachw.

55 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 13. Siehe Näheres hierzu sogleich.

56 Vgl. *Peifer*, S. 57. Nach einer weitergehenden Ansicht sind bereits dem Institut des Eigentumsschutzes selbst, gleich ob sach- oder werkbezogen betrachtet, diese beiden Elemente zu entnehmen, vgl. *Boytha* in *FS Kreile*, S. 109 (114); *Rigamonti*, S. 51 ff. (siehe auch S. 126) jeweils mit Hinweis auf Äußerungen u. a. von *Hegel*, *Kant* und *Schopenhauer*. Im Übrigen scheinen auch die Bezugnahmen auf das Urheberrecht im Völkerrecht auf naturrechtliche Tendenzen schließen zu lassen. So wird das Urheberrecht völkerrechtlich als ein allgemeines Menschenrecht behandelt (v. *Lewinski* in *Banse/Langenbach* (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Copyright im multimedialen Zeitalter. Positionen, Probleme, Perspektiven*, S. 58 (59)), das durch die UN-Erklärung der Menschenrechte in Art. 27 Abs. 2 auf eine Stufe mit anderen elementaren menschlichen Befugnissen gestellt wird.

57 Eine vertiefte Auseinandersetzung folgt sogleich in Punkt I.B.4.c.dd).

58 Siehe § 11 UrhG.

59 *Troller*, 1. Auflage, Bd. 1, S. 375 ff.; ders. *UFITA* 50 (1967), S. 385 ff.

60 Eine rein auf diesem idealistischen Aspekt basierende Begründung des geistigen Eigentums ist dagegen eher zweifelhaft, vgl. *Peifer*, S. 74; *Rigamonti*, S. 126 f. Von der naturrechtlichen Begründung für das geistige Eigentum ist im Übrigen die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie zu unterscheiden. Vgl. hierzu unten, Kapitel 2.

Stellt man die für diese Regelungsaspekte im deutschen Recht gefundenen Lösungen entsprechenden Regelungen in eindeutig auf utilitaristischen, multipolaren Ansätzen basierenden Urheberrechtsmodellen (v. a. der Copyright-Systeme) gegenüber, zeigen sich deutliche Unterschiede<sup>61</sup>. Diese weisen wiederum im Umkehrschluss darauf hin, dass das deutsche Urheberrecht anderen, vermutlich naturrechtlich geprägten, rechtsphilosophischen Grundsätzen folgt.

Die konsequentialistische Begründung der Copyright-Systeme ist nicht zu verkennen. So fällt zunächst auf, dass den angelsächsischen Schutzkonzepten Hinweise auf idealisierende (naturrechtliche) rechtsphilosophische Grundlagen nicht zu entnehmen sind<sup>62</sup>. Zwar ist auch dem Copyright der Gedanke des geistigen Eigentums nicht ganz fremd<sup>63</sup>. Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Recht eindeutig von ökonomischen Zielsetzungen geprägt ist<sup>64</sup>. Das Copyright ist ein reines Wirtschaftsrecht, das in erster Linie der Sicherung von Investitionen dient. Als Grund für die Gewähr des Rechts wird nicht die Verbindung zwischen Urheber und Werk, sondern der Belohnungsgedanke hervorgehoben<sup>65</sup>. Belohnt wird derjenige, der, unter Einsatz gewisser finanzieller und/oder sonstiger Mittel, der Gesellschaft einen Dienst durch die verantwortliche Herstellung eines Wirtschaftsgutes mit einem gewissen Wert erbracht hat<sup>66</sup>. Die Amortisierung solcher „gemeinnützigen“ In-

61 Siehe unten, Kapitel 3.

62 Diese Tatsache ist rechtshistorisch bemerkenswert, da die Ausgangsposition der beiden Rechtsfamilien zunächst sehr ähnlich war. Sowohl dem Copyright als auch dem Urheberrecht ging das Privilegienwesen als Verlegermonopol voraus. Während sich in Deutschland später der naturrechtliche Ansatz, basierend auf einer „tief schürfenden“ Rechtsphilosophie, durchsetzte, herrschte in Großbritannien schon bald die positivistische Begründung vor, siehe *Ellins*, S. 74 ff. (78/80). Die Weichen hierfür wurden wohl bereits im 18. Jahrhundert gestellt. Während in Deutschland zu dieser Zeit große Denker wie *Kant* und *Fichte* angingen, der naturrechtlichen Urheberrechtsphilosophie zu einer Begründung zu verhelfen und einer gemeinhin konzertierten Geltung zuzuführen, erteilte man in England bereits 1774 einer naturrechtlichen Begründung des Copyrights eine klare Absage (im Fall *Donaldson* vers. *Beckett*, 1774).

63 Das britische Copyright basiert nach *Copinger & Skone James*, para 2-04 auf vier Legitimationsgrundlagen: Naturrecht am geistigen Eigentum, Belohnung für erbrachten Aufwand, Anreizfunktion, Alimentation.

64 *Copinger & Skone James*, para 2-4.

65 *Rehbinder*, Rdnr. 87; *Ellins*, S. 136 ff. Besonders deutlich wird dies angesichts des Art. 1, Sec. 8, c. 8 der US-amerikanischen Verfassung, der – eigentlich nur eine Kompetenznorm – gemeinhin als verfassungsrechtliche Begründung für den Schutz des Copyrights herangezogen wird (vgl. *Stowel* in *Dittrich* (Hrsg.), S. 4): „*The Congress shall have power... 8. to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.*“

66 So heißt es schon im ersten englischen Copyright-Gesetz, dem *Act of Anne* aus dem Jahre 1710, Art. 8, c. 17: „*An Act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors, or purchasers, of such copies, during the times therein mentioned.*“ Näheres hierzu führt *Ellins*, S. 40 ff. aus.

vestitionen soll durch das Copyright Law garantiert werden<sup>67</sup>. Entsprechend pragmatisch und ökonomisch orientiert, zeigt sich das geschriebene Recht<sup>68</sup>. Der utilitaristische Grundgedanke des Copyrights entspricht also einer in erster Linie zweckorientierten Zielsetzung, die mit einer naturrechtlichen Begründung kaum vereinbar wäre.

Ebenso wenig entspricht die Vorstellung vom Copyright als einem positiven Recht<sup>69</sup>, dessen Gewähr und Ausprägung dem Gesetzgeber allein obliegt<sup>70</sup>, naturrechtlichen Grundgedanken.

Auch die Ausrichtung des Copyrights spiegelt dies wider. Statt an der Schöpferpersönlichkeit orientiert sich das angelsächsische Recht klar am Schutz des Werkes<sup>71</sup> und den zu dessen Erstellung getätigten Investitionen<sup>72</sup>.

Deutlich utilitaristische Hintergründe lassen sich auch dem Verständnis vom Schutzgegenstand des Copyrights entnehmen. Das vom Copyright geschützte Werk ist eine Handelsware, dessen Verkehrsfähigkeit im Vordergrund steht. Geschützt wird, was vom Hersteller ein Mindestmaß an „*labor, skill and judgment*“ gefordert hat<sup>73</sup>. Persönliche Beziehungen zwischen Erzeuger und Erzeugnis spielen weder für die Schutz- noch für die Verwertungsfähigkeit des Werkes oder dessen konkrete Nutzung eine Rolle. Vielmehr zeigt sich das Copyright in persönlichkeitsrechtlicher Sicht weit gehend neutral<sup>74</sup>, die ideelle Komponente ist, soweit überhaupt von Bedeutung, nachrangig. Dagegen beherrscht das Urheberpersönlichkeitsrecht im deutschen Recht – nicht zuletzt aufgrund des monistischen Prinzips – auch die Verwertung und die Verkehrsfähigkeit von Werken<sup>75</sup>.

Vor diesem Hintergrund erklärt sich ein weiterer erheblicher Unterschied zwischen Urheberrecht und Copyright. Während die Ausgestaltung des Urheber-, v. a. des Urhebervertragsrechts sich stark an der Schutzbedürftigkeit des Schöpfers orien-

67 Vgl. etwa *Haedicke*, S. 8 ff.; ders. GRUR Int. 1998, S. 631 (632); *Ellins*, S. 111 f.

68 Vgl. zu diesem pragmatischen Grundansatz und dessen Entstehung *Ellins*, S. 74 ff. (78/80).

69 Vgl. auch *Haedicke*, S. 12. „Positiv“ ist das durch Rechtssetzung entstandene Recht (von lat. *Ponere* – setzen, stellen, legen). Hierdurch unterscheidet sich die positive Rechtsordnung u. a. vom Naturrecht, das das übergesetzlich gegebene Recht verkörpert.

70 Dies lässt sich auch aus Sec. 1 (1) Copyright, Designs and Patents Act von 1988 (Deutsche Ausgabe mit Einführung von *Cornish* in Quellen Bd. 2, Großbritannien) entnehmen, wo es heißt: „*Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work – ...*“

71 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 1-05 und 25-67; *Ellins*, S. 76 f. Deutlich wird dies schon an der Terminologie: „Copyright“ als Schutz des Werkes vor Vervielfältigung, „Urheberrecht“ als das Recht des Urhebers. Hierdurch ist angelegt, dass das Copyright pragmatisch-funktional und das Urheberrecht eher personenbezogen-ideell reguliert.

72 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 4-04. Näheres hierzu unten, Kapitel 3, Punkt III.A).

73 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 2-01.

74 Näheres zu den „*Moral Rights*“ siehe unten, Kapitel 3, Punkt III.D).

75 Besonders deutlich zeigt sich dies am Grundsatz der Unübertragbarkeit des Vollrechts, § 29 Abs. 1 UrhG.

tiert, sind dem werkorientierten Copyright derartige Aspekte fremd<sup>76</sup>. Dies basiert zwar maßgeblich, wie es das Grundverständnis der *common law*-Tradition voraussetzt, auf dem Prinzip weit gehend uneingeschränkter Vertragsfreiheit („*freedom of contract*“), in die nur in extremen Ausnahmen Eingriffe geduldet werden<sup>77</sup>. Dennoch spricht die Tatsache, dass der Urheber so bei der Verwertung dem freien Spiel der kapitalistischen Kräfte ausgesetzt wird<sup>78</sup>, gegen eine naturrechtlich orientierte Begründung des Copyrights. Eine solche Handhabung wäre mit dem Gedanken eines starken, auch auf persönlichkeitsrechtlichen Erwägungen basierenden, Schutzes des Urhebers schwerlich vereinbar.

#### 4) Schlussfolgerungen

Während die vorgenannten Regelungsaspekte in Bezug auf das englische und amerikanische Recht für die Annahme eines konsequentialistischen Fundaments der Copyright-Systeme sprechen, indiziert die Gegenüberstellung für das deutsche Urheberrechtsmodell eine naturrechtliche Rechtsphilosophie. Es scheint, um es mit *Ulmer*s Worten auszudrücken in der Tat, als bleibe die naturrechtliche Begründung des Urheberrechts „*im Rahmen der gesetzlichen Regelung als Rechtsidee lebendig, unter deren Wirkung die Auslegung der Gesetze steht*“<sup>79</sup>. Dem gilt es im Folgenden weiter nachzugehen.

#### B) Hinweise auf eine naturrechtliche Begründung des geltenden Urheberrechts

Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob sich die – bei oberflächlichem Vergleich der Rechtskonzeptionen gezeigten – Hinweise auf eine naturrechtliche Fundierung des deutschen Urheberrechts an einzelnen Regelungen des geschriebenen Rechts bestätigen.

76 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 4-04.

77 Vgl. zu den Unterschieden der beiden Systeme in Bezug auf den Aspekt des Individualrechtsschutzes *Copinger & Skone James*, Rdnr. 4-04. Während das deutsche Urhebervertragsrecht auf den Schutz des Urhebers fokussiert, und diesen z. B. vor zu weit gehenden Dispositionen über seine Verwertungsrechte schützt (vgl. z. B. §§ 31a, 32c oder 31 Abs. 5 UrhG), sind der *common law*-Tradition derartige Eingriffe in die Vertragsfreiheit fremd.

78 Allerdings ist gerade im Copyright die nahezu völlige Schutzlosigkeit des Urhebers gegenüber seiner nachteiligen Verhandlungsstärke in besonderem Maße auch auf die Rechtshistorie zurückzuführen. Diese wurde durch die Verwerterlobby entscheidend bestimmt. Vgl. hierzu auch oben, Fn. 62.

79 *Ulmer*, S. 106.

Gegenstand der Untersuchung ist das Verhältnis zwischen Verwertungs- und Persönlichkeitsrecht, die Zuordnung, der Werkbegriff und die Schranken des Urheberrechts.

## 1) Das Verhältnis zwischen materiellen und ideellen Schutzaspekten

Entgegen der Theorie *v. Gierkes*, nach der das Urheberrecht als reines Persönlichkeitsrecht qualifiziert wurde, setzte sich schon bald die Auffassung von einem zweigleisigen Schutzrecht durch. Zurückgehend auf *Kohler*<sup>80</sup> gingen die Vertreter der sog. „dualistischen Theorie“ dabei zwar von einer Gleichordnung der persönlichkeits- und vermögensrechtlichen Positionen des Urhebers aus, verstanden diese aber als zwei grundsätzlich voneinander unabhängige Rechtspositionen, die unterschiedlichen Grundsätzen unterlägen<sup>81</sup>.

Dagegen entschied sich der Gesetzgeber bei der Reform des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1965 für eine monistische Ausgestaltung der urheberrechtlichen Positionen. Ideelle und materielle Schutzrechte lassen sich hiernach nicht trennen, sondern teilen ein gemeinsames Schicksal. Das Urheberrecht ist mithin ein einheitliches Recht<sup>82</sup> und dabei weder Vermögens- noch Persönlichkeitsrecht<sup>83</sup>, sondern „ein immaterielles Mischrecht eigener Art“<sup>84</sup>.

Zur Begründung für die Theorie von der monistischen Ausgestaltung des Urheberrechts wird zumeist angeführt, dass einerseits die Nutzungsrechte einen persönlichkeitsrechtlichen Einschlag haben<sup>85</sup> und dass umgekehrt aus der Verletzung persönlichkeitsrechtlicher Positionen auch vermögensrechtliche Ansprüche entstehen können<sup>86</sup>. Wirkung der monistischen Ausgestaltung ist, dass jede wirtschaftliche

80 z. B. *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 439 ff.

81 *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 440.

82 *v. Gamm*, Rdnr. 28.

83 Vgl. etwa *Erdmann*, Urheberrecht und Geschmacksmusterrecht, S. 1.

84 So *Schricker* in FS GRUR Band II, S. 1095 ff., Rdnr. 52.

85 So kann es von Bedeutung für den Autor eines Theaterstückes sein, wer dieses in welcher Form öffentlich aufführt, oder für den Komponisten eines Musikstückes, unter welchem Schallplattenlabel sein Stück vertrieben wird oder welcher Künstler dies aufführt.

86 *Ulmer*, S. 114. In der Tat können vermögens- und persönlichkeitsrechtliche Elemente einer Schutzposition schwer zu trennen sein, wie sich an der Entscheidung des BGH „Cosima Wagner“ zeigt. Im Rahmen der Auslegung eines Vertrages über Nutzungsrechte war die Frage zu klären, ob mit dem ausdrücklich genannten Vervielfältigungsrecht auch das Veröffentlichungsrecht eingeräumt worden war. Entgegen der widersprechenden Ansicht, nach der dies angesichts der unterschiedlichen (vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen) Ausrichtung ausgeschlossen sein sollte, bejahte der BGH die Frage. Zur Begründung wird in der Entscheidung ausgeführt, dass auch das Veröffentlichungsrecht vermögensrechtlichen Charakter habe; vgl. BGHZ 15, S. 249 (258); ebenso BGHZ 33, S. 1 (14) – Schallplatten-Künstlerlizenz.

Nutzung den urheberpersönlichkeitsrechtlichen Restriktionen unterliegt. Allein durch die Vergabe von Nutzungsrechten (Lizenzen) können die beiden Positionen getrennt werden<sup>87</sup>. Es ist möglich, einzelne oder alle Verwertungsrechte exklusiv einem Dritten zu übertragen, sich aber sämtliche urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse vollumfänglich vorzubehalten oder diese wiederum ganz oder teilweise einer weiteren Person einzuräumen oder von dieser ausüben zu lassen<sup>88</sup>. Die enge Verbindung der beiden urheberrechtlichen Schutzbereiche kann also im Rechtsverkehr faktisch gelöst werden. Dogmatisch gesehen bleibt diese jedoch stets bestehen; das Urheberrecht verbleibt aufgrund seiner Unübertragbarkeit stets in vollem Umfang beim Schöpfer.

Ulmer verdeutlicht das Verhältnis, in dem der Interessenschutz zur Gestalt des Urheberrechts und zu den aus dem Urheberrecht fließenden Befugnissen steht, an einem Bild:

„Die beiden Interessengruppen erscheinen, wie bei einem Baum, als die Wurzeln des Urheberrechts, und dieses selbst als der einheitliche Stamm. Die urheberrechtlichen Befugnisse aber sind mit den Ästen und Zweigen vergleichbar, die aus dem Stamm erwachsen. Sie ziehen ihre Kraft bald aus beiden, bald ganz oder vorwiegend aus einer der Wurzeln“<sup>89</sup>.

Konkrete normative Wirkung entfaltet die monistische Ausgestaltung des Urheberrechtsgesetzes vor allem in § 29 Abs. 1 UrhG. Hiernach ist das Urheberrecht nicht übertragbar. Der Grund liegt darin, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht nach dem geltenden Rechtsverständnis nicht als solches auf eine andere Person übergehen kann<sup>90</sup>. Die persönliche Bindung zwischen Werk und Schöpfer, die einen Persönlichkeitsrechtsschutz vorrangig rechtfertigt, kann nur in diesem Verhältnis, nicht jedoch bei anderen Personen bestehen, die nicht in dieser Weise mit dem Werk verbunden sind. Auf Basis dieser Grundannahme erklärt sich die Tatsache, dass das Recht weder die Übertragung des Stammrechts noch seiner Bestandteile zulässt, als konsequente Folge<sup>91</sup>. Dem Schöpfer verbleibt mithin stets – auch gegen seinen Willen – das Urheberrecht. Er kann hierauf nicht verzichten oder dies ansonsten abdingen<sup>92</sup>.

87 Ulmer, S. 115.

88 Dreier/Schulze-Schulze, vor § 12, Rdnr. 12.

89 Ulmer, S. 116.

90 Vgl. Reh binder, Rdnr. 542.

91 Vgl. Motive, UFITA 45 (1965), S. 270.

92 Die positivrechtliche Umsetzung dieses Grundsatzes findet sich an verschiedenen Stellen des UrhG, wie z. B. in § 34 (Nutzungsrechte dürfen nur mit Zustimmung des Urhebers (weiter-) übertragen werden); § 36 (Beteiligung des Urhebers bei gestörtem Synallagma des Lizenzvertrages); § 39 (Zustimmungspflicht bei Änderungen des Werkes durch den Nutzungsberechtigten); § 41 (Rückrufsrecht wegen Nichtausübung) und § 42 (Rückrufsrecht wegen gewandelte r Überzeugung).

Ein generelles Anerkenntnis persönlicher Bindungen zwischen Urheber und Werk lässt auf eine naturrechtliche Fundierung des deutschen Urheberrechts schließen<sup>93</sup>. Es erklären sich auf dieser Grundlage wiederum die wesentlichen Besonderheiten des Urheberrechts (z. B. im Vergleich zu den gewerblichen Schutzrechten), wie beispielsweise dessen Unübertragbarkeit. Dieser im positiven Recht festgeschriebene Grundsatz wäre bei einer Anerkennung des Urheberrechts als Naturrecht zwingend. Das idealisierende Argument der persönlichen Bindungen zwischen Urheber und Werk bedingt, dass das Recht am Werk als einem Bestandteil dessen Persönlichkeit nur dem Urheber zugeordnet werden kann. In Verbindung mit dem monistischen Prinzip führt dies zur Unübertragbarkeit des gesamten Urheberrechts und damit zu einer Dominanz der ideellen über die materiellen Aspekte des Schutzrechts<sup>94</sup>.

## 2) Rechtssubjekt und Zuordnung des Urheberrechts

Auch die Regelung der Rechtszuordnung im Urheberrechtsgesetz weist auf einen monopolaren, rein individualrechtlichen Begründungsansatz hin, der dem rechtsontologischen, naturrechtlichen Verständnis entspricht<sup>95</sup>. Urheber – und damit alleiniges Schutzsubjekt des deutschen Urheberrechts – ist nach § 7 UrhG der Schöpfer des Werkes. Hiermit wird ein strenges Schöpferprinzip statuiert. Dies macht wiederum die absolute Ausrichtung des Urheberrechtsgesetzes auf den Schöpfer<sup>96</sup> sehr deutlich<sup>97</sup>, die sich insbesondere an dem Schöpferprinzip und dessen Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Urheberrechts zeigt. Damit wird dem Gedanken eines werk- oder gar gesellschaftlich oder kulturell orientierten Schutzrechts eine klare Absage erteilt<sup>98</sup>.

93 Dies erkennen auch *Dreier/Schulze-Dreier* an (Einleitung Rdnr. 54).

94 So auch *Ulmer*, 2. Auflage, S. 101: „So erscheint das Urheberpersönlichkeitsrecht in doppelter Gestalt: Im weiteren Sinne ist es eine Kraft, die das Urheberrecht als Ganzes durchdringt; im engeren Sinn bezeichnet es eine Gruppe von Befugnissen, die aus dem Urheberrecht fließen.“ Und weiter: „Der Schutz der ideellen Interessen ist eine Zielsetzung, die das Urheberrecht im ganzen, einschließlich der Nutzungsrechte, bestimmt.“

95 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 248.

96 *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (985).

97 So schon die Motive, UFITA 45 (1965), S. 251: „Zweck des Gesetzes {ist} der Schutz des Urhebers.“

98 Motive, UFITA 45 (1965), S. 240 (250); Anschaulich *Hubmann/Rehbinder*, Urheberrecht, 7. Auflage, S. 43: „Da das Urheberrecht an das Werk anknüpft, kann man dieses als Schutzgegenstand bezeichnen. Man muss sich allerdings darüber klar sein, dass nicht in erster Linie das Werk, sondern menschliche Interessen in den zwischenmenschlichen Beziehungen geschützt werden sollen. Das Urheberrecht ist daher eigentlich eine Beziehung des Urhebers zu anderen Personen...“

Während das Schöpferprinzip an sich noch keine Besonderheit darstellt<sup>99</sup>, unterscheidet sich das deutsche Recht – vor allem im Vergleich zum Copyright – durch das Fehlen jeglicher Ausnahmen von dieser Grundregel<sup>100</sup>. So wird das Urheberrecht auch dann dem Schöpfer zugeordnet, wenn Werke in Arbeitnehmer- oder Auftragsverhältnissen entstehen<sup>101</sup>. Eine Entsprechung der angloamerikanischen „*work-made-for-hire*“-Doktrin sieht das deutsche Recht ebenso wenig vor, wie einen Urheberrechtsschutz juristischer Personen<sup>102</sup>. Hierin wiederum realisiert sich die streng individualrechtliche Orientierung auf den Urheber. Anderweitige Leistungen bei der Werkerschaffung – etwa Investition, Innovation oder Organisation – werden bei der Zuordnung des Schutzrechts ebenso wenig berücksichtigt, wie im deutschen Urheberrecht überhaupt<sup>103</sup>. Eine Begründung für eine derartig einseitige Fokussierung könnte wiederum in der naturrechtlichen Lehre gesucht werden. Ist das Werk ein Produkt objektivierten Geistes, kommt eine anderweitige Zuordnung als an die Persönlichkeit, der es entstammt, nicht in Betracht.

### 3) Schutzgegenstände und Verwertungsbefugnis

Das Urheberrechtsgesetz zählt die Werkarten nicht abschließend auf. Der Katalog in § 2 Absatz 1 UrhG hat lediglich exemplarische Funktion, indem hier einzelne Werkarten aufgezählt werden<sup>104</sup>. Hierhinter steht der Grundsatz, dass die Schöpfer von Geisteswerken Schutz durch das Urheberrecht erfahren sollen. Dies gilt nach § 1 UrhG für alle Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst.

Beschränkungen des Schutzbereichs ergeben sich aus den §§ 1, 2 Abs. 2 UrhG, also einerseits aus der Beschränkung des Schutzbereichs auf Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst und andererseits der notwendigen Qualifizierung jedes

99 Auch im Copyright-System wird das Schutzrecht grundsätzlich dem *author* zugeordnet, vgl. hierzu unten, Kapitel 3, Punkt III.B).

100 Auch dies wäre logische Folge eines naturrechtlichen Begründungsansatzes.

101 Ein „Arbeitnehmerurheberrecht“ existiert in diesem Sinne nicht. Nach § 43 UrhG gelten auch hier die allgemeinen Regeln.

102 Dies ergibt sich im Übrigen auch aus § 2 Absatz 2 UrhG, nach dem nur „persönliche, geistige“ Schöpfungen geschützt sind (siehe hierzu im Einzelnen unten Punkt I.B.4). Nur natürliche Personen haben eine Persönlichkeit im natürlichen Sinne (OLG Koblenz UFITA (1974), S. 331 (334) – Liebeshändel in Chioggia; BGH GRUR 1991, S. 523 (525) – Grabungsmaterialien). Auch können juristische Personen keine geistige Tätigkeit entfalten und somit – so der deutsche Gesetzgeber – auch kein geistiges Eigentum erlangen (Motive, UFITA 45 (1965), S. 255). Hieran zeigt sich wiederum die Personenbezogenheit des geistigen Eigentums.

103 Vgl. BGH GRUR 1985, S. 1041/1048 – Inkassoprogramm; *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 53; § 7, Rdnr. 6.

104 Hier heißt es: „Zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst gehören insbesondere...“

Werkes als persönliche geistige Schöpfung<sup>105</sup>. Beide Regelungen stehen dabei in einer Wechselwirkung zueinander<sup>106</sup>.

Auch die Verwertungsbefugnis, also die dem Urheber zugeordneten Ausschließlichkeitsrechte zur wirtschaftlichen Nutzung des Werkes, wird durch § 15 UrhG in Form eines offenen Kataloges normiert. Dies hat die gleiche Öffnungswirkung wie der offene Werkkatalog. Wirtschaftlichen, technischen und sonstigen Veränderungen bei der Nutzung geschützten Materials kann so auch ohne Änderungen des Gesetzes Rechnung getragen werden. Dies zeigt sich bei der Erfassung neuer Verwertungsformen wie der Online-Übertragung oder der Kabelsendung unter den Schutzbereich des Urheberrechtsgesetzes, wie später noch näher dargelegt wird. Eine Anpassung wird zumeist dennoch erforderlich. So wurden dem Urheberrechtsgesetz in der Vergangenheit verschiedentlich spezielle Normen zur Regelung einzelner Werkarten hinzugefügt, um deren Besonderheiten angemessen erfassen zu können. So enthalten die §§ 69a ff. UrhG Sondervorschriften für Computerprogramme und die §§ 88 ff. UrhG solche für Filme. Auch besondere Verwertungsformen, wie die Sendung über Satelliten- und Kabelsysteme (vgl. §§ 20 a und 20b UrhG), sind teilweise in Spezialregelungen normiert.

Dabei wurden die Änderungen des Urheberrechtsgesetzes regelungstechnisch nicht gleichförmig vollzogen. So wurden Sonderregelungen, die meist auf Umsetzungsverpflichtungen aus dem EU-Recht zurückgehen, zum Teil als eigener Abschnitt integriert (wie die Regelungen über Computerprogramme), in anderen Fällen wurden sie an entsprechender Stelle im Gesetz verstreut angesiedelt (wie die Vorschriften über Datenbankwerke, vgl. §§ 4 Abs. 2, 55 a UrhG).

Die aus der Offenheit von Schutzbereich und Verwertungsbefugnis sich ergebende Folge ist, dass das Urheberrecht ein umfassendes Instrument für den Schutz von Geisteswerken bereithält. Auch für diese Tatsache ergäbe sich eine plausible Begründung aus einer naturrechtlichen Sicht des Urheberrechts. So könnte man auf dieser Basis argumentieren, dass ein weit reichender (Urheber-)Schutz von Geistes-schöpfungen von der Maxime des „*sum cuique*“ bedingt werde. Dies erscheint zunächst in Bezug auf den Umfang der Verwertungsbefugnis plausibel. Ob sich das Argument jedoch auch für die Offenheit gegenüber jeder denkbaren Art von Geistes-schöpfungen als tragfähig erweist, erscheint dagegen zweifelhaft. Dieser Aspekt wird noch eingehend zu untersuchen sein<sup>107</sup>.

105 Vgl. hierzu die Ausführungen in Punkt I.B.4).

106 Dreier/Schulze-Schulze, § 2, Rdnr. 2.

107 Siehe hierzu v. a. die Ausführungen in Teil 3.

#### 4) Werkbegriff

##### a) Einführung – Funktion des Werkbegriffs

Dem Werkbegriff kommt im Rahmen einer Untersuchung der Grundlagen des Urheberrechts naturgemäß eine entscheidende Bedeutung zu, da dieser den Schutzgegenstand bestimmt. Einerseits ist zu vermuten, dass sich aus dem Ergebnis Rückschlüsse auf die Hintergründe des Urheberrechtsschutzes ergeben. So müsste das Werk bei Zugrundeliegen einer naturrechtlichen Rechtsphilosophie im Zweifel als ein sehr personenbezogenes Produkt erscheinen, das wesentliche Züge seines Schöpfers aufweist. Auf Basis einer utilitaristischen Sicht des Urheberrechts wäre dagegen ein wesentlich pragmatischeres Verständnis vom Werk zu erwarten. Ein hierauf zurückgehender Schutzgegenstand würde sich im Zweifel an ökonomischen Anforderungen, z. B. in Richtung eines möglichst effektiven Schutzes und eines unbehinderten Rechtsverkehrs, ausrichten.

Die nähere Untersuchung des Werkbegriffes ist im vorliegenden Kontext andererseits deshalb von besonderer Bedeutung, da dieser den Schutzbereich vom Allgemeinut abgrenzt. Die Definition des Schutzgutes ist damit sowohl rechtstheoretisch als auch positivrechtlich von herausragender Bedeutung.

Dies bedarf möglicherweise näherer Erläuterung. Der Werkbegriff hat nach geltendem Recht unter anderem<sup>108</sup> die Funktion eines ersten Filters bei der Abgrenzung des urheberrechtlichen Schutzbereichs zum nicht schützbaeren Bereich, dem „*public domain*“. Diese Funktion ist für die Rechtsanwendung wichtig, da das Urheberrecht formlos und nicht etwa aufgrund einer Verleihung nach vorheriger Prüfung der Schutzvoraussetzungen entsteht. Die Tatsache, dass der Urheberrechtsschutz ein komplexes Geflecht widerstreitender Interessen<sup>109</sup> nach sich zieht, legt nahe, auf Ebene des Werkbegriffes eine erste Grenzziehung zwischen schutzfähigen und nicht-schutzfähigen „geistig-ästhetischen“ Erzeugnissen<sup>110</sup> vorzunehmen. Eine „feinere Korrektur“ in Richtung eines angemessenen Interessensausgleichs kann dann durch die Schrankenregelungen vorgenommen werden, die – im Gegensatz zur Schutzbereichsbegrenzung – als Schutzzumfangsbegrenzung der bestehenden Schutzrechte fungieren. Damit bilden Werkbegriff und Schranken gemeinsam das Korrektiv für das umfassende Urheberschutzrecht.

108 Daneben dient der Werkbegriff auch der Abgrenzung des Werks von anderen geschützten Immaterialgütern, wie etwa der Erfindung oder der Marke.

109 Vgl. hierzu näher unten, Punkt I.C).

110 Zu dieser Beschreibung des Werkes, vgl. Dreier/Schulze-Schulze, § 2, Rdnr. 12.

Diese Funktion ist nicht zu unterschätzen. Einerseits soll das Urheberrecht Anreize für das geistige Schaffen und die Kulturindustrie generieren, die bei zu weit gehenden Beschränkungen im Zweifel abnehmen<sup>111</sup>. Zudem verlangen die Nutzer von Werken generell nach einem freien Umgang mit Kommunikationsgütern, die dem Urheberrechtsschutz zugänglich sein könnten. Selbst wenn man dessen Regelungsfunktion allein natur- und damit individualrechtlich verstehen – und damit solche Belange als nachrangig oder gar unbedeutend ansehen – würde, spielte die Begrenzung des Schutzbereichs eine wichtige Rolle; jeder Urheber entnimmt sich bei seiner Schöpfung Anregungen nicht nur dem Reich der Ideen<sup>112</sup> und dem allgemein zugänglichen Kulturgut sondern auch vorbestehenden Werken<sup>113</sup>. Die Beschränkungen des Schutzbereichs dienen damit auch und nicht zuletzt ureigenen Interessen der Urheber. Dass diesen gleichzeitig an einem umfangreichen Schutzrecht gelegen sein wird, zeigt die Komplexität und Sensibilität des Spannungsfeldes zwischen Schutzzfähigkeit und Schutzzunfähigkeit, schon bevor die Drittinteressen einbezogen wurden.

Dem Wortlaut des § 2 Absatz 2 UrhG lässt sich auf den ersten Blick nur wenig entnehmen, was Rückschlüsse auf das vorstehend beschriebene Problem zuließe. Es heißt dort „*Geschützt sind nur persönliche geistige Schöpfungen*“. Immerhin: Rein terminologisch betrachtet, scheint der Werkbegriff auf ein Schutzrecht für Kunst und Hochkultur hinzuweisen. Dies wäre angesichts der Bedeutung des geistigen Schaffens in einer Informationsgesellschaft und der Annahme einer Anreizfunktion des Urheberrechts sicherlich zu kurz gegriffen und entspricht auch nicht der Realität, in der ein Schutz von elektronischen Datenbanken, Computerprogrammen und Webgrafiken anerkannt ist. Es stellt sich daher die Frage, was unter den vieldeutigen Begrifflichkeiten, die im Urheberrechtsgesetz der Beschreibung des Schutzgegenstandes dienen, zu verstehen ist.

- 111 Ob das Urheberrecht hierfür strukturell überhaupt geeignet ist, ist durchaus nicht unumstritten. *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 92 bezweifelt dies. Nicht das Schutzrecht und dessen Ausschließlichkeitswirkung entfalten Anreize für das geistige Schaffen, sondern allein die Nachfrage im Wettbewerb. Jedenfalls wird man bei der Frage, welcher Art solche Anreize durch welche Art Maßnahmen (nicht zwingend eine Erweiterung des Schutzbereichs) erzielt werden können, differenzieren müssen (vgl. hierzu unten, Fn. 1883 und siehe auch *Dreier* in *Klump* et al. (Hrsg.), S. 261 (265 ff.)).
- 112 Hierin liegt ein Hauptgrund dafür, dass Stil, Manier oder Technik des Werkschaffens nicht schutzfähig sind, sondern stets nur eine konkrete Gestaltung, vgl. BGH GRUR 1952, S. 516 (517) – Hummel-Figuren und sogleich, Punkt I.B.4.c.c).
- 113 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 43 ff.

b) „Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst“

Dass die Bereichsdefinition in § 1 UrhG nicht wörtlich genommen werden darf, zeigt sich ohne Weiteres an der Tatsache, dass auch Computerprogramme zu den geschützten Werkarten gehören<sup>114</sup>. Hieran verdeutlicht sich ebenfalls, dass der zunächst durch die Begriffe *Literatur, Wissenschaft und Kunst* erweckte Eindruck eines auf wertvolle Kommunikationsgüter ausgerichteten Schutzrechts bei näherem Hinsehen nicht der Realität entsprechen kann<sup>115</sup>. Dies bestätigt sich bei einem Blick in die Gesetzesbegründung. Hiernach wollte man sich mit § 1 UrhG nur an die internationalen üblichen Begriffe anpassen, wie sie beispielsweise in der RBÜ (Art. 1<sup>116</sup>) und im WUA (Art. I) verwendet werden<sup>117</sup>.

Damit hat § 1 UrhG nur den Zweck einer „präambelartigen Einleitung“<sup>118</sup>. Zwar soll § 1 UrhG grundsätzlich eine begrenzende Funktion dahingehend zukommen, den Schutzbereich des Urheberrechtsgesetzes auf die dort genannten Kategorien von Geisteswerken zu beschränken<sup>119</sup>. Aufgrund der in h. M. und Rechtsprechung konzertierten sehr weiten Auslegung können die Kategorien in § 1 UrhG jedoch nur als ungefähre Anhaltspunkt verstanden werden<sup>120</sup>. Insbesondere sollen sich aus der

114 Vgl. § 2 Abs. 1 Ziff. 1, §§ 69a ff. UrhG.

115 Schwerlich lässt sich begründen, dass beispielsweise Computerprogramme oder andere Alltagsschöpfungen unter § 1 UrhG subsumiert werden können, vgl. *Hoffmann*, S. 137 ff. (hinsichtlich des urheberrechtlichen Schutzes von Werken der kleinen Münze ergeben sich wenigstens begrifflich „schwerste Bedenken“ gegenüber der Übereinstimmung mit den Begriffen der Literatur, Wissenschaft und Kunst). *Hoffmann* (S. 140 f.) gibt zu bedenken, dass man angesichts dieses Antagonismus' eigentlich zwischen einem sehr weiten urheberrechtlichen und einem engeren allgemeinen Kunstbegriff zu unterscheiden habe. Aufgrund dieser, seiner Ansicht nach verwirrenden und überflüssigen, Dichotomie empfiehlt *Hoffmann*, auf § 1 UrhG zu verzichten (S. 143 ff.) und den Werkbegriff nur noch über die persönlich geistige Schöpfung zu definieren.

116 Der Unterschied zu dieser Vorschrift der RBÜ besteht nur in der ausdrücklichen Nennung der Werke der Wissenschaft, die aber keine Ausweitung bedeutet, sondern nur der Klarstellung dienen sollte. Die Motive erklären dies für notwendig, da es Werke gebe, die weder der Kunst noch der Literatur zuzuordnen seien (z. B. Atlanten), vgl. UFITA 45 (1965), S. 251.

117 Motive, UFITA 45 (1965), S. 251.

118 *Schricker/Schricker*, § 1, Rdnr. 1. Nicht ganz deutlich wird dagegen die Erklärung in den Motiven (vgl. UFITA 45 (1965), S. 251), wonach § 1 UrhG der Klarstellung diene, „dass der Zweck des Gesetzes der Schutz des Urhebers ist.“

119 *Möhring/Nicolini-Ahlberg*, § 1, Anm. 3a; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 3.

120 Vgl. statt vieler *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 4 m. w. Nachw. Dies führt dazu, dass eine Auseinandersetzung mit § 1 UrhG – sei es in der Literatur, sei es in der Rechtsprechung – zumeist nicht stattfindet, vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 7; *Hoffmann*, S. 124. Kritisch hierzu *Samson*, S. 12 f.; ders. UFITA 47 (1966), S. 1 (12), der der Ansicht ist, dass die extensive Auslegung der Rechtsprechung, die zur Schutzfähigkeit von Fernsprech- und Adressbüchern, Gebrauchsanweisungen, Preislisten, Katalogen, Formularen und kompilatorischen Re-

Norm auch keine besonderen Schutzanforderungen qualitativer oder ästhetischer Art ergeben<sup>121</sup>. Zu einer Begrenzung des Schutzbereichs, z. B. gegenüber Zweckschöpfungen, führt hiernach § 1 UrhG nicht<sup>122</sup>. Für die vorliegende Untersuchung ergibt die Vorschrift mithin kaum Anhaltspunkte.

### c) Die Definition des Werkes gemäß § 2 Absatz 2 UrhG

Die Beschreibung des (Geistes-)Werks als Schutzobjekt bereitet Schwierigkeiten. Dies zeigt sich nicht zuletzt an den – häufig wenig aussagekräftigen – Definitionsversuchen der Literatur. Hier findet sich z. B. die Aussagen, „*Geisteswerke sind selbstständige Ausstrahlungen der Persönlichkeit des Schöpfers*“<sup>123</sup> oder „*Werke sind Individualitäten im Bereich der Literatur und der Kunst*“<sup>124</sup>.

Die Schwierigkeiten, das Werk zu definieren mögen in erster Linie in dessen immaterieller Natur zu suchen sein. Zwar sind Urheberrechte grundsätzlich gegenständliche Rechte, an denen dem Urheber die Herrschaft zuerkannt wird. Gegenüber anderen Rechtsgebieten hat man im Immaterialgüterrecht jedoch auf gedanklicher Ebene eine Vergeistigung von Gegenstands- und Herrschaftsbegriff zu vollziehen<sup>125</sup>. Diese Vergeistigung setzt voraus, zwischen dem Werkstück als gegenständlichem

chenbüchern geführt habe, mit dem Wortlaut des Urheberrechtsgesetzes von 1965 nicht mehr zu vereinbaren sei.

- 121 *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 1, Rdnr. 1 gehen sogar davon aus, dass sich aus der in § 1 UrhG zu entnehmenden Entscheidung, Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst und somit den Urheber für sein Schaffen zu schützen, ein allgemeiner Grundsatz im Sinne eines „*in dubio pro auctore*“ abzuleiten sei. A. A. *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 17, der diese Auslegungsregel für zu schematisch hält; dagegen auch *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 4.
- 122 *Schricker*, GRUR 1996, S. 815 (817); ders. in *Schricker*, Einleitung, Rdnr. 1. Augenfällig wird die Tatsache der nahezu völligen Funktionslosigkeit der Begriffe „Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst“ an der Tatsache, dass die heute urheberrechtlich geschützten Computerprogramme als Sprachwerke geschützt werden (§ 2, Abs. 1, Ziff. 1). Dass dies nicht zutreffend ist, da zwischen einem Computerprogramm und anderen Sprachwerken elementare Unterschiede bestehen, wird in Teil 2, Punkt II.D) ausgeführt. Kritisch zu dieser Gleichstellung äußerte sich z. B. *Rehbinder* noch in der 10. Auflage, Rdnr. 127.
- 123 *Schack*, Rdnr. 7.
- 124 *Ulmer*, S. 12. Der Bundesgerichtshof hat den Schutzgegenstand des Urheberrechts einmal als das in die äußere Erscheinungswelt getretene Werk als geistiges immaterielles Gut bezeichnet, vgl. GRUR 1962, S. 470 (472).
- 125 *Ulmer*, S. 11.

Sachkörper<sup>126</sup> und dem Werk als Schutzobjekt zu unterscheiden<sup>127</sup>. Das Werk ist mithin ein Immaterialgut<sup>128</sup>.

Auf dem Weg zu einem näheren Verständnis des Werkes empfiehlt es sich, dies mittels verschiedener Elemente zu konkretisieren. Mit der von *Loewenheim* in der ersten Auflage des Kommentars von *Schricker* verwendeten Unterteilung sollen hier fünf Elemente des Werkbegriffs unterschieden werden<sup>129</sup>.

Das Werk muss eine persönliche Schöpfung des Urhebers (aus dem Bereich der Literatur, Wissenschaft und Kunst, s. o.) sein, die einen geistigen Gehalt<sup>130</sup> aufweist, eine gewisse Formgestaltung gefunden hat und die in irgendeiner Weise individuell gestaltet ist<sup>131</sup>. Zusätzlich erscheint es zum Zwecke einer differenzierten Betrachtungsweise erforderlich, die Schöpfungs- oder Gestaltungshöhe als graduellen Aspekt der Individualität aus dem eigentlichen Begriff der Individualität herauszulösen und gesondert zu prüfen<sup>132</sup>. Dies ist schon deshalb ratsam, da es überaus umstritten ist, ob ein solches Merkmal dem Werkbegriff überhaupt immanent ist oder sein sollte<sup>133</sup>, und wenn, zu welchen Grenzlínen zwischen geschütztem und ungeschütztem Bereich die Schöpfungshöhe führt oder führen sollte.

Die Intention des Gesetzgebers, durch Einführung<sup>134</sup> des Werkbegriffs in § 2 Absatz 2 UrhG bei der Neufassung des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1965 Klarheit über den Schutzgegenstand<sup>135</sup> zu schaffen, hat sich nie realisiert. Die Begriffe sind nicht sehr aussagekräftig<sup>136</sup> und lassen äußerst weiten Interpretationsspielraum. Dies

126 Dieser Werkträger ist Gegenstand des Sacheigentums, vgl. *Ulmer*, S. 11.

127 Vgl. BGH GRUR 2002, S. 532/534 – Unikatrahmen; BGH NJW 2003, S. 665/668 – Staatsbibliothek.

128 So *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2 Rdnr. 11; BGH GRUR 2002, S. 532/534 – Unikatrahmen; BGH NJW 2003, S. 665/668 – Staatsbibliothek.

129 Mit seinem Aufbau hält sich *Loewenheim* (in *Schricker*, § 2, Rdnr. 3) an die von der Rechtsprechung herausgebildeten wesentlichen Elemente. Nachweise finden sich bei *Erdmann*, Urheberrecht und Geschmacksmusterrecht, S. 9 ff.

130 *V. Gamm*, § 2, Rdnr. 4 (5 f.), spricht diesbezüglich vom „geistig-ästhetischen Gehalt“.

131 Es soll hier entgegen *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 9 zunächst nicht mit dem Ausdruck gearbeitet werden, aus dem Werk müsse „die Individualität des Urhebers zum Ausdruck kommen“, da eben dieser Aspekt höchst umstritten ist und einer weiteren Erörterung bedarf, vgl. hierzu Punkt dd).

132 In der 2. Auflage hat *Loewenheim* dieses Prüfungsschema geändert. Nunmehr wird die Gestaltungshöhe im Rahmen der Individualität problematisiert und nicht mehr in einem eigenständigen Prüfungspunkt (*Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 9, 24 ff.).

133 Vgl. hierzu *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 25.

134 Weder das KUG noch das LUG enthielten eine § 2 Abs. 2 UrhG entsprechende Vorschrift über die Anforderungen an die Schutzfähigkeit.

135 Rechtliche Änderungen gegenüber der alten Rechtslage sollten durch Einführung des § 2 Abs. 2 UrhG nicht herbeigeführt werden. Die Termini „persönliche geistige Schöpfung“ entsprachen der h. M. und Rechtsprechung zum Werkbegriff in LUG und KUG, vgl. Motive, UFITA 45 (1965), S. 252.

136 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 8.

macht die Handhabung der Schutzuntergrenze, und damit v. a. die Einschätzung des ungeschützten Bereichs, in der Praxis äußerst schwierig.

#### aa) Das Merkmal der persönlichen Schöpfung

Das Merkmal der persönlichen Schöpfung unterstreicht die subjektbezogene Schutzrichtung des deutschen Urheberrechtsgesetzes. Ausgeschlossen vom Urheberschutz sollen danach solche Immaterialgüter sein, die, wie z. B. bei Zufallsgeneratoren, allein durch Maschinen oder sonstige Apparaturen bzw. durch Tiere geschaffen wurden<sup>137</sup>. Zu unterscheiden sind im Rahmen dieses Schutzkriteriums beispielsweise sog. „computer-aided-works“<sup>138</sup> von „computer-generated-works“<sup>139</sup>. Der Einsatz von Technik beim Schöpfungsvorgang ist so lange für die Schutzfähigkeit des Ergebnisses irrelevant, wie der Programmierer die wesentlichen Parameter und Verfahrensabläufe, mithin die Formgebung des geistigen Inhalts, selbst steuert<sup>140</sup>. Handelt es sich allein um das Ergebnis eines automatischen Vorgangs oder ist das konkrete Schaffensergebnis ein rein zufälliges, ist das Material nicht schutzfähig<sup>141</sup>. Ein gewisses Maß an Zufall spielt allerdings bei nahezu jedem Schaffungsvorgang eine Rolle und ist insofern dem Urheberrechtsschutz nicht abträglich<sup>142</sup>.

Dass einer Mindermeinung, nach der auch rein maschinelle und zufällig gestaltete Erzeugnisse – sog. aleatorische Kunst<sup>143</sup> –, geschützt sein sollen<sup>144</sup>, nicht gefolgt wird, erklärt sich unmittelbar aus den vorstehenden Ausführungen zum Sinn und Zweck des deutschen Urheberrechts. Wenn dies allein dem Schutz des Urhebers und nicht dem Schutz des Werkes dient, fehlt es bei rein maschinell erzeugten Werken an einem Schutzsubjekt. Eine Maschine verdient hiernach ebenso wenig (urheberrechtlichen) Schutz, wie derjenige, der möglicherweise diese erbaut hat. Ob die Ma-

137 Vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 13 ff.

138 *Schlatter* in *Computerprogramme II*, S. 169 ff., Rdnr. 92 ff.

139 *Schlatter* in *Computerprogramme II*, S. 169 ff., Rdnr. 96.

140 Vgl. nur *Schricker/Loewenheim* § 2, Rdnr. 12, m. w. Nachw., *Schlatter* in *Computerprogramme II*, S. 169 ff., Rdnr. 93. Anschaulich *Samson*, der sich einer Metapher bedient: Es komme darauf an, ob „der Zufallsgenerator Gehilfe oder Mittäter ist“.

141 Dies ist seit jeher die ganz h. M., vgl. im älteren Schrifttum m. w. Nachw. *Rau*, S. 21 f.; *Samson*, UFITA 72 (1975), S. 89 (101); *Ulmer*, S. 128 und im neueren Schrifttum *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2 Rdnr. 8; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 14; *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 10. Sollte sich im Rahmen einer differenzierten Betrachtung ergeben, dass gewisse Teile des Werkes nur der maschinellen Funktion und andere dem menschlichen Schaffen zuzuordnen sind, sind ausschließlich die menschlich geschaffenen Teile dem Urheberrechtsschutz zugänglich.

142 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 14; *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 10.

143 Zum Begriff der aleatorischen Computerkunst vgl. *Rau*, S. 14.

144 Vgl. *Fromm*, GRUR 1964, S. 304 (305 f.).

schine selbst zur Erzeugung von Immaterialgütern fähig ist, spielt aus urheberrechtlicher Sicht keine Rolle. Der „Schöpfer“ der Maschine ist nicht Urheber an deren Erzeugnissen, da die Gestaltung selbst nicht seiner geistig-individuellen Tätigkeit entstammt<sup>145</sup>. Da das deutsche Urheberrecht jedoch nur „das Werk“ und nicht „solche Werke“ schützt, kann das Schutzobjekt stets nur ein konkretes Produkt geistiger Leistung sein, nicht aber alle Erzeugnisse, die auf eine „antizipierten Geistesleistung“ (Konstruktion der Maschine) zurückgehen<sup>146</sup>.

Eine Maschine selbst kann natürlich keine Geistesleistungen erbringen. Rein maschinell erzeugten Werken, wie etwa den „*computer-generated-works*“, fehlt es daher auch an einem weiteren Merkmal des Werkschaffens: der menschlich-gestalterischen Tätigkeit des Urhebers<sup>147</sup>.

## bb) Der geistige Gehalt

Zweites Tatbestandsmerkmal bei der Bestimmung der Schutzfähigkeit ist der „geistige Gehalt“. Welche Bedeutung diesem Aspekt für die Wesensdefinition des Werkes zukommt, wird nicht einheitlich beurteilt<sup>148</sup>. Jedenfalls erfordert die Werkeigenschaft hiernach ein Erzeugnis, das auf einer geistigen Anstrengung beruht und nicht ein – menschlich erzeugtes – reines Zufallsprodukt darstellt<sup>149</sup>. Dieser Aspekt ergänzt damit gewissermaßen das Merkmal der persönlichen Schöpfung. Wird mit jenem als erste Einschränkung das menschliche vom maschinellen oder tierischen Erzeugnis in schutz- und schutzunfähig differenziert, verengt das Merkmal des geistigen Gehalts diesen Filter dadurch, dass auch solche menschlichen Erzeugnisse aus-

145 Würde das Urheberrecht dagegen auf das Werk und dessen Schutzbedürftigkeit oder – würdigkeit fokussieren, könnte die Beurteilung durchaus anders ausfallen.

146 Zum Tatbestandsmerkmal der wahrnehmbaren Formgebung siehe sogleich, Punkt I.B.c.4.c.cc).

147 Allgemeine Meinung, vgl. *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 12; v. *Gamm*, § 2, Rdnr. 12; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 12; *Ulmer*, S. 127 f.

148 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 18 ff.; *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 10. *Rehbinder*, Rdnr. 148 beschreibt dies damit, dass „ein geistiger Inhalt gedanklicher oder ästhetischer Natur, der zum Ausdruck gebracht wird“ erforderlich sei. *Ulmer*, S. 133, sieht in diesem Merkmal ein qualitatives Abgrenzungsmerkmal, wenn er ausführt: „Durch das Merkmal der geistigen Schöpfung heben sich die Werke von allem ab, was in der Masse aufgeht, was auf bloßer Schablone beruht.“ Die Ansicht von *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 5 – 7, nach der das Urheberrecht dem „Schutz qualifizierter menschlicher Kommunikation“ diene, soll unter dem Aspekt der Individualität/Schöpfungshöhe (vgl. unten Punkt dd) und ee) dargestellt werden, wenngleich *Schricker* die Ansicht vertritt, das Merkmal der „Geistigkeit“ sei der zentrale Aspekt des Werkbegriffes.

149 Ein solches entstände beispielsweise, wenn man Farbe willkürlich auf eine Leinwand werfen würde. Dies und weitere Beispiele finden sich bei *Fromm/Nordemann-Vinck*, § 2, Rdnr. 10.

gegrenzt werden, die durch ungesteuerte Handlungen – etwa in Trance<sup>150</sup> oder beim absichtlich mit geschlossenen Augen gefertigten Gekritzeln – entstanden sind.

Auffällig angesichts der später zum Merkmal der Individualität aufgezeigten Meinungsverschiedenheit ist an dieser Stelle, dass nach der Rechtsprechung<sup>151</sup> und Teilen der Literatur<sup>152</sup> der geistige Gehalt dergestalt im Werk zum Ausdruck kommen muss, dass ein Gedanken- oder Gefühlsinhalt mitgeteilt wird. *Schack*<sup>153</sup> erläutert dies wie folgt:

„Zur geistigen Schöpfung wird es {*das Werk*} erst, wenn es als Ausdruck des individuellen Geistes gewollt und empfunden wird. Das Werk besitzt eine Ausstrahlung, die über seine objektive Eigenartigkeit hinausgeht; es steht etwas – genauer: jemand – dahinter“.

Der Bundesgerichtshof führte in seiner Entscheidung Einheitsfahrchein<sup>154</sup> aus:

„Voraussetzung für einen Schriftwerkschutz derartiger ausschließlich für praktische Gebrauchszwecke bestimmter Formulare ist jedoch, dass sie als solche durch das Mittel der Sprache einen Gedankeninhalt wahrnehmbar machen und hierbei eine schöpferische geistige Leistung zutage tritt“.

Weiter heißt es hier:

„Entscheidend bleibt jedoch stets, dass eine schöpferische geistige Leistung in dem fraglichen Formular selbst ihren erkennbaren Niederschlag gefunden hat“<sup>155</sup>.

Und weiter:

150 A. A. *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 11, die einer Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts (ZUM 1991, S. 236 ff.) zustimmen, nach der ein in Trance Handelnder Urheberrechtsschutz genießen solle. Die diesem Urteil im Rahmen der Ausführungen zum Merkmal der persönlichen Schöpfung erteilte Zustimmung vermag zu verwundern, wird bezüglich der geistigen Schöpfung vehement vertreten, dass menschliche Schöpfungen, selbst wenn diese in gewisser Weise gezielt entstehen, dann nicht schutzfähig sein sollen, wenn der Mensch hierfür nicht seine Kreativität oder Geistestätigkeit einsetzt (bspw. der Komponist, der die Tonfolge durch Würfeln ermittelt). Konsequenterweise kann man zwar sagen, dass es in Trance entstandenen Reden, wie in dem o. g. Fall, der von einem schweizerischen Gericht entschieden wurde, zwar nicht am Merkmal der persönlichen Schöpfung mangelt, es aber – ohne den Zustand der Trance hier medizinisch-wissenschaftlich definieren zu wollen oder zu können – im Zweifel an der gezielten menschlichen Geistesanspannung im Sinne einer geistigen Schöpfung und somit an der Urheberrechtsschutzfähigkeit mangeln dürfte.

151 BGHZ 18, S. 175 (177) – Werbeidee; BGHZ 39, S. 306 (308) – Rechenschieber; OLG München, GRUR 1992, S. 510 (511) – Rätsel.

152 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 18; *Rehbinder*, Rdnr. 148; *Schack*, Rdnr. 157. Andere Autoren setzen sich hiermit nicht ausdrücklich auseinander, so etwa *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 10. Unklar bleibt, an welcher Stelle dieser Ausdruck zu Tage treten muss.

153 *Schack*, Rdnr. 157.

154 BGH, GRUR 1959, S. 251.

155 BGH, GRUR 1959, S. 251.

„Der Gedankeninhalt, der in dem Formular selbst durch Sprachzeichen niedergelegt und sinnlich wahrnehmbar gemacht worden ist, muss unterschieden werden von der geistigen Tätigkeit, die dem Entwurf des Formulars vorausgegangen ist, aus ihm selbst aber nicht erkennbar ist.“<sup>156</sup>

Auffällig sind diese Ausführungen deshalb, da weder durch Rechtsprechung noch durch Schrifttum problematisiert wird, wie man in Grenzfällen einen solchen geistigen Gehalt praktisch ermitteln kann, ein Punkt, dem im Rahmen der Individualitätsprüfung erhebliche Bedeutung beigemessen wird. Im Einzelnen wird hierauf unten einzugehen sein.

In welcher Form oder mit welchem Mittel der geistige Gehalt zum Ausdruck kommt, hängt von der Art des Werkes ab. Dies geschieht z. B. bei Sprachwerken durch das Mittel der Sprache oder bei Werken der Musik durch das Mittel der akustisch wahrnehmbaren Tonfolge, mittels derer die Gedanken und Gefühle des Künstlers dem Hörer vermittelt werden<sup>157</sup>.

### cc) Sinnlich wahrnehmbare Formgestaltung

Die Merkmale des geistigen Gehalts und der Formgestaltung sind nicht klar gegeneinander abzugrenzen, da der geistige Gehalt die Formgestaltung braucht, um ausgedrückt und so vom Betrachter, Hörer, Leser etc. wahrgenommen werden zu können. Jedenfalls kann Urheberrechtsschutz nur genießen, was eine konkrete Ausgestaltung gefunden hat<sup>158</sup>. In keinem Fall schutzfähig sind daher die allgemeinen Gedanken oder Ideen, die hinter der Ausformung eines Geisteswerkes stehen<sup>159</sup>. Diese können nur Grundlage eines Werkes sein.

Es war lange Zeit umstritten, ob neben der konkreten Form<sup>160</sup> auch der Inhalt oder bestimmte inhaltliche Elemente dem Urheberrecht unterfallen oder ob grundsätzlich

156 BGH, GRUR 1959, S. 252.

157 Vgl. auch *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 12, die das Merkmal des geistigen Gehalts als „geistig-ästhetische Wirkung“ bezeichnen.

158 Statt Vieler: *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 43.

159 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 37 ff.

160 Man differenziert weiter zwischen „innerer“ und „äußerer“ Form: „Äußere Form ist die am Ausdrucksmittel orientierte Gestaltung, wie die Sätze eines Schriftwerkes, die Tonfolge eines musikalischen Werkes oder die Bildfolge eines Films“, heißt es bei *Rehbinder* (Rdnr. 48). Die innere Form ist gewissermaßen die innere Ordnung einer geistigen Mitteilung. „Sie besteht im Plan, in der Gedankenabfolge und Beweisführung eines wissenschaftlichen Werkes, im Geschehensablauf und in der Gestaltung der Personen eines Romans, in der Komposition eines Gemäldes, in der Abfolge eines musikalischen Werkes oder in der Szenen- und Bilderfolge eines Films“ (*Rehbinder*, Rdnr. 49). Während die äußere Form tendenziell mehr statische Vorgaben enthält, die sich eines Schutzes entziehen und somit umgekehrt weniger Potenzial für

zwischen schutzfähiger Form und schutzunfähigem Inhalt unterschieden werden kann oder muss<sup>161</sup>.

Nach der ehemals h. M.<sup>162</sup> schützt das Urheberrecht nur die Form und nicht den Inhalt. Der Inhalt müsse ungeschützt bleiben, da er sich aus nicht schützba- ren Elementen des Allgemeinguts zusammensetzt. Auch wenn dies in vielen Fällen zutref- fen mag<sup>163</sup>, erfasst diese Ansicht nicht die vielen Facetten geistigen Schaffens und wird mittlerweile wohl einhellig abgelehnt.

Die heute h. M. in Literatur<sup>164</sup> und Rechtsprechung<sup>165</sup> hat sich nach *Ulmer*<sup>166</sup> von der Abgrenzung „Form – Inhalt“ gelöst und sich der Unterscheidung „vorgegebener Stoff – individuelle oder schöpferische Leistung“ zugewendet. Sinn und Zweck des geltenden Urheberrechts ist der Schutz der eigenschöpferischen Leistungen des Ur- hebers. Vor diesem Hintergrund muss auch der Inhalt schutzfähig sein, soweit er sich als eine solche Leistung darstellt. Dies ist zumindest in den Fällen denkbar, in denen der Inhalt unmittelbar in der wahrnehmbaren Form seinen Ausdruck findet oder durch die besondere Art der Darstellung individuell gestaltet wurde<sup>167</sup>.

Geht man von einem naturrechtlichen Ansatz des Schutzes von geistigem Eigen- tum aus, ist diese Beurteilung zwingend. Was der Urheber aus sich heraus geschaf- fen hat, ist ihm zuzuordnen und untersteht seinem Ausschließlichkeitsrecht. Nur das nicht auf die individuelle Leistung des Urhebers Zurückgehende kann hiernach frei- es Allgemeingut bleiben<sup>168</sup>.

eine individuelle Gestaltung bereitstellt, ist die innere Form nahezu frei von bestehenden Vorgaben und bietet daher viele Entfaltungsmöglichkeiten für den schöpferischen Geist.

161 Nach der älteren Lehre und Rechtsprechung war der Inhalt grundsätzlich vom Urheberrechts- schutz ausgeschlossen, vgl. RGZ 63, S. 158 ff. – Durchlaucht Radieschen; RGZ 82, S. 16 ff. – Die lustige Witwe jeweils zur Abgrenzung freie Benutzung und Bearbeitung. Anders je- doch das KG, GRUR 1926, S. 441 (443) – Alt Heidelberg – Jung Heidelberg, das auch den gedanklichen und gefühlsmäßigen Inhalt als schutzfähig ansah und demzufolge in der Über- nahme dieser Elemente eine Urheberrechtsverletzung sah. Siehe auch *Ulmer*, S. 119 ff. m. w. Nachw. *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 128 ff.

162 *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 128 ff.

163 So besteht etwa der Inhalt bei wissenschaftlichen Werken im Zweifel aus Lehren, Naturgeset- zen, Konzepten und dergleichen, die nicht schutzfähig sind.

164 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 55, 57 ff. und 81 ff.; *Hubmann*, S. 35; *Rehbinder*, Rdnr. 51.

165 OLG München GRUR 1956, S. 432 (434) – Solange Du da bist; OLG Karlsruhe GRUR 1957, S. 395 (396) – Troztkopf; OLG Karlsruhe ZUM 1996, S. 810 (815 f.) – Laras Tochter. In BGH GRUR 1959, S. 379 (381) – Gasparone, m. Anm. *Ulmer* wird zwar ausgeführt, dass die bloße Idee nicht schutzfähig sei, aber dennoch die Einfügung eines „bestimmten Einfalls“ in einen Handlungsablauf, der Gang der Handlung, die Rollenverteilung und Charakteristik der handelnden Personen dem Urheberrechtsschutz zugänglich seien.

166 *Ulmer*, S. 119 ff.

167 Vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 43.

168 Der Bundesgerichtshof hat dem nicht immer Rechnung getragen. Insbesondere in Bezug auf wissenschaftliche und technische Werke wurden z. T. andere Maßstäbe angewendet (vgl.

Als Beispiel für einen urheberrechtlich geschützten Inhalt wird häufig die Fabel bei literarischen Werken genannt<sup>169</sup>. Neben den nicht schutzfähigen Elementen des verarbeiteten Stoffes oder den geschichtlichen oder sonstigen tatsächlichen Hintergründen ist die Fabel, also etwa die ersonnenen Charaktere und ihr Beziehungsgeflecht, das Milieu und das Handlungsgefüge einer Dichtung, ein Teil des Inhalts, der durchaus eigenschöpferische, individuelle Züge tragen und somit auch geschützt sein kann<sup>170</sup>. Der Inhalt ist hier besonders eng mit der Formgestaltung verknüpft, die darin liegt, den Gedankeninhalt durch Schrift- oder andere Zeichen äußerlich erkennbar zu machen<sup>171</sup>.

Das Vorliegen einer konkreten Formgestaltung im urheberrechtlichen Sinne hängt davon ab, ob das Werk für die menschlichen Sinne wahrnehmbar gemacht wurde. Wie dies erfolgt, hängt wiederum von der Werkart und der Art der Rezeption ab<sup>172</sup>. Es kommt jedoch nicht darauf an, dass das Werk eine körperliche Festlegung erfahren hat. Dies ist die konsequente Weiterführung des Grundsatzes, dass Gegenstand des Urheberrechts ein immaterielles Gut ist, welches sich von seinem physischen Träger unterscheidet, „der meistens, aber nicht immer dessen Seinsfundament bildet“<sup>173</sup>. Auch ist bedeutungslos, ob das Werk unmittelbar wahrgenommen werden kann oder nur mittelbar unter Zuhilfenahme technischer Einrichtungen den menschlichen Sinnen zugänglich gemacht wird<sup>174</sup>, wie es bei der Speicherung von Daten auf einem Datenträger oder im Internet der Fall ist.

Problematisch und umstritten ist und war die Frage, welche Gestaltung das Computerprogramm ausmacht bzw. was durch den urheberrechtlichen Softwareschutz erfasst wird. Die hinter dem Programm stehende Rechenregel, der Algorithmus, stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine rein wissenschaftliche

BGH GRUR 1984, S. 659 (660) – Ausschreibungsunterlagen; GRUR 1986, S. 739 (740) – Anwaltsschriftsatz; BGH GRUR 1987, S. 704 (705) – Warenzeichenlexika; GRUR 1991, S. 130 (132 f.) – Themenkatalog; GRUR 1993, S. 34 (36) – Bedienungsanweisung; GRUR 1994, S. 39 (39) – Buchhaltungsprogramm). Diese Abweichung von der Regel ist wohl vorrangig auf die Tatsache zurückzuführen, dass wissenschaftliche Lehre und Ergebnis in besonderem Maße Freihaltungsbedürftig sind (so ausdrücklich der BGH, u. a. in GRUR 1981, S. 352 (353) – Staatsexamensarbeit). *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 57 ff. kritisieren die Ungleichbehandlung von wissenschaftlichen und technischen Werken als dogmatisch unbefriedigend. Im Übrigen bestehe auch kein Freihaltebedürfnis, da die Praxis zeige, dass Auschlussrechte generell nicht in Bezug auf die theoretischen Inhalte oder allgemeine Thesen und Lehren geltend gemacht würden, sondern nur bezogen auf das jeweilige Werk.

169 Vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 43. Zur besonders gelagerten Problematik des Inhaltsschutzes bei wissenschaftlichen Werken, vgl. *Haberstumpf*, ZUM 2001, S. 819 ff.

170 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 52.

171 BGH GRUR 1981, S. 352 (353) – Staatsexamensarbeit; GRUR 1961, S. 85 (87) – Pfißikus-Dose; OLG München, GRUR 1992, S. 510 – Rätsel.

172 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 13.

173 So *Kopff*, GRUR Int. 1983, S. 351 (352).

174 So schon BGHZ 37, S. 1 (7) zu Fernseh-Livesendungen.

Lehre dar, die nicht monopolisiert werden dürfe, sondern frei und für jedermann zugänglich sein müsse<sup>175</sup>. Geschützt wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs daher nur die Form der Darstellung, d. h. die Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials<sup>176</sup>. Hierin liegt einer der wesentlichen Kritikpunkte bei dem urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen begründet, da bei solchen Produkten, wie auch bei vielen anderen Erzeugnissen der Informationstechnologie, die auf einer digitalen Programmierung basieren, das Besondere und auch der Wert in erster Linie im – eigentlich – nicht schützbaeren Inhalt („Know-how“) und nicht in der Form (Darstellung) liegt<sup>177</sup>.

Ebenso wie bei den Computerprogrammen muss das Vorliegen einer ausreichenden Formgestaltung auch bei anderen Werkarten am Einzelfall überprüft werden. Hierbei kann auf durch Rechtsprechung und Literatur entwickelte Kriterien zurückgegriffen werden, die hier jedoch nicht im Einzelnen dargestellt werden sollen<sup>178</sup>.

#### dd) Der Begriff der Individualität

Nach ganz h. M. folgt aus dem Begriff der „persönlichen“ Schöpfung in § 2 Abs. 2 UrhG, dass nur „individuelle“ Geisteswerke schutzfähig sein können<sup>179</sup>. Obgleich nicht explizit im Gesetz genannt, ist die Individualität das zentrale Kriterium des Werkbegriffs. Über seine Funktion als schutzbereichsbegrenzendes Tatbestandsmerkmal<sup>180</sup> hinaus ist an dem Aspekt der Individualität nicht nur das Wesen des Schutzgegenstandes, sondern auch die Zielrichtung des Urheberrechts abzulesen. Es verkörpert die positivrechtliche Realisierung tragender Wesensmerkmale des

175 BGH GRUR 1985, 1041 (1047) – Inkassoprogramm mit Verweis auf die ständige Rechtsprechung. Differenzierend *Haberstumpf*, ZUM 2001, S. 819 (822), der zwischen „konkreten“ und allgemeinen Algorithmen unterscheidet.

176 BGH GRUR 1985, 1041 (1047) – Inkassoprogramm.

177 Dies hat den Bundesgerichtshof in früheren Entscheidungen auch zu der Erkenntnis geführt, dass Computerprogramme nicht urheberrechtsschutzfähig seien, sondern eher dem Patentrecht nahe stünden, vgl. BGH NJW 1981, S. 2684 f.; vgl. auch *Bornmüller*, S. 117 ff. (119); *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 114 ff. Vgl. eingehend hierzu unten, Teil 2, Punkt II.C).

178 Eingehend hierzu *Schulze*, Zweiter Teil, S. 46 ff. Siehe hierzu auch die Ausführungen in Teil 2.

179 Vgl. statt vieler: *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 23.

180 Die Bedeutung des Individualitätsbegriffs als Schutzfähigkeits- und Schutzzumfangskriterium verringert sich bedeutend, wenn man der Auffassung folgt, der Begriff der „Schöpfung“ an sich impliziere bereits, dass der Urheberrechtsschutz nur solche geistigen Erzeugnisse erfasse, die in gewissem Maße neu bzw. anders als das Vorbestehende sind (so *Thoms*, S. 247; *Schulze*, S. 139). Es bedarf dann keiner Interpretation des Individualitätsbegriffs in Richtung einer *de minimis*-Beschränkung des Schutzbereichs mehr, wie sie die Theorien von einem werkbezogenen Verständnis dieses Tatbestandsmerkmals scheinbar zu konstruieren suchen (siehe hierzu unten, Punkt I.B.4.c. ee).

*Droit D'Auteur*. Gleichsam lassen sich im Rahmen eines internationalen Vergleichs von Copyright- und *Droit D'Auteur*-Systemen am Merkmal der Individualität sehr anschaulich die unterschiedlichen Ausrichtungen der beiden Systeme, gewissermaßen als Realisierung der unterschiedlichen Begründungsansätze und Schutzzwecke, verdeutlichen.

Die Definition des Begriffs „Individualität“ gestaltet sich schwierig, da die Terminologie in hohem Maße mehrdeutig ist und so kaum zu einer Konkretisierung des Schutzgutes geeignet erscheint<sup>181</sup>. Dies zeigt sich u. a. daran, dass in der vielfältigen Literatur und Rechtsprechung, z. T. sehr uneinheitlich mit dem Begriff der Individualität umgegangen wird, ohne dass hierüber jedoch eine offene Kontroverse geführt würde. Im Ergebnis können unter den verschiedenen Ansätzen definitorischer Versuche des urheberrechtlichen Individualitätsbegriffes zwei Grundströmungen ermittelt werden, die auf äußerst unterschiedlichen Grundpositionen beruhen.

Während der eine, in erster Linie durch Rechtsprechung und praxisnahe Literatur vertretene, Ansatz bei der Bestimmung einer „individuellen Leistung“ an werkbezogenen, also außerhalb der Person des Urhebers angesiedelten Faktoren anknüpft, sollen nach dem anderen Ansatz mehr urheberbezogene Faktoren, also solche, die in der Person des Urhebers ihren Ursprung haben, für die Bestimmung der individuellen Schöpfung maßgeblich sein<sup>182</sup>. Daneben finden sich Äußerungen sowohl in Schrifttum als auch in Rechtsprechung, deren Tendenz man nicht erkennen kann, da hier beide Ansätze vermengt werden. Dies wird z. T. darauf zurückzuführen sein, dass urheberbezogene Merkmale praktisch schwieriger nachzuweisen sind und man sich daher auf die Prüfung objektiver Faktoren verlegt oder versucht, solche anhand von als kongruent verstandenen werkbezogenen Faktoren nachzuweisen.

Dies aufzulösen erscheint im vorliegenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung. Eine Analyse des Verständnisses vom Schutzgegenstand verheißt einerseits mögliche Rückschlüsse auf die dahinter liegende Vorstellung vom Wesen des deutschen Urheberrechts an sich und ermöglicht andererseits die Darstellung des wohl wesentlichsten Regelungsaspektes – die Abgrenzung zwischen geschütztem und ungeschütztem Bereich. Das Merkmal der Individualität ist für diese Grenzziehung von elementarer Bedeutung. An dessen Vorliegen entscheidet sich nicht nur, ob ein

181 So auch *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 18.

182 Die Begriffe „werkbezogen“ und „urheberbezogen“ sollen hier also nicht bezogen auf die Bestimmbarkeit der Merkmale einer persönlichen geistigen Schöpfung verstanden werden. Ob ein Erzeugnis geschützt ist, muss objektiv bestimmbar sein, will man nicht der Ansicht von *Kummer* (S. 75) folgen, die dazu führt, dass der Urheber selbst subjektiv bestimmen kann, ob urheberrechtlicher Schutz gewährt werden kann. Siehe hierzu auch *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 5. Soweit die Bezeichnung „urheberbezogen“ für die Werkqualität charakterisierende Merkmale enthält, handelt es sich hierbei dennoch um solche, die das Werk selbst beschreiben. „Urheberbezogen“ werden im Folgenden solche Aspekte bezeichnet, welche sich (in Abgrenzung zu „werkbezogenen“ Merkmalen) auf die Annahme persönlicher Bindungen zwischen Urheber und Werk beziehen.

Geisteswerk geschützt wird, sondern – ggf. – auch, auf welche Bestandteile sich der Schutz bezieht<sup>183</sup> und wie weit der Schutzbereich des jeweiligen Werkes ist<sup>184</sup>, mit- hin in welchem Maß der Urheber z. B. gegen Nachschöpfungen gesichert ist<sup>185</sup>

(1) Der werkbezogene Ansatz

(a) Handhabung durch den Bundesgerichtshof

(aa) „Quantitative“ und „qualitative“ Individualität

Im rein werkbezogenen Sinne versteht v. a. die deutsche Rechtsprechung das Merkmal der Individualität als eine Art „quantitativer“ Individualität einerseits und „qualitativer“ Individualität andererseits<sup>186</sup>. Der Bundesgerichtshof vergleicht im Rahmen der Prüfung häufig zunächst das streitige Erzeugnis mit vorbestehenden Werken der gleichen Gattung, um dessen Eigenständigkeit zu überprüfen. Dies geschieht mittels der Feststellung, in welchen und in wie vielen Elementen (im Sinne einer „quantitativen Individualitätsprüfung“) sich die verglichenen Erzeugnisse unterscheiden<sup>187</sup>.

183 So ist anerkannt, dass auch Werke geringen Umfangs geschützt sein können. Dies kann beispielsweise für Werbeslogans (vgl. hierzu *Erdmann*, GRUR 1996, S. 550 (553); *Hertin*, GRUR 1997, S. 799 (802); *Schricker*, GRUR 1996, 815 (820) oder für (auch kleine) Werkteile gelten (allgemeine Meinung, vgl. BGH GRUR 1975, S. 667 (668) – Reichswehrprozess und weitere Nachweise bei *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 13, 76 ff.).

184 Vgl. BGH GRUR 1981, S. 352 (353 ff.) – Staatsexamensarbeit.

185 Immerhin dient der Begriff der Individualität auch zur Abgrenzung zwischen einer Bearbeitung (§ 23 UrhG), deren Verwertung und – je nach Werkart – auch Erstellung der Zustimmung des Originalurhebers bedarf und einer freien Benutzung (§ 24 UrhG), die aus dem Schutzbereich herausfällt. Nach dem BGH (GRUR 1991, S. 531 (532) – *Brown Girl I*) handelt es sich nur dann um eine freie Benutzung, wenn die individuellen Züge des Urhebers des benutzten Werkes hinter denen des Bearbeiters verblasen. Folglich kommt es bei der Abgrenzung auch wesentlich auf das Maß der Individualität (die sog. „Gestaltungshöhe“) des Ursprungswerkes an. „Je auffallender die Eigenart des als Vorlage benutzten Werkes ist, umso weniger werden dessen übernommene Eigenheiten in dem danach geschaffenen Werk verblasen“, führt der BGH (ebd.) aus.

186 Vgl. *Schulze*, S. 131 f.; *Hartmann*, UFITA 122 (1993), S. 57 (62 ff.).

187 Vgl. etwa BGH, GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso Programm.

In einem zweiten Schritt wird dann geprüft, ob sich das betreffende Geisteswerk vom Normalen, Alltäglichen oder Handwerklichen mehr oder weniger stark abhebt („qualitative“ Individualitätsprüfung)<sup>188</sup>. Auch hierbei werden zumeist bereits existierende Schöpfungen mit dem streitigen Werk verglichen<sup>189</sup>. In diesem Zusammenhang verwendet, ist der Begriff „individuell“ gleichbedeutend mit „besonders“, „originell“<sup>190</sup>, „speziell“, „objektiv einmalig“ oder gar „neu“, wobei auch diese Begriffe zumeist viele Interpretationsmöglichkeiten eröffnen. Schutzfähig ist danach jedenfalls nur, was sich durch Form und/oder Inhalt vom Hergebrachten und vom Gewöhnlichen unterscheidet.

## (bb) Erfordernis einer objektiven Neuheit

Obwohl sich hier auf den ersten Blick die Parallele zum patentrechtlichen Neuheitsbegriff aufdrängt, lehnen Rechtsprechung und Vertreter des objektiven Ansatzes in der Literatur einheitlich ab, die objektive „Neuheit“ als Schutzkriterium im Urheberrecht zu verstehen<sup>191</sup>.

Dies erklärt sich vor dem Hintergrund eines individualrechtlich-rechtsphilosophischen Verständnisses des Urheberrechts wiederum von selbst. Wenn der Urheber Schutz an allen Immaterialgütern genießen soll, denen er seine Individualität aufgeprägt hat, kann es nicht darauf ankommen, ob diese objektiv neu sind. Ein solches Abgrenzungsmerkmal könnte der Schutzfähigkeit nur dann zugrunde gelegt werden, wenn der Urheberrechtsschutz auf dem Belohnungsgedanken basierte. In diesem Falle „verdiente“ der Urheber eines Immaterialgutes solange keinen Schutz, wie dies keine Bereicherung darstellt. Ist das Werk bereits in dieser Form existent, fehlt es an einer solchen Bereicherung. Im Umkehrschluss verdeutlicht die Tatsache, dass es für den Urheberrechtsschutz eben nicht auf die objektive

188 Vgl. mit weiteren Nachweisen *Erdmann*, Urheberrecht und Geschmacksmusterrecht, S. 19 ff.

189 Ständige Rechtsprechung vgl. z. B. BGH GRUR 1958, S. 562 (563) – Candida-Schrift; BGH MMR 1999, S. 470 ff. (471) – Tele-Info-CD, m. Anm. *Wiebe* (S. 474 ff.) und *Gaster* (S. 543 f.). Bei den meisten Streitigkeiten über die Schutzfähigkeit scheint es maßgeblich um das qualitative Element der Individualität zu gehen, da diese zumeist um Erzeugnisse der kleinen Münze geführt werden.

190 Wobei auch der Begriff der „Originalität“ vielen Interpretationsmöglichkeiten Raum lässt. So beschreibt der Terminus im *Droit D’Auteur* System Frankreichs („*Originalité*“) den Aspekt einer persönlichen Prägung des Werkes durch den Urheber. Dagegen ist das Merkmal im englischen Copyright („*original works of authorship*“) erfüllt, wenn vom Urheber ein Minimalmaß an „*labor, skill and judgment*“ bei der Werkschöpfung angewendet wurde, vgl. hierzu unten Kapitel 3, Punkt III.A) und *Schack*, Rdnr. 163.

191 BGH GRUR 1982, S. 305 (307) – Büromöbelprogramm; GRUR 1979, S. 332 (336) – Brombeerleuchte; GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso-Programm; *Fromm/Nordemann-Vinck*, § 2 Rdnr. 8 f.; v. *Gamm*, § 2 Rdnr. 15; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 41.

Neuheit ankommen soll, die Sonderstellung des Werkes als personenbezogenes, affines Immaterialgut. Auf die der Rechtsklarheit und Markttransparenz sicherlich dienliche Ausschlusswirkung des Schutzrechts wird im geltenden deutschen Urheberrecht zu Gunsten entgegenstehender, eher idealisierender Aspekte bewusst verzichtet<sup>192</sup>. Der wesensmäßige Unterschied des Urheberrechts zu den gewerblichen Schutzrechten tritt hierin klar zu Tage.

(cc) Erfordernis einer „subjektiven Neuheit“

Statt also auf die Neuheit im objektiven Sinne abzustellen, wie sie im Patentrecht unter dem Gesichtspunkt der Nichtzugehörigkeit zum Stand der Technik verlangt wird, soll nach deutschem Recht eine „subjektive“ Neuheit erforderlich sein. Subjektive Neuheit bedeutet in diesem Sinne, dass der Urheber eine bereits existierende Gestaltung weder bewusst noch unbewusst übernommen haben darf. Soweit dies der Fall ist, scheidet hiernach eine „individuelle“ Schöpfung aus, da der verkörperte individuelle Geist der eines anderen sei. Es soll dabei keine Rolle spielen, ob der Urheber das andere Werk gezielt nachgeahmt oder verwendet hat. Auch die unbewusste Übernahme fremden Gutes – sofern eine solche überhaupt denkbar ist – sei keine individuelle Schöpfung<sup>193</sup>.

192 Das Urheberrecht entfaltet nach ganz h. M. und Rechtsprechung keine Ausschlusswirkung in Form einer Priorität, die Nachschöpfungen entgegengehalten werden könnte, vgl. BGH GRUR 1971, S. 266 (268) – Magdalenenarie; BGH GRUR 1988, S. 812 (814) – Ein bisschen Frieden, m. Anm. *Schricker*; *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 8; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 41; *Möhring/Nicolini-Ahlberg*, § 2, Anm. 10 d. Dieser Unterschied zu den gewerblichen Schutzrechten resultiert auf folgender Tatsache: Im Immaterialgüterrecht existieren zwei unterschiedliche Schutzsysteme, und zwar ein partikuläres Schutzsystem, in dem das ausschließliche Recht nur jeweils einem Berechtigten zustehen kann, und ein universelles Schutzsystem, in dem jedem Schöpfer ein ausschließliches subjektives Recht zusteht, unabhängig davon, ob es nur das eine Werk oder mehrere anschauungsgleiche Werke gibt (*Kopff*, GRUR Int. 1983, S. 353). Anschauungsgleich bedeutet, dass zwei Erzeugnisse zwar im Detail unterschieden werden können, dies aber in der Praxis aufgrund deren Komplexität oder der Geringfügigkeit der Differenz nicht mehr festzustellen ist. Dadurch gehen von den zu unterscheidenden Kategorien von Immaterialgüterrechten unterschiedliche Wirkungen aus. Entweder das Recht entfaltet eine Sperrwirkung oder es bleibt gegenüber einer Doppelschöpfung neutral. Es steht zu erwarten, dass der technisch-wissenschaftliche Fortschritt immer mehr zum Entstehen unabhängig voneinander geschaffener anschauungsgleicher Güter führen wird. Es ist damit von entscheidender Bedeutung, dass der Gesetzgeber bei der Einfügung neuer Technologien in die bestehenden Gesetze sehr sorgfältig vorgeht. Ansonsten könnte die Ausschlusswirkung des Monopolrechts zu einem nicht gewollten Hemmschuh für die Innovation in einem bestimmten Industriebereich werden.

193 BGH GRUR 1971, S. 266 (268) – Magdalenenarie; GRUR 1988, S. 810 (811) – Fantasy; GRUR 1988, S. 812 (813 f.) – Ein bisschen Frieden; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 41);

Auch ein Schutzfähigkeitsmerkmal der „subjektiven Neuheit“ fügt sich in die rechtsontologische Sicht des Urheberrechts nahtlos ein. Eine persönliche Beziehung zwischen Urheber und dessen „geistigem Kinde“ kann nur in diesem Verhältnis bestehen. Selbst wenn ein anderer sich der Nachahmung oder Übernahme nicht bewusst ist, kann er das Werk nicht mehr durch seinen individuellen Geist prägen, da es schon eine – einmalige – Prägung erfahren hat.

(dd) Nachweis der subjektiven Neuheit anhand objektiver Neuheitskriterien

Das Vorliegen einer subjektiven Neuheit ist – wie alle personenbezogenen Tatbestandsmerkmale – gerichtlich nur schwer überprüfbar. Die Rechtsprechung bedient sich daher objektiv nachweislicher Kriterien, denen indizielle Bedeutung für das Vorliegen einer subjektiven Neuheit beigemessen wird.

Im Rahmen einer solchen Prüfung werden die beiden streitbefangenen Werke auf ihre Gemeinsamkeiten hin untersucht. Wird ein gewisser Grad an Kohärenz festgestellt, gehen die Gerichte von einer starken Indizwirkung aus, die auf eine unzulässige Verwendung des älteren Werkes schließen lasse<sup>194</sup>. Es wird sogar das Vorliegen eines Anscheinsbeweises für das Plagiat angenommen<sup>195</sup>. Hierhinter steht die Annahme, dass zufällige Doppelschöpfungen<sup>196</sup>, also voneinander unabhängig geschaffene Werke mit weit gehend identischen charakteristischen Zügen, im Allgemeinen nicht denkbar sind<sup>197</sup>. Das Urheberrecht verleiht dem Rechtsinhaber damit faktisch ein rechtliches Monopol, man könnte von einem „Quasi-Monopolrecht“ sprechen<sup>198</sup>.

v. *Gamm*, § 2, Rdnr. 13. Es zeigt sich hieran, dass das Merkmal der subjektiven Neuheit zweierlei Bedeutung hat. Zum einen wird dies zur Bestimmung der Schutzfähigkeit verwendet und zum anderen bei der Abgrenzung von Bearbeitungen zu freien Benutzungen.

194 BGH GRUR 1971, S. 266 (268) – Magdalenenarie; BGH GRUR 1981, S. 267 (269) – Dirlada; BGH GRUR 1988, S. 812 (814) – Ein bisschen Frieden, m. Anm. *Schricker*.

195 BGH GRUR 1988, S. 812 (814) – Ein bisschen Frieden, m. Anm. von *Schricker*; hierzu auch *Fuchs*, S. 73. Der Beklagte muss dann beweisen, dass es sich um eine zufällige Doppelschöpfung handelt und den Anscheinsbeweis widerlegen, was kaum jemals möglich sein wird.

196 Zum Begriff vgl. *Schack*, Rdnr. 63.

197 Allerdings finden sich auch einzelne gerichtliche Entscheidungen über Werke der kleinen Münze, die eine solche Doppelschöpfung bejaht haben, vgl. Nachweise bei *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 17. Hierbei handelt es sich jedoch um seltene Ausnahmen.

198 Aufgrund der theoretischen Möglichkeit eines Schutzes der zufälligen Doppelschöpfung handelt es sich bei dem Urheberrecht dogmatisch gesehen nicht um ein echtes Monopolrecht am Werk. Das Urheberrecht schützt allein die individuelle Formgebung die das Werk ausmacht. Wenn an einer identischen Formgebung mehrere eigenständige Urheberrechte bestehen können, ist das gleiche Werk mehrfach geschützt. Der Urheber kann den anderen Urhebern mit hin die Nutzung nicht untersagen (*Dreier/Schulze-Schulze*, § 23, Rdnr. 29).

Faktisch führt diese Handhabung zur Obsolenz des Grundsatzes, dass die objektive Neuheit kein urheberrechtliches Schutzkriterium ist. Der zur Überprüfung durchgeführte Vergleich objektiver Merkmale begründet die Erforderlichkeit, dass das neuere Erzeugnis sich vom vorbestehenden Werkschaffen unterscheidet, mithin „neu“ ist<sup>199</sup>.

## (ee) Der Gestaltungsspielraum

Ein weiterer – werkbezogener – Aspekt für die Schutzfähigkeit ist nach der Rechtsprechung der „Gestaltungsspielraum“<sup>200</sup>. Bei der Formgebung des Stoffes muss der Urheber einen Spielraum für die Entfaltung seiner Individualität vorgefunden und ausgenutzt haben. Je nach Werkart, der zur Realisierung verwendeten Formensprache und Zweckgebundenheit des Werkes kann dieser Spielraum stark variieren. Je größer der Gestaltungsspielraum, desto eher ist die Schutzfähigkeit zu bejahen<sup>201</sup>.

Ein relativ großes Variationsspektrum besteht vor allem bei nicht zweckgebundenen Werken der Literatur und Kunst<sup>202</sup>. Der Grad an Variabilität verringert sich durch das Hinzutreten von „inneren“ und „äußeren“ Faktoren. Den Gestaltungsspielraum verringender innerer Faktor ist v. a. die verwendete Formensprache. So lassen Programmiersprachen, in denen Computerprogramme geschrieben werden, per se einen wesentlich geringeren Spielraum zu als „kommunikative“ Sprachen<sup>203</sup>. Hinzu tritt bei dieser Werkart, dass sie in hohem Maße funktionsdeterminiert und zweckgebunden ist. Aufgrund der Tatsache, dass Software darauf ausgerichtet ist, eine Aufgabe möglichst perfekt zu bewältigen, ist der Gestaltungsspielraum umso geringer<sup>204</sup>.

Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof in seiner Leitentscheidung „Inkasso-Programm“<sup>205</sup> statuiert, dass die den Urheberrechtsschutz bei Computerprogrammen begründende geistige Leistung in der „Form und Art der Sammlung,

199 Hierauf weist auch *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 529 (531) hin.

200 Ständige Rechtsprechung, vgl. BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso-Programm; GRUR 1987, S. 704 (706) – Warenzeichenlexika; GRUR 1991, S. 130 (133) – Themenkatalog; GRUR 1993, S. 34 (36) – Bedienungsanleitung; OLG Hamm, GRUR 1989, S. 501 (502) – Sprengzeichnungen; OLG Hamburg, ZUM 1989, S. 43 (45) – Gelbe Seiten; OLG Frankfurt, GRUR 1990, S. 124 (126) – Unternehmen Tannenberg; OLG Frankfurt, GRUR 1983, S. 753 (755) – Pengo; BAG, GRUR 1984, S. 429 (431) – Statikprogramme.

201 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 33.

202 So kann eine Geschichte schon bei einem geringen Komplexitätsgrad ohne Weiteres mit anderen Worten erzählt werden, eine Musik fast immer auf unterschiedliche Weise komponiert oder ein Film mit unterschiedlichen Ausdrucksmitteln erzählt werden.

203 Vgl. Marly, Urheberrechtsschutz, S. 114 f. und unten, Fn. 994.

204 Siehe hierzu unten, Teil 2, Punkt II.D.3.a).

205 GRUR 1985, S. 1041 ff.

Einteilung und Anordnung des Materials“ liege<sup>206</sup>. Für eine das Individualitätskriterium erfüllende Auswahl- und Einteilungsleistung könne jedenfalls bei nicht hinreichend konkretisiertem Programmablauf sowohl in Bezug auf die Problemanalyse, den Datenflussplan und den Programmablaufplan als auch auf die eigentliche Quellcodeprogrammierung u. U. genügend Spielraum bestehen.

(ff) Eigenschöpferische Prägung als urheberbezogenes Merkmal?

Mitunter haben der Bundesgerichtshof und andere Gerichte bei der Schutzfähigkeitsprüfung den Begriff „eigenschöpferische Prägung“ verwendet<sup>207</sup>. Es stellt sich die Frage, ob hiermit ein urheberbezogenes Merkmal in die Prüfung einbezogen wurde oder ob sich auch dieser Aspekt rein auf die Ausgestaltung des Werkes selbst bezieht.

Hinweise darauf, dass die Gerichte mit diesem Begriff auf die persönliche Beziehung zwischen dem Geist des Urhebers und dem Schutzgut rekurren, sind den Entscheidungen regelmäßig nicht zu entnehmen. Das Merkmal findet in unterschiedlichen Zusammenhängen Erwähnung, so z. B. bei der Abgrenzung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung<sup>208</sup> oder im Rahmen einer Prüfung der Schöpfungshöhe<sup>209</sup>. Während die Frage im Mittelpunkt stand, in welchem Maße sich das neuere Werk vom vorbestehenden unterschied, wurde in der letztgenannten Entscheidung anhand des Aspekts der eigenschöpferischen Prägung überprüft, ob ein wissenschaftliches Werk trotz des geringen Gestaltungsspielraums sich so weit vom Üblichen, Nahe liegenden oder Gebotenen abhebe, dass Urheberrechtsschutz in Betracht kommen könnte.

Die eigenschöpferische Prägung wird in diesen Zusammenhängen als rein werkbezogenes Merkmal verstanden. Es beschreibt hiernach die „quantitative“ bzw. die „qualitative“ Individualität des fraglichen Werkes, nämlich, ob dieses ein gewisses Maß an Besonderheit aufweise und sich damit vom vorbestehenden Werkschaffen und/oder vom Alltäglichen wesentlich abhebe.

206 BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso-Programm.

207 Vgl. BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso Programm, mit dem Hinweis, dass es der Darstellung und Gestaltung von wissenschaftlicher Lehre und Ergebnis an der erforderlichen eigenschöpferischen Prägung fehle. Vgl. weiter BGH GRUR 1981, S. 352 (353) – Staatsexamensarbeit; BGH GRUR 1994, S. 191 (203) – Asterix-Persiflagen (hier ist die Rede von „eigenpersönlicher Prägung“) BGH GRUR 1991, S. 130 (133) – Themenkatalog; OLG Köln GRUR 2000, S. 1022 (1023) – Technische Regelwerke; Offengelassen in BGH GRUR 2000, S. 317 (318) – Werbefotos.

208 Vgl. BGH GRUR 1994, S. 191 (203) – Asterix-Persiflagen.

209 BGH GRUR 1981, S. 352 (353) – Staatsexamensarbeit; OLG Köln GRUR 2000, S. 1022 (1023) – Technische Regelwerke.

Dagegen lassen sich einer älteren Entscheidung des OLG München Hinweise darauf entnehmen, dass man das Merkmal im Sinne eines urheberbezogenen Attributes definiert hat<sup>210</sup>. Es heißt hier:

„Ein Werk liegt nur vor, wenn ein sinnlich wahrnehmbares Gebilde vorhanden ist, das durch seine individuelle Prägung dem Geist des Schöpfers Gestalt und Ausdruck verleiht.“

Der Unterschied zu der erstgenannten Argumentation liegt klar auf der Hand. Im zweiten Fall weist das Merkmal der eigenschöpferischen Prägung auf die inneren Beziehungen zwischen dem individuellen Geist des Urhebers und dem Werk hin. Die Schutzfähigkeit wird vom Bestehen einer solchen Beziehung als elementarem Aspekt maßgeblich abhängig gemacht<sup>211</sup>. Dagegen haben die anderen Entscheidungen diese Frage gar nicht angesprochen. Die Frage, welche Umstände zu einer eigenschöpferischen Prägung des betreffenden Werkes führen, ob diese also auf eine persönliche Beziehung zwischen Schöpfergeist und Erzeugnis oder andere Einflüsse zurückgehen, wurde hier nicht behandelt.

#### (gg) Fazit

Ob der Einfluss individueller Eigenschaften des Urhebers auf das Werk und die eine daraus sich ergebende innere Beziehung zwischen Subjekt und Objekt von der Rechtsprechung als Schutzfähigkeitsmerkmal verlangt wird, bleibt danach unklar. Jedenfalls hat sich gezeigt, dass sehr unterschiedliche verwendete Formulierungen, wie „*Das Werk muss sich als Ergebnis seines {des Urhebers} individuellen geistigen Schaffens darstellen*“<sup>212</sup>, „*das Werk muss eine persönliche Schöpfung von individueller Ausdruckskraft sein*“<sup>213</sup> oder es müsse „*schöpferische Eigentümlichkeit*“<sup>214</sup>, „*schöpferische Eigenart*“<sup>215</sup> bzw. „*eigenschöpferische Prägung*“<sup>216</sup> besitzen, häufig ohne weitere Begründung synonym verwendet werden. Unterscheidungskraft kommt diesen Begrifflichkeiten daher ebenso wenig zu, wie man aus deren Verwen-

210 OLG München GRUR 1956, S. 433 (434) – Solange Du da bist.

211 Das OLG München verweist in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich auf *Hubmann*, einen der wichtigsten Vertreter der rechtsontologischen Theorie (siehe oben, Punkt I.B.4.c.dd.(2)).

212 BGHZ 9, S. 262 (268) – Lied der Wildbahn.

213 BGH GRUR 1996, S. 673 (675) – Mauerbilder.

214 BGH GRUR 1994, S. 206 (207 f.) – Alcolix; BGH GRUR 1991, S. 449 (451) – Betriebssystem; BGH GRUR 1987, S. 704 (705) – Warenzeichenlexika; BGH GRUR 1986, S. 739 (740) – Anwaltsschriftsatz.

215 BGH GRUR 1992, S. 382 (385) – Leitsätze; BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso-Programm; BGH GRUR 1981, S. 352 (353) – Staatsexamensarbeit.

216 BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso Programm; BGH GRUR 1981, S. 352 (353) – Staatsexamensarbeit.

dung verlässliche Rückschlüsse auf das Verständnis vom Wesen des Urheberrechts ziehen kann.

Dass auch die sehr pragmatisch wirkende Argumentation der Rechtsprechung auf eine eher idealistische Sicht des Urheberrechts zurückgeht, ist jedenfalls nicht auszuschließen. Dieser Eindruck drängt sich vielmehr angesichts der verwendeten Terminologien geradezu auf, wenn dies auch in einem gewissen Widerspruch zu der pragmatischen Herangehensweise im Übrigen zu stehen scheint. Es liegt zwar auf der Hand, dass der Alltag der Gerichtspraxis für eine Auseinandersetzung mit derartig übergeordneten, abstrakten Überlegungen zum Wesen des Rechts zumeist keinen Raum lässt. Dennoch scheint eine idealisierende Sicht noch immer auf die Handhabung des deutschen Urheberrechts auszustrahlen<sup>217</sup>.

## (b) Stimmen in der Literatur

Werkbezogene Definitionsansätze des Individualitätsbegriffs finden sich in unterschiedlicher Ausprägung auch in der deutschen Literatur.

V. Gamm folgte in seinem Kommentar der schon damals (1968) herrschenden Rechtsprechung. Auch er stellte bei der Beurteilung von Individualität im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG maßgeblich auf objektiv messbare Faktoren ab, konkret den *schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad*. Ohne den Begriff der „Individualität“ überhaupt zu verwenden, heißt es hier:

„Der in der konkreten Formgestaltung zum Ausdruck gelangte geistig-ästhetische Gehalt muss den Rang einer geistigen Schöpfung (§ 2 Abs. II UrhG), d. h. einen schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad erreichen.“<sup>218</sup>

Das entscheidende Abgrenzungsmerkmal sah v. Gamm in der „Formgestaltung aus eigener Vorstellungskraft“. Ein eigener geistiger Gehalt sei nur dann vorhanden, wenn eigene Vorstellungen verwirklicht wurden und nicht bloß Vorhandenes nachgebildet wurde. Eine bloße Nachbildung sei gerade keine eigene Geistesleistung und somit dem urheberrechtlichen Schutz nicht zugänglich<sup>219</sup>. Der schöpferische Eigen-

217 Es scheint z. B. denkbar, dass die deutschen Gerichte anhand objektiver Faktoren die eigentlichen Schutzfähigkeitsmerkmale, z. B. eine persönliche Prägung des Werkes oder einen persönlich-individuellen Einfluss des Schöpfers auf den vorangegangenen Werkschöpfungsvorgang, nachzuweisen versuchen. Verlässliche Hinweise ergeben sich hierauf jedoch nicht. Auch die – mehrdeutigen und wenig aussagekräftigen – Begrifflichkeiten lassen so weit gehende Schlüsse kaum zu. Es wäre ebenso denkbar, dass die Begriffe ohne weiteren Hintergrund verwendet werden.

218 V. Gamm, § 2, Rdnr. 14 ff.

219 Zu diesem Schluss käme man auch über das Merkmal des Gestaltungsspielraums. Bei einer bloßen Nachahmung, d. h. einer 1:1 Kopie des älteren Werkes, wurde ein etwaiger Spielraum für die Ausgestaltung nicht genutzt.

tümlichkeitsgrad setze sich aus Gedankeninhalt, Form und Art der Gestaltung sowie der ästhetischen Wirkung zusammen. Diese literarischen und künstlerischen Elemente fügten sich zum geistig-ästhetischen Gesamteindruck der konkreten Gestaltung und bestimmten deren schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad<sup>220</sup>. Auch v. *Gamm* befürwortet den von der Rechtsprechung durchgeführten Vergleich zum Vorbestehenden im Rahmen des Merkmals der subjektiven Neuheit. Auf objektive Maßstäbe sei bei der Prüfung der Werkeigenschaft nur insoweit abzustellen, als einer vorbestehenden Gestaltung keine Eigentümlichkeit und Eigenprägung zugebilligt werden könne. Weiterhin sieht v. *Gamm* im Gestaltungsspielraum ein Merkmal der individuellen Schöpfung<sup>221</sup>. Für die Frage nach der Schutzfähigkeit von Computerprogrammen etwa führt er aus, dass selbst dann zumindest theoretisch genügend Möglichkeiten für eigenschöpferische Auswahl-, Anordnungs- und Einteilungsprinzipien vorhanden sein könnten, wenn eine technische Ideallösung den Lösungsweg und das Ergebnis für den Techniker vorgebe. Dies müsse für die grundsätzliche Schutzfähigkeit z. B. von Computerprogrammen ausreichen. *V. Gamm* schließt damit von den Umständen des Werkschaffens, etwa der Aufgabenstellung, dem zu verarbeitenden Material oder der angewendeten Methodik (z. B. eine bestimmte Programmiersprache) auf die Schutzfähigkeit des Werkes selbst.

Auch *Erdmann* vertritt analog der gängigen Rechtsprechung den werkbezogenen Ansatz. Mit der Ansicht von v. *Gamm* konform geht *Erdmann* auch in Bezug auf die sehr hohen Anforderungen, die nach seiner Ansicht an die urheberrechtliche Schutzfähigkeit in qualitativer Hinsicht zu stellen sind<sup>222</sup>.

Im Kommentar *Allfelds* zum LUG<sup>223</sup> wurde darauf abgestellt, dass ein Schriftwerk sich als Ergebnis individueller geistiger Tätigkeit, als ein eigentümliches Gepräge darstellen müsse. Dieses dürfe nicht lediglich als eine Wiederholung einer bereits vorhandenen Gedankenäußerung erscheinen, sondern müsse sich vom Vorhandenen abheben. Ein qualitativer Aspekt soll hiernach jedoch dem Merkmal der individuellen Schöpfung nicht zu entnehmen sein<sup>224</sup>.

*Ulmer* vertrat die Ansicht, dass Werke im urheberrechtlichen Sinne Gebilde seien, „die sich als Ergebnisse geistigen Schaffens von der Masse alltäglicher Sprachgebilde, gewöhnlicher Bauten, industrieller Erzeugnisse usw. abheben“<sup>225</sup>. „Die Individualität beruht auf der geistigen Leistung, durch die sich die Werke von schutzlosen Gebilden abgrenzen“ heißt es hier<sup>226</sup>. Schutzwürdig sind nach dieser Definiti-

220 *V. Gamm*, § 2, Rdnr. 14 ff., m. w. Nachw.

221 *V. Gamm*, WRP 1969, S. 96 (98). Gleicher Ansicht *Kolle*, GRUR 1974, S. 7 (9); ders. GRUR 1982, S. 443 (453); *Haberstumpf*, GRUR 1982, S. 142 (147).

222 Vgl. *Erdmann*, GRUR 1996, S. 550 (551).

223 Nach *Ulmer*, S. 32 f.

224 *Ulmer*, S. 33 ff.

225 *Ulmer*, S. 119.

226 *Ulmer*, S. 123.

on solche Werke, die einerseits eine gewisse Qualität haben und andererseits auf einer geistigen Anstrengung beruhen. Daneben vertritt *Ulmer* die Ansicht, dass es bei der Schutzfähigkeit nicht auf das Vorliegen oder das Maß einer persönlichen Prägung des Werkes ankomme<sup>227</sup>. Es genüge, wenn das Werk eine „persönliche Note“ aufweise.

Ähnlich geringe Anforderungen an die urheberrechtliche Schutzwürdigkeit stellt *Schricker*<sup>228</sup>:

„Grundvoraussetzung ist, dass das Werk „etwas“ aufweist, das über das bloße sinnlich wahrnehmbare Substrat hinausgeht, eine „Aussage“ oder eine „Botschaft“, die dem Bereich der Gedanken, des Ästhetischen oder sonstiger menschlicher Regungen oder Reaktionsweisen zugehört.“

Dieses Merkmal, verknüpft mit den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 UrhG, ergebe folgende Definition des geschützten Werkes: „Die subjektiv neue, individuelle, eine Aussage implizierende menschliche Gestaltung, die zum Bereich der Literatur, Wissenschaft und Kunst in einem weiten Sinne gehört.“ Das Urheberrecht diene „dem Schutz qualifizierter menschlicher Kommunikation“. Diese Definition reflektiert in ihrer Weite die – spätestens seit Beginn der Einflussnahme der EU auf die Urheberrechtsentwicklung – zu verzeichnende Tendenz zu einer Ausweitung des Urheberrechts auf nahezu jede Art von Kommunikationsgut. Dass *Schricker* den Begriff der Individualität nicht urheber-, sondern werkbezogen versteht, wird an folgendem Zitat besonders deutlich. „Die Individualität des Werkes kann von der Persönlichkeit des Urhebers in unterschiedlicher Weise geprägt sein.“<sup>229</sup> Hieraus lässt sich schließen, dass es nach dieser Ansicht nicht darauf ankommt, ob die Individualität des Erzeugnisses auf eine im Rahmen des Schöpfungsaktes erfolgte individuelle Prägung durch die Urheberpersönlichkeit zurückzuführen ist. Entscheidend ist hiernach allein, ob das Ergebnis des Werkschaffens selbst individuell ist.

Ebenfalls nicht erforderlich ist nach dieser Auffassung eine nach außen sichtbare individuelle Prägung des Werkes, die den Geist gewissermaßen objektiv erkennen ließe<sup>230</sup>. Vielmehr sei die schutzbegründende Individualität danach zu beurteilen, „wie der Urheber die vorgegebenen Elemente verwertet und den von ihnen gelassenen Spielraum in eigenschöpferischer Weise ausgenutzt hat“<sup>231</sup>.

Auch *Loewenheim* folgt der „Spielraumtheorie“, indem er zur Bestimmung eines individuellen Geisteswerkes auf den außerhalb der Person des Urhebers liegenden

227 *Ulmer*, S. 124. Damit war *Ulmer* einer der wenigen, der sich im Rahmen der Werkbegriffserörterungen überhaupt mit den persönlichen Beziehungen zwischen Urheber und Schöpfung befasst hat.

228 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 5 ff.

229 *Schricker*, GRUR 1991, S. 563 (567).

230 *Schricker*, GRUR 1991, S. 563 (567). Ob eine derartige Prägung überhaupt denkbar ist, mag an sich schon zweifelhaft erscheinen.

231 *Schricker*, GRUR 1991, S. 563 (567).

Faktor eines „Spielraums für die Entfaltung persönlicher Züge“ beim Schaffensvorgang als entscheidendes Merkmal voraussetzt<sup>232</sup>. Er führt aus:

„Wo sich Gestaltung oder Darstellung bereits aus der Natur der Sache ergeben oder durch Gesetze der Zweckmäßigkeit oder der Logik oder durch – auch technische – Notwendigkeiten vorgegeben sind, ist individuelles Schaffen nicht möglich.“<sup>233</sup>

Allerdings erwähnt *Loewenheim*, ohne die Abhängigkeiten zwischen beiden Faktoren zu verdeutlichen, neben der Abgrenzung anhand von objektiven Faktoren auch die Theorie von einer persönlichen Prägung des Werkes in seinen Ausführungen zur Individualität<sup>234</sup>. Auch *Schulze*<sup>235</sup> sucht die Individualität im Werk. Dieses müsse „nicht nur anders als das bisherige, sondern darüber hinaus besonders sein“. Entscheidend für die Schutzfähigkeit sei zudem das Gebrauchmachen von einem vorhandenen Gestaltungsspielraum<sup>236</sup>.

Ähnlich äußert sich auch *Strömholm*<sup>237</sup>, der im „Gestaltungsspielraum“ bei der Werkschöpfung das wesentliche Element des Individualitätsbegriffes sieht<sup>238</sup>. In einer späteren Abhandlung zu diesem Thema fügt er hinzu, dass neben einem Spielraum auch ein Mindestmaß an rechtserheblichen Elementen vorhanden sein müsse, „die einem entsprechenden Bestandteil in einem früher ausgeführten Werk nicht ähnlich sind“<sup>239</sup>. Hiermit befürwortet *Strömholm* bis zu einem gewissen Grad, das fragliche Objekt zu Beweis Zwecken auf seine Eigenschaft als objektive Neuheit zu untersuchen. Er unterscheidet die in der Rechtsliteratur geäußerten Ansichten danach, ob die Autoren bei der Ermittlung von Individualität eher auf den Schöpfungsvorgang oder das Ergebnis des Schaffens abstellen<sup>240</sup>.

Dabei spricht sich *Strömholm* ausdrücklich, insbesondere aus Gründen mangelnder praktischer Handhabbarkeit, gegen die sog. „Prägetheorie“ aus. Diese klassische Sicht des Werkbegriffs, die denkbar konsequenteste urheberbezogene Definition des Individualitätsbegriffs, nach dem das Werk den Stempel der Persönlichkeit des Schöpfers aufweisen muss, um Schutz zu genießen, sei geprägt von „spätromantischen, wenn nicht älteren, ästhetischen und psychologischen Vorstellungen über die Werkschöpfung“<sup>241</sup> und daher nicht mehr zeitgemäß.

232 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 29.

233 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 29.

234 Siehe sogleich Punkt (2).(a).

235 In: *Dreier/Schulze*, § 2, Rdnr. 18.

236 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 33.

237 *Strömholm*, GRUR Int. 1989, S. 15 (16 f.), ders. GRUR Int. 1996, S. 529 (530).

238 *Strömholm*, GRUR Int. 1989, S. 19, beschreibt diesen Gestaltungsspielraum wie folgt: „Die Summe der möglichen Varianten gibt den wahlfreien Sektor des Herstellers an; diese Elemente, die durch die Ausübung der Wahlfreiheit entstanden, können auf Schutz Anspruch erheben.“

239 *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 531.

240 So auch *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 6, der dies allerdings nicht vertieft.

241 *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 531.

*Strömholm* geht sogar noch weiter und verwahrt sich allgemein gegen die Verwendung des Individualitätsbegriffes. Eine wie auch immer geartete Verbindung der Persönlichkeit des Autors sei „kaum empirisch beweisbar“, ganz gleich ob man diese im Schöpfungsvorgang oder im Werke suche<sup>242</sup>. Im Übrigen drücke der Begriff der Individualität, soweit er bezwecke, Arbeitsergebnisse in den Bereichen der Literatur, Wissenschaft und Kunst zu charakterisieren, nicht mehr aus, als dass das Werk, um grundsätzlich den urheberrechtlichen Schutz genießen zu können, so beschaffen sein müsse, dass ein Mindestmaß an Spielraum für eine freie Wahl bezüglich des einen oder des anderen als rechtserheblich anerkannten Elements vorhanden ist<sup>243</sup>. Mit anderen Worten, eine Unterscheidung von werk- und urheberbezogenem Verständnis des Individualitätsbegriffes ist hiernach, zumindest soweit man diese im Werk selbst zu suchen gedenkt, gar nicht möglich. Erklärt wird dies damit, dass, soweit das Werk auf persönliche Züge des Schöpfers hin untersucht werden soll, dies nur erfolgen könne, indem man einen Vergleich mehrerer Erzeugnisse desselben Urhebers anstelle, der allerdings nur Gemeinsamkeiten hinsichtlich nicht schützbarer und urheberrechtlich irrelevanter Faktoren, wie dem Stil oder der Manier, aufdecken könne. Möglich bleibe daher nur, mit dem Aspekt der Individualität das Vorhandensein und die Verwertung eines minimal vorhandenen Spielraumes auszudrücken, was bedeute, die Schutzfähigkeit des Werkes in den äußeren Umständen des Werkschaffens, und damit weder im Urheber noch im Werk und auch nicht in deren Beziehung zueinander, zu suchen.

Auch im Hinblick auf eine europaweite Vereinheitlichung, welche die begrifflichen und faktischen Unterschiede der Begriffe *Individualität* und *Originalität* überwinden möge, spricht sich *Strömholm* für eine „gereinigte Terminologie“ und damit für eine Abschaffung des Individualitätskriteriums aus<sup>244</sup>.

Ebenfalls der Gruppe der rein werkbezogenen Auslegungsansätze zuzuordnen ist die auf den Schweizer Rechtslehrer *Kummer* zurückgehende<sup>245</sup> Lehre von der „statistischen Einmaligkeit“<sup>246</sup>. Maßstab für den zur Bestimmung dieses Merkmals nöti-

242 *Strömholm*, GRUR Int. 1989, S. 17.

243 *Strömholm*, GRUR Int. 1989, S. 17.

244 *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 533.

245 Vor *Kummer* vertrat bereits *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (412 f.) die Ansicht, eine Leistung sei individuell, wenn sie „wesensmäßig nur eine einzige Person erbringen kann“. Diese Meinung hat *Troller* auch später noch vertreten, siehe FS *Roeber* (1981), S. 413.

246 Vgl. *Kummer*, S. 30 ff. Die Lehre wurde durch die deutsche Rechtswissenschaft weit gehend abgelehnt. Befürwortend lediglich *Hörnig*, UFITA 99 (1985), S. 13 (55 ff.) und ebenso *K. Schmidt*, UFITA 77 (1976), S. 1 (22 ff.). Hingegen hat sich in der Schweiz auch die Gesetzgebung dem werkbezogenen Ansatz von der statistischen Einmaligkeit *Kummers* bei den Vorarbeiten zur schweizerischen Urheberrechtsreform Anfang der siebziger Jahre angenähert. In der Neufassung des Art 1 a) URG, der die Definition des Werkes enthalten sollte, war zwar auch davon die Rede, dass Werke, sofern sie eine individuelle Prägung aufweisen, ohne Rücksicht auf Wert oder Zweck geschützt sein sollten (vgl. UFITA 66 (1973), S. 177). Im

gen Vergleich mit anderem soll einerseits das Bestehende und andererseits das potenziell möglich Bestehende sein. Individuell ist danach alles, bei dessen Herstellung der Schöpfer einen Spielraum hatte, innerhalb dessen er zwischen verschiedenen Optionen die Wahl hatte.

Nach *Kummer* kann es auf qualitative Anforderungen für den Urheberrechtsschutz nicht ankommen und seien diese auch noch so gering<sup>247</sup>. Dies sei abzulehnen, da die Jurisprudenz ansonsten über das Kunstverständnis richten könnte. Kunst sei hingegen nicht justiziabel<sup>248</sup>. Hieran wird der stark verengte Fokus der Theorie auf einen „Kunsturheberschutz“ deutlich.

Folgt man den Ausführungen *Kummers*, muss „Individualität“ im urheberrechtlichen Sinne ausschließlich anhand werkbezogener Faktoren überprüft werden, deren Vorliegen bei Existenz urheberbezogener Aspekte in nahezu allen Fällen indiziert wäre<sup>249</sup>. Individuell ist hiernach, was sich nur bei einem bestimmten Autor auf diese Weise verwirklichen konnte<sup>250</sup>: „Jedem ist seine Fantasie angeboren; jeder äußert sich so, wie nur gerade er es tut; jeder malt mit seinem Blut.“ und weiter: „Jeder bringt seine eigene Leistung hervor, die nirgends auf ein genau gleiches Gegenstück stößt. Und eben diese individuelle Leistung gilt es zu schützen“. Jedes Erzeugnis, das

Kommentar zu dieser Vorschrift wird allerdings klar ausgedrückt, dass mit „individuell“ i.d.S. gemeint ist, dass die Schutzvoraussetzungen erfüllt seien, „sobald sich das Werk von den bestehenden oder potentiellen Werken abhebt. Das Werk muss demzufolge einmalig sein, was im statistischen Sinn aufzufassen ist“ (UFITA, ebd., S. 217). Die heutige h.L. sowie die Rechtsprechung auch der Schweiz lehnen hingegen die Lehre von der statistischen Einmaligkeit ab. Nachweise bei *Staub*, GRUR Int. 2001, S. 1 (4), der seinerseits diese in modifizierter Form wieder aufgreift.

247 Zur ebenfalls durch *Kummer* begründeten „Präsentationslehre“ (S. 75 ff.), nach der der Urheberrechtsschutz nicht eines gestalterischen menschlichen Schaffens bedarf, sondern es ausreichen soll, wenn der Urheber etwas Vorgefundenes als Werk präsentiert, bedarf es hier keiner Erörterungen. Diese Lehre wird zu Recht einheitlich abgelehnt (vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 16), da ansonsten dem Berechtigten selbst die Entscheidung über die Entstehung eines Schutzrechtes überlassen würde. Im Übrigen stimmt die Präsentationslehre auch mit den immaterialgüterrechtlichen Theorien überein. Die Präsentation von etwas Vorgefundendem (wie etwa die berühmte „Föhrenwurzel“, die in diesem Zusammenhang immer angeführt wird) ist keine Schöpfung, da hierdurch nichts geschaffen wird. Wäre dem zu folgen, könnte jedermann sich durch den Präsentationsakt materielle Gegenstände und bestimmte Arten deren Verwendung zu Eigen machen. Eine Begründung für ein solches Schutzrecht dürfte schwer zu finden sein.

248 *Kummer*, S. 22 ff. Dies ist allgemeine Meinung, allerdings ist dagegen anerkannt und durch die ständige Rechtsprechung bestätigt, dass die Abgrenzung zwischen Gebrauchsmusterschutz und Urheberrechtsschutz auf der Definition von Kunst beruht, vgl. GRUR 1959, S. 289 (290) – Rosenthal-Vase, m. Anm. *Henssler*; v. *Rauscher auf Weeg*, GRUR 1967, S. 572 ff. Der BGH führt in der zitierten Entscheidung aus, der Begriff des „Kunstwerkes“ sei ein Rechtsbegriff, der (auch) in der Revision der gerichtlichen Überprüfung anheim stehe.

249 So auch *Staub*, GRUR Int. 2001, S. 1 (4).

250 *Kummer*, S. 52.

der Fantasie eines Menschen entspringt, soll hiernach also einmalig sein<sup>251</sup>. Urheberrechtlich geschützte Erzeugnisse seien individuell, da jeder Mensch sich auf eine ganz spezielle Weise artikuliert. Nicht geschützt sind danach nur solche Leistungen, die auch andere Personen identisch erbracht haben oder erbracht hätten, was bei einem Vorliegen einer bestimmten Zahl an Gestaltungsoptionen generell nicht mehr denkbar sei. Hierbei müssten die verschiedenen Formen des Ausdrucks, also bei Gedichten z. B. Sprache und optische Darstellung, besondere Anordnung der Wörter etc., im Kontext betrachtet werden.

Die Feststellung dieser Einmaligkeit in der Praxis will *Kummer* der menschlichen Intuition überlassen. Der Mensch habe eine natürliche Befähigung, das Individuelle vom Hergebrachten und Bestehenden zu unterscheiden<sup>252</sup>. Auf der anderen Seite legt er an speziellen Beispielen, wie etwa der Fotografie<sup>253</sup>, einer systematischen Gliederung<sup>254</sup> oder dem Computerprogramm<sup>255</sup> dar, an welchen Faktoren die statistische Einmaligkeit einer Schöpfung bemessen werden kann. So sei die Anzahl der verwendeten Elemente und die hieraus sich ergebende Zahl der möglichen Kombinationsmöglichkeiten ein Anhaltspunkt.

Das wesentliche Merkmal bei der Abgrenzung gegenüber ungeschützten Erscheinungen sieht *Kummer* in der Zweckmäßigkeit. „*Zweckfreie Darstellung physikalischer Abläufe ist haargenau die Grenze, die auch für das Urheberrecht aufteilt zwischen dem, was geschütztes Werk sein kann, und dem, was seiner Natur nach bereits außerhalb des Werkbegriffs steht.*“<sup>256</sup> Dabei ist *Kummers* Verständnis von der Zweckfreiheit sehr weit. Diese liege bereits dann vor, wenn der Gestaltungsspielraum so groß sei, dass die Auswahl der Gestaltungselemente eine gewisse Willkür erkennen lasse. So sei auch der Kartograf bei seiner Auswahl „kotierender Punkte“ trotz gewisser faktischer Anforderungen aus der Kartografischen Zeichensprache, so frei, dass „jeder Fleck der Karte“ die Handschrift des Kartografen verkörpere<sup>257</sup>. Maßgeblich sei hier, dass das natürliche Vorbild einer Kartenabbildung niemals eine konkrete Umsetzung in die Kartografische Sprache zulasse, sondern es von Seiten des Kartografen einer Generalisierung bedürfe, die die Schutzfähigkeit ausmache<sup>258</sup>. „Zweckfreiheit“ definiert sich hiernach also als Ausnutzung eines (auch minimalen)

251 *Kummer*, S. 30.

252 *Kummer*, S. 30.

253 *Kummer*, S. 207 ff.

254 *Kummer*, S. 111 ff.

255 *Kummer*, S. 198 ff.

256 *Kummer*, S. 70 ff. (71).

257 *Kummer*, S. 117.

258 *Kummer*, S. 120. Nicht geschützt seien hingegen die (topografischen) Daten.

Gestaltungsspielraumes bei der Schöpfung, wobei diese auch einer Aufgabenerfüllung dienen kann<sup>259</sup>.

Diese Theorie von der Schutzfähigkeit im Urheberrecht wurde in der Vergangenheit viel diskutiert und auch in einer neueren Schrift wieder aufgegriffen<sup>260</sup>. Hier wird die statistische Einmaligkeit als Kriterium zur Bestimmung von Individualität als geeignet angesehen, wenn dies praktisch operabel gemacht würde. Individuell sollen danach Erzeugnisse sein, bei denen hypothetische Parallelschöpfungen unwahrscheinlich sind<sup>261</sup>. Zur Beurteilung dieser Frage seien Aufgabenstellung, die möglichen (relevanten) Gestaltungselemente und die denkbaren gestalterischen Entscheidungen unter Einbeziehung der Gewohnheiten der betreffenden Schöpfergruppe zu untersuchen<sup>262</sup>. Hierdurch werde ein handhabbares, vor allem aber von persönlichkeitsbezogenen und ästhetischen Wertungen losgelöstes Schutzkriterium erzielt<sup>263</sup>.

Eine auf ähnlichen Kriterien wie *Kummer* aufbauende Neuinterpretation des Werkbegriffs versucht auch *Schmieder*<sup>264</sup>. Ihm geht es dabei um die Ausweitung des Urheberrechtsschutzes auf nicht vom Menschen geschaffene Güter. Ein derartiger Schutz sei anhand der folgenden, für die Werkeigenschaft maßgeblichen Kriterien möglich: Das Werk muss auf ästhetischem Gebiet objektiv neu sein (Originalität); es muss als Kunstwerk im soziologischen Sinne nutzbar sein (Marktfähigkeit); es muss auf persönlicher Urheberschaft beruhen, jedoch nicht notwendig im Sinne einer bewusst geplanten handwerklichen Herstellung, sondern ebenso gut im Sinne der individuellen Auswahl und Präsentation eines außerpersonalen (durch Zufall, Maschine usw. hervorgebrachten) Produkts (Individualität); der Urheber muss sich zu seinem Werk als einem gelungenen, veröffentlichungsreifen oder sonst (z. B. im Wege weiterführender Interpretation) nutzbaren Erzeugnis subjektiv bekennen (Identifikation)<sup>265</sup>. Wie *Schmieder* zu den einzelnen Kriterien kommt und mit welchen Gründen er diese für maßgeblich und gegenüber der herkömmlichen Prägetheorie für überlegen hält, wird an der knappen Darstellung nicht ganz deutlich<sup>266</sup>. Die Theorie von

259 Siehe hierzu die Ausführungen *Kummers*, S. 134 ff. zu den Werken der Ingenieure und der Architekten.

260 *Staub*, GRUR Int. 2001, S. 1 ff.

261 Auf das Argument der Zweckfreiheit verzichtet *Staub* ausdrücklich, vgl. GRUR Int. 2001, S. 1 (5). Diese soll nur insoweit ein Indiz sein, als zweckgebundene Werke immer einen geringeren Gestaltungsspielraum, mithin eine höhere Wahrscheinlichkeit der Parallelschöpfung aufweisen.

262 *Staub*, GRUR Int. 2001, S. 1 (4) ff.

263 *Staub*, GRUR Int. 2001, S. 1 (8).

264 *Schmieder*, UFITA 52 (1969), S. 107 ff.

265 So *Schmieder*, UFITA 52 (1969), S. 107 (113).

266 *Schmieder*, UFITA 52 (1969), S. 107 (113), gibt selbst an, die Kriterien lediglich zum Diskurs in den Raum stellen zu wollen.

einem Schutz rein aleatorischer Kunst findet nach dem klassischen Verständnis vom Werkbegriff jedoch keine Rechtfertigung<sup>267</sup>.

## (2) Der urheberbezogene Ansatz

### (a) Die Prägetheorie

Andere Anforderungen an die Werkqualität sind zu stellen, wenn man die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals der Individualität an Faktoren definiert, die im Urheber oder in der Beziehung zwischen Urheber und Werk begründet liegen (hier als „urheberbezogene“ Aspekte bezeichnet). Ohne sich hier auf bestimmte Begriffe festlegen zu wollen, wäre der Begriff Individualität dann etwa im Sinne von „persönlich“ oder „an die Person gebunden“ zu verstehen<sup>268</sup>. Der grundlegende Unterschied zu dem oben genannten, rein werkbezogenen Definitionsmodell zeigt sich an den Ergebnissen, die bei der Verwendung des Terminus der Individualität in diesem Kontext entstehen. Während bei einem rein werkbezogenen Verständnis des Individualitätsbegriffs in der Regel ein Vergleich von Vorbestehendem und später Geschaffenem durchgeführt werden muss<sup>269</sup>, kann es hierauf im Rahmen einer urheberbezogenen Individualität nicht ankommen. Vielmehr stehen im Mittelpunkt die Beziehungen zwischen der Person des Urhebers und dem Werk, das aufgrund individueller Einflüsse seine „Besonderheit“ erlangt.

Die sog. „Prägetheorie“ basiert auf dem Gedanken, dass das Werk in seiner konkreten Formgebung eine Manifestation der Individualität des Urhebers darstellt<sup>270</sup>, dass es von der Persönlichkeit eines Menschen geprägt ist<sup>271</sup>. Das Werk ist hiernach eine nach außen in verobjektivierter Form in Erscheinung tretende Offenbarung des menschlichen Geistes, in der sich Gedanken, Gefühle und persönliche Eigenheiten

267 Siehe hierzu oben unter Punkt I.B.4.c.aa).

268 Eine klare Trennung von werkbezogenem und urheberbezogenem Verständnis des Begriffes „Individualität“ kann letztlich nicht gelingen. So lässt etwa eine Qualifikation als „personenbezogen/eigen“ den Rückschluss auf „objektiv andersartig oder originell“ zu, da, wie bereits ausgeführt, die persönlich beeinflusste Form sich auch in einer objektiven Andersartigkeit, sei es des Werkes selbst oder des Schöpfungsvorganges, realisiert. Ob und wie derartige Faktoren im Streitfall ermittelt werden können, ist allerdings eine hiervon strikt zu unterscheidende Frage.

269 *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 531 befürwortet dies zu Zwecken der Beweisführung.

270 So etwa *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, *passim* (z. B. S. 40).

271 So *Böttner*, S. 124.

des Schöpfers niederschlagen<sup>272</sup>. Man könnte mit *Samson* sagen, dass Werke „*Niederschlag, Ausstrahlung des Geistes, der seelischen Vorgänge und Gefühle*“ sind<sup>273</sup>. Das Werk muss „*den individuellen Geist ausdrücken, gleichgültig, ob dies durch den Inhalt oder die Form oder durch beides geschieht*“<sup>274</sup>. Ein urheberrechtlich geschütztes Werk muss der Schöpfer „aus sich selbst“ geschaffen haben<sup>275</sup>. Hieraus lassen sich zwei wesentliche Aspekte der Prägetheorie bei der Bestimmung des Werkbegriffes und des Individualitätsbegriffs entnehmen. Zum einen gründet danach die Schutzwürdigkeit des Werkes auf der besonderen Beziehung zwischen Werk und Urheber, die sich aus der Einflussnahme persönlicher Eigenheiten des Urhebers auf das Werk in seiner konkreten Form erklärt. Zum anderen müssen sich die beeinflussenden „Charakterzüge“ des Schöpfers wiederum in der Formgebung wieder erkennen lassen<sup>276</sup>.

### (b) Vertreter der Prägetheorie in der Literatur

Im Schrifttum hat sich allen voran *Troller* dezidiert mit der rechtsphilosophischen Fundierung des Werkbegriffs auseinander gesetzt. In seinem rechtsphilosophischen Aufsatz „*Urheberrecht und Ontologie*“<sup>277</sup> legt er – stark vereinfacht wiedergegeben – dar, dass das Schutzobjekt des Urheberrechts ein Geisteswerk sei, das dazu diene, die Sinne des Menschen anzusprechen (er spricht von Ästhetik in diesem Sinne). Aufgrund des Einsatzes höchstpersönlicher Züge bei der Schöpfung sei das Werk stets einmalig. Wesentliches Merkmal des Geisteswerkes sei die Ästhetik. Eine Schöpfung im urheberrechtlichen Sinne finde hierin ihren Selbstzweck. Mit dem Einfluss persönlicher Züge meint *Troller* „persönliche Prägung“<sup>278</sup>. Das Werk müs-

272 So *Hubmann*, S. 33 ff. Vgl. weiter für die Prägetheorie *Schack*, Rdnr. 152 ff., 165, 261 ff.; *Rehbinder*, Rdnr. 43 ff.; Aus der älteren Lehre *Samson*, S. 9; *Vischer* in FS *Hug*, S. 259 (260 ff.); *Voigtländer-Elster-Kleine*, § 1 Anm. II 1 a; *Osterrieth/Marwitz*, S. 25 ff.; siehe auch *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 23; ders. GRUR 1987, S. 761 (765 f.).

273 So *Samson*, S. 9.

274 So *Rehbinder*, Rdnr. 151.

275 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 31.

276 Besonders deutlich wird dies an folgendem Ausspruch *Hubmanns* (Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 37 f.): „*Man wird das wesentliche Merkmal der Schöpfung darin erblicken müssen, dass bei ihr der individuelle Geist selbst in eine äußere Form eingeht, dass er sich objektiviert und Ausdruck gewinnt, dass er sozusagen selbst Gestalt annimmt und aus dieser Gestalt wieder erkannt werden kann.*“

277 *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 ff.

278 Beide Umschreibungen werden hier verwendet, vgl. etwa *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (398).

se einer bestimmten Person zugehören<sup>279</sup>, um individuell zu sein, meint *Troller* und weiter:

„Individuell ist eine geistige Leistung, die wesensmäßig nur eine einzige Person erbringen kann. Eine solche geistige Leistung ist jene, die ein ästhetisches Werk hervorbringt, das „eine persönliche Note“ oder „eine eigenpersönliche Prägung“ im Vordergrund (äußere Form) erkennen lässt.“<sup>280</sup>

Im Mittelpunkt der Lehre *Trollers* steht damit die auch von *Kummer* als Schutzfähigkeitskriterium propagierte Einmaligkeit des Werkes, die *Troller* anscheinend mit dem Begriff der *Individualität* gleichsetzt. Den Grund für diese Einmaligkeit sieht auch *Troller* in dem Einfluss eigenpersönlicher Züge des Urhebers auf das Werk<sup>281</sup>. Dies entspreche der ontologischen Wirklichkeit, der das Urheberrecht folge. *Troller* versteht den Individualitätsbegriff daher urheberbezogen als Merkmal persönlicher Beziehungen zwischen Urheber und Werk. Ausdrücklich lehnt er in diesem Zusammenhang die Lehre *Ulmers*<sup>282</sup> ab und spricht sich gegen ein rein funktionales und damit werkbezogenes Verständnis vom urheberrechtlichen Schutzgegenstand aus<sup>283</sup>.

Neben *Troller* hat sich auch *Hubmann* in verschiedenen Publikationen ausdrücklich für ein urheberbezogenes Verständnis vom Werk ausgesprochen und sich mit der theoretischen Fundierung und der Qualifizierung des urheberrechtlichen Schutzgegenstands eingehend auseinander gesetzt<sup>284</sup>.

Eine klare Abgrenzung zwischen werk- und urheberbezogenen Merkmalen findet sich in dem Kommentar von *Osterrith* und *Marwitz* aus dem Jahr 1929. Die Autoren vertraten seinerzeit die Ansicht, dass eine individuelle Prägung wesentliches Merkmal des Werkes sei. Hierin liege der wesentliche Unterschied zwischen der urheberrechtlich geschützten Schöpfung und der Erfindung und somit auch der Wesensunterschied zwischen technischen und kulturellen Schutzrechten<sup>285</sup>. Zwar sei auch die Erfindung das Ergebnis eines geistigen und individuellen Arbeitsvorganges. Die hierbei ausgeübte geistige Tätigkeit unterscheide sich jedoch wesentlich von der im Rahmen eines Werkschöpfungsprozesses erbrachten, da deren Ergebnis bei der erfinderischen Kreativität ein „unpersönliches und neutrales“ sei. Die Eigen-

279 *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (411).

280 *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (412).

281 Die Theorien von *Kummer* und *Troller* gleichen sich indes nur auf den ersten Blick. Bei *Kummer* steht die „statistische Einmaligkeit“ – also ein rein werkbezogenes Kriterium – im Mittelpunkt der Schutzfähigkeitsprüfung. Er sieht in den urheberbezogenen Merkmalen der individuellen Prägung nur Indizien für diesen Aspekt. Für *Troller* stehen dagegen die sich auf das Werk prägend auswirkenden höchstpersönlichen Bindungen zwischen Subjekt und Objekt im Vordergrund.

282 Siehe hierzu bereits *supra* Punkt I.B.4.c.dd.(1).(b) und sogleich.

283 *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (388 und 398).

284 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, *passim*, z. B. S. 37 ff.; *Hubmann*, S. 31. Auf die Ausführungen *Hubmanns* wurde schon an verschiedenen Stellen eingegangen.

285 *Osterrith/Marwitz*, S. 25.

artigkeit der Erfindung liege in den in ihr selbst innewohnenden Eigenschaften, „*die die gleichen sind, ob A oder B die Erfindung gemacht haben*“. Dagegen verdanke das Geisteswerk seine Eigenart der Individualität des Schöpfers.

Eine individuelle Schöpfung (also ein Geisteswerk) liegt danach also nur dann vor, wenn sie nicht von zwei verschiedenen Individuen hätte hergestellt werden können. Eine vollkommene Übereinstimmung von zwei Werken ist also auch nach *Osterrieth/Marwitz* aufgrund der individuellen Prägung ausgeschlossen. Eine dogmatische Herleitung der somit vertretenen Prägetheorie findet sich in dem Werk indes nicht. Dafür gehen die Autoren im Weiteren auch auf die wesentliche Unterscheidung zwischen den eigentlichen Tatbestandsmerkmalen des Werkbegriffs und dem Aspekt ihrer praktischer Beweisfähigkeit ein. Sie erkennen, dass persönliche Prägung schwer nachzuweisen ist und geben dem Richter einen Regelkatalog an die Hand, der es ermöglichen soll, die einzelnen Schutzkriterien zu überprüfen<sup>286</sup>.

### (c) Weitere Hinweise auf die Prägetheorie

Weitere tiefer gehende Abhandlungen zur theoretischen Fundierung des Werkbegriffs bzw. zur Qualifikation des Werkes und dessen Merkmalen lassen sich dagegen nur schwer finden. Viele Autoren sprechen zwar den Aspekt einer „persönlichen Prägung des Werkes“ an, gehen hierauf jedoch nicht näher ein, sodass es schwer fällt, sich ein Bild über den Meinungsstand in der Rechtsliteratur zu machen. Hinweise auf ein sich an der Prägetheorie orientierendes Individualitätsverständnis finden sich z. B. bei *Schack*, der dem Merkmal der individuellen Prägung des Werkes durch die Persönlichkeit des Urhebers entscheidende Bedeutung beimisst<sup>287</sup>. Gleiches gilt für *Delp*, der meint, die Schutzfähigkeit erfordere „*den zum Ausdruck gebrachten geistigen Gehalt, die vom Geist geprägte Konzeption oder Formgebung durch Entfaltung persönlicher Züge des Urhebers und durch die Erzielung statistischer Einmaligkeit...*“<sup>288</sup>. Auch *Nirk*<sup>289</sup> setzt bei dem Merkmal der „Schöpfung“ an und führt aus, dass die Individualität einer geistigen Schöpfung voraussetze, „*dass bei dem literarischen oder künstlerischen Schaffen persönliche Züge zur Entfaltung kommen*“. Eine solche persönliche Eigenprägung müsse bei jedem schutzfähigen Werk vorhanden sein. Weitere Hinweise auf die Prägetheorie finden sich bei *Rehbinder*<sup>290</sup> *Marly*<sup>291</sup> und aus älterer Zeit bei *Voigtländer-Elster-Kleine*<sup>292</sup>.

286 *Osterrieth/Marwitz*, S. 30 ff.

287 In *Schack*, Rdnr. 165 heißt es: „*Das Besondere des Werkes ist die Ausstrahlung der individuellen schöpferischen Persönlichkeit.*“

288 *Delp*, 2. Auflage, Abschnitt V, Rdnr. 83.

289 *Nirk*, S. 66.

290 *Rehbinder*, Rdnr. 43 ff., 50, 151.

Eine klare Position beziehen auch *Nordemann* und *Vinck* in ihrem Kommentar zum Urheberrecht. Bis zur 8. Auflage dieses Werkes sprachen sich die Autoren ausdrücklich dafür aus, dass das Werk eine persönliche Prägung aufweisen müsse, um geschützt zu sein<sup>293</sup>. In der 9. Auflage wurde dann ausdrücklich die Abkehr von der bisherigen Auffassung verkündet<sup>294</sup>. Es sei zweifelhaft, ob § 2 Abs. 2 UrhG ein Tatbestandsmerkmal der persönlichen Prägung entnommen werden könne. Dies sei besonders im Hinblick auf weniger bekannte Künstler, die in dieser Eigenschaft keine Möglichkeit zur eigenpersönlichen Prägung des Werkes hätten, zweifelhaft. Es reiche vielmehr aus, wenn das Werk etwas Neues und Eigentümliches darstelle.

Das Beispiel mit den Schwierigkeiten weniger bekannter Künstler lässt aufhören. Diese Argumentation lässt darauf schließen, dass der Aspekt persönlicher Prägung durchaus unterschiedlich verstanden wird. Dies zeigt sich deutlich bei einem Vergleich mit der Lehre von *Troller* und *Hubmann*. Legt man deren Verständnis von der individuellen Prägung des Werkes zugrunde, ist es unerheblich, ob der Künstler bekannt ist oder nicht. Es kommt hiernach allein darauf an, dass dieser seine persönlichen Eigenheiten in den Schaffungsvorgang eingebracht hat.

Dieser Eindruck scheint sich an den Ausführungen von *Loewenheim* zu bestätigen. Dieser erwähnt ebenfalls den urheberbezogenen Faktor der „individuellen Prägung des Werkes“ an verschiedenen Stellen und bezeichnet diesen sogar als „*wesentliches Merkmal der Individualität*“<sup>295</sup>. Augenscheinlich steht diese Haltung zunächst mit dem ansonsten eher werkbezogenen Verständnis *Loewenheims* zum Individualitätsbegriff im Widerspruch<sup>296</sup>. Dieser Eindruck wird an anderer Stelle noch verstärkt. Dort meint *Loewenheim*<sup>297</sup> mit Verweis auf *Ulmer*, es sei nicht nötig, dass das Werk „*gewissermaßen den Stempel der Persönlichkeit des Urhebers trägt*“. Auch *Loewenheim* sucht – wie *Nordemann* und *Vinck* – die persönliche Prägung mithin im Werk selbst, nicht aber im Schöpfungsprozess.

291 *Marly*, S. 104 ff. (105), setzt sich insbesondere mit der Schutzfähigkeit von Computerprogrammen unter diesem Aspekt auseinander.

292 § 1 Anm. II 1 a: „*Von einem Geistes- (und Kunst-) Werk kann nur die Rede sein, wenn die Persönlichkeit – allerdings gleichgültig ob eine größere oder eine kleinere Persönlichkeit – darin zum Ausdruck kommt.*“

293 *Fromm/Nordemann-Vinck*, 8. Auflage, 1994, § 2, Rdnr. 13. Allerdings verwendete *Vinck* in diesem Zusammenhang nicht den Ausdruck „Individualität“, sondern behandelte den Aspekt der persönlichen Prägung unter dem Merkmal der „persönlichen“ Schöpfung.

294 *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 12.

295 *Schricker/Loewenheim*, § 2, z. B. Rdnr. 23 und 159; ders. GRUR 1987, S. 761 (765 f.). Hiernach sollen sich sogar Rechtsprechung und Literatur über diesen Punkt „*weit gehend*“ einig sein.

296 Siehe zu weiteren Ausführungen *Loewenheims* oben, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(b).

297 *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 24.

#### (d) Zwischenergebnis

Die untersuchten Quellen zeigen, dass das hinter dem Terminus der „persönlichen Prägung“ stehende Verständnis vom Werkbegriff trotz terminologischer Übereinstimmung im Detail erheblich variiert. Hier stehen sich die „Rechtsontologen“ auf der einen und die Befürworter der Theorie *Ulmers* auf der anderen Seite gegenüber.

Nachdem die Ausführungen *Trollers* und *Hubmanns* bereits dargestellt wurden, lässt ein Blick auf die Ausführungen *Ulmers* deutliche Unterschiede erkennen. Dieser begreift die persönliche Prägung als werkbezogenes Tatbestandsmerkmal, das allein den Grad der Individualität des Werkes ausdrückt<sup>298</sup>. Der Versuch einer pragmatischen, sich von der stark idealisierenden Sicht der Rechtsontologen abhebenden Theorie wird hieran klar erkennbar.

Es zeigt sich damit, dass die Argumentationsmuster in der Literatur sich trotz der Verwendung gleicher Begriffe in wesentlichen Punkten unterscheiden. Die meisten Autoren gehen davon aus, dass ein urheberrechtlich geschütztes Werk individuell und von der Person des Urhebers geprägt sein muss. Elementare Unterschiede ergeben sich jedoch in Bezug auf die Frage, wodurch diese Prägung begründet wird und ob sie einer Verkörperung bedarf, die auch im Werk ablesbar ist. Hier können zwei Strömungen im Schrifttum unterschieden werden. Während die einen die Prägung durch den Urheber im Werk suchen<sup>299</sup> – ohne sich dezidiert damit auseinander zu setzen, worauf eine solche Prägung letztlich beruhen könnte –, sehen die anderen den Schwerpunkt im Schaffensvorgang und der hierin begründeten inneren Beziehung zwischen dem Schöpfer und dem Werk. Die Akzente werden damit unterschiedlich gesetzt. Während die Vertreter der urheberbezogenen Prägetheorie eine – objektiv messbare – Verkörperung der persönlichen Prägung nicht fordern, sondern die Tatsache einer derartigen Personenbezogenheit an sich genügen lassen, suchen die anderen nach einer Verkörperung, ohne deren Ursprung als wesentlichen Aspekt zu verstehen.

Trotz aller Unterschiede zeigt sich an den vorstehend genannten Stimmen aus der Literatur indes auch, dass beide Strömungen letztlich auf einer gemeinsamen Grundannahme basieren: Das Werk ist ein persönliches Gut. Anders als andere Güter, die auf menschliches Schaffen zurückgehen, bei denen fest bestimmte Regeln die Ausformung bestimmen<sup>300</sup>, hängt die Formgebung des Werkes davon ab, wer

298 *“Die Individualität kann von verschiedener Stärke sein. Am stärksten ist die Individualität, wenn das Werk den Stempel des Urhebers trägt“* heißt es bei *Ulmer*, S. 124. Dieser Auffassung schließt sich im Übrigen auch *Haberstumpf* (in FS GRUR, S. 1125 (1141) an.

299 Dies Verständnis wurde kritisch v. a. von *Strömholm* (GRUR Int. 1996, S. 531) hinterfragt, der meint, eine solche Interpretation des Individualitätsbegriffes sei anachronistisch.

300 z. B. Naturgesetze, naturwissenschaftliche Erkenntnisse, die „Regeln der Kunst“ oder funktionsorientiertes Streben nach Perfektion.

dieses geschaffen hat. Persönliche Prägung bedeutet, dass die Person des Urhebers nicht austauschbar ist, ohne dass sich auch das Werk hierdurch ändern würde<sup>301</sup>.

(e) Erkenntnisse aus der Debatte über den Schutz von Inhalt und/oder Form

Dieses (Zwischen-)Ergebnis bestätigt sich im Übrigen bei einem Blick auf die ehemals unter dem Stichwort eines Schutzes von „Inhalt oder Form“ geführten Debatte und die diesbezüglichen Ausführungen. Wie oben bereits dargestellt wurde<sup>302</sup>, unterscheidet die heute h. M. in Bezug auf die Schutzfähigkeit des Gutes nicht mehr zwischen Inhalt und Form, sondern zwischen dem individuellen und dem Allgemeingut. Nur die individuelle Gestaltung, die das Werk nach außen dokumentiert (individueller Ausdruck, innere Form), stellt hiernach das geschützte Gut dar<sup>303</sup>. Dies basiert auf der Annahme, dass jeder Urheber sich im Rahmen seiner Schöpfung am (ungeschützten) Allgemeingut<sup>304</sup> bedient. Der Einfluss des Vorbestehenden auf das eigene Werk variiert von bloßer Inspiration bis hin zur identischen Übernahme einzelner Formen<sup>305</sup>.

Individuelle (und damit geschützte) Elemente eines Werkes unterscheiden sich vom Allgemeingut darin, dass sie der Person des Urhebers entstammen. Das Allgemeingut – das wiederum von den geschützten Gütern Dritter unterschieden werden muss – wurde dagegen vom Urheber bereits vorgefunden<sup>306</sup>. Es bildet die Substanz des individuellen Schaffens in Form der allgemein zugänglichen Quellen, der Ideen

301 Die (Wertungs-) Frage, ob der Individualitätsbegriff darüber hinaus eine Bagatellgrenze impliziert oder implizieren sollte, ist hiervon zu unterscheiden. Hierbei geht es – wie bei der anhaltenden Debatte über die Schöpfungshöhe – um die Frage, wie groß das Maß individueller Prägung durch den Urheber sein muss, um den Urheberrechtsschutz nicht über Gebühr auch auf „Werke der kleinen Münze“ auszudehnen.

302 Siehe hierzu bereits oben, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(aa).

303 Anschaulich beschreibt *Hubmann* (S. 31) die Unterschiede zwischen dem geschützten und dem Allgemeingut: „Die allgemeinmenschliche Anlage verbindet die Geister miteinander, sie ist von Natur aus allen mitgegeben, sie ist das allen Gemeinsame. Daher müssen auch geistige Gegenstände, die ihr entstammen, Gemeingut sein. Die individuelle Anlage ist dagegen das Trennende, Abgrenzende und Unterscheidende, sie macht das Einmalige jeder Persönlichkeit aus. Da sie von Natur aus dem einzelnen vorbehalten ist, hat er auf das mit ihr Geschaffene und aus ihr Hervorgegangene ein ausschließliches Anrecht.“ Auch *Kohler* hatte sich bereits zur Abgrenzung des (individuellen) Schutzgegenstandes vom Allgemeingut geäußert (AcP Nr. 182 (1894), S.142 ff. (153): „Der Begriff des Autorenguts ist abzugrenzen einmal gegenüber dem, was bereits an Ideen vorhanden ist und gegenüber dem, was seinen künstlerischen Charakter in sich trägt, also gegenüber dem, was der normale wohlgebildete Mensch unserer Kultursphäre von sich aus ohne Schöpferkraft hervorzubringen mag.“

304 Und natürlich auch den vorbestehenden Werken Anderer.

305 *Hubmann*, S. 32 f.; *Voigtländer/Elster/Kleine*, § 1 Anm. II 1 a.

306 So auch *Fromm/Nordemann-Vinck*, § 3, Rdnr. 9.

und Einfälle, Naturgesetze oder der Logik, Sprache oder Lebenssachverhalte. Durch den Vorgang der Werkschöpfung formt der Urheber diese Substanz zu einem konkreten, von anderen wahrnehmbaren Geisteswerk<sup>307</sup>. Diese spezielle Ausformung stellt das geschützte Gut dar.

Diese Auffassung vom Schutzgut ist heute wohl unbestritten<sup>308</sup>. Dass auch die Vertreter eines rein werkbezogenen Individualitätsbegriffs sich hierfür aussprechen, untermauert die oben geäußerte These, dass das Urheberrecht auch heute noch weiterhin als das Recht an einem personalisierten geistigen Erzeugnis verstanden wird und dass das Werk geschützt ist, da es von der Person des Urhebers geprägt wurde. Legt man dem Individualitätsbegriff – wie der Bundesgerichtshof – dagegen allein quantitative und qualitative Merkmale zugrunde, mangelt es an einer plausiblen Erklärung für die Unterscheidung des individuellen und geschützten vom ungeschützten Bereich. Attribute wie die – objektive oder subjektive – Neuheit, das Ausnutzen eines Gestaltungsspielraums oder die Besonderheit eines Geistesgutes lassen eine greifbare Abgrenzung des Schutzbereiches nicht zu, da sie nicht deutlich machen, was den „*public domain*“ von den individuellen Elementen des Schaffens unterscheidet.

Das Allgemeingut ist nicht etwa deshalb per se vom Schutz des Urheberrechts ausgeschlossen, weil es nicht neu oder originell sein kann, nicht ausgeformt ist oder bei dessen Ausformung keine Spielräume bestehen könnten<sup>309</sup>. Vielmehr fehlt es, nach heute allgemeiner Auffassung auch der Rechtsprechung<sup>310</sup>, an einer Rechtfertigung für deren Schutz – wie gesagt – allein deshalb, da der Urheber sie nicht durch Einsatz seiner individuellen Schaffenskraft erzeugt hat. Eine Zuordnung des individuellen Gutes ist dagegen möglich und gerechtfertigt, da dies einen außerhalb des Allgemeingutes stehenden Wert darstellt, der dem individuellen Wesen des Schöpfers entstammt<sup>311</sup>.

#### (f) Zusammenfassung und Anmerkung

Die Betrachtung der neueren und älteren deutschen Rechtsliteratur hat gezeigt, dass – trotz gewisser Unterschiede im Detail – das Werk als personenbezogenes Gut ver-

307 *“Im Schöpfungsvorgang macht der menschliche Geist sich selbst zum Objekt der Wahrnehmung, zu einem Objekt der Außenwelt“*, heißt es bei Hubmann (S. 33). Vgl. auch Reh binder, Rdnr. 47 ff.

308 S. o. bei den Ausführungen in Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(aa).

309 Etwas anderes könnte allenfalls für naturgegebene (also v. a. naturwissenschaftliche) Gesetze gelten.

310 Nachweise s. o. in den Fn. 164 und 165.

311 Hubmann, S. 33 spricht hier vom Zuordnungs- oder Schutzwürdigkeitsproblem. Vgl. hierzu auch Pahud, UFITA 2000/I, S. 99 ff.

standen wird. Dieser Aspekt fließt auch in die Beurteilung derer – vor allem der Rechtsprechung – ein, die das Werk ansonsten anhand rein pragmatischer, werkbezogener Merkmale definieren. Ob allerdings diese Vorstellung auf das Gros moderner Schutzgüter noch übertragbar ist, ist zumindest fraglich. Eine solche Sicht vom Werk hätte – jedenfalls bei konsequenter Zugrundelegung bei hierauf basierenden Fragen – vielerlei Konsequenzen für dessen Eigenschaften, von denen hier einige genannt werden sollen.

So wären, da die individuellen Eigenheiten eines jeden Menschen unterschiedlich sind und sich – jedenfalls im Detail – niemals vollkommen gleichen, auch alle personengeprägten Werke voneinander unterschiedlich<sup>312</sup>. Identische individuelle Schöpfungen wären dann gar nicht denkbar<sup>313</sup>, die zufällige Doppelschöpfung (nicht nur quasi-<sup>314</sup>) unmöglich<sup>315</sup>. Vielmehr lassen Intuition, eigene Betrachtungs- und Auffassungsweise, Stimmungen, Inspiration und Fantasie zwischen Schöpfer und Werk eine unnachahmliche persönliche Verbindung entstehen. Diese Verbindung

312 Vgl. auch *Schricker/Loewenheim*, § 23, Rdnr. 27: „Eine hundertprozentige Übereinstimmung wird zwar nach menschlicher Erfahrung kaum eintreten.“

313 So etwa *Osterrieth/Marwitz*, S. 25. Durch das heute sehr extensive Verständnis vom Schutzbereich des Urheberrechts (siehe zur Entwicklung Teil 2) erscheint dieser Grundansatz immer mehr als reine Theorie, da sich bei Werken, die unter Einsatz von Elektronik geschaffen werden, immer mehr anschauungsgleiche Ergebnisse feststellen lassen werden, vgl. *Kopff*, GRUR Int. 1983, S. 351 ff. (353).

314 Quasi unmöglich ist jedenfalls die Geltendmachung von Rechten für den späteren Urheber einer identischen Schöpfung, da dieser nach der Rechtsprechung beweisen muss, dass er sich an das vorbestehende Werk nicht, auch nicht unbewusst, angelehnt hat (siehe hierzu oben, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(dd)).

315 Es ist denkbar, dass viele Bücher über ein bestimmtes Thema geschrieben werden oder viele Musikstücke unter Verwendung derselben Tonart komponiert werden, ohne dass hierin eine Urheberrechtsverletzung in Form eines Plagiats, einer unfreien Benutzung liegen würde. Auch bei Kumulation vieler von verschiedenen Schöpfern gleichermaßen verwendeter Elemente ergibt sich keine andere Erkenntnis. So können mit den gleichen Farben, den gleichen Pinseln, unter Anwendung der gleichen Technik und Stilrichtung über ein identisches Thema wiederum theoretisch unendlich viele Bilder gemalt werden, die sich dennoch grundlegend, und damit ist gemeint hinsichtlich der hier relevanten Frage nach der Werkeigenschaft, voneinander unterscheiden. „Was in der Luft liegt und was die Zeit fordert, das kann in hundert Köpfen auf einmal entspringen, ohne dass einer dem anderen Abbruch tut“ sagte hierzu *Goethe*, Briefwechsel *Goethe-Zelter*, hrsg. von *Hecker*, 1913, S. 524, zit. nach *Rehbinder*, 10. Auflage, Rdnr. 49. Im Übrigen ist dies nicht auf eine mehr oder weniger hohe Zahl an Gestaltungsmöglichkeiten, die bei der Herstellung eines konkreten Erzeugnisses zur Verfügung stehen, zurückzuführen, sondern auf die Unendlichkeit menschlich-individueller Einflüsse. Nicht eine „statistische“ Einmaligkeit wie sie von *Kummer* zugrunde gelegt wird, ist es also, die das Merkmal der Individualität hiernach ausmacht, sondern der Aspekt der Individualisierung des Werkes.

basiert nicht – wie man meinen könnte – vorrangig auf Affektion, sondern vielmehr auf Affinität<sup>316</sup>.

Wer das Werk (allein) als ein Objekt persönlicher Prägung versteht, müsste konsequenterweise jedem nicht auf diese Weise individualisierten Erzeugnis geistigen menschlichen Schaffens den Schutz des Urheberrechts versagen. Dies könnte zu Problemen bei der Begründung des Urheberrechtsschutzes für vorrangig wirtschaftlich orientierte, meist moderne Schutzgüter führen.

### (3) Hinweise auf das Verständnis vom Werk aus dem geschriebenen Recht

Im Folgenden soll im Rahmen einer Untersuchung des geschriebenen Rechts der Frage nachgegangen werden, ob sich hieraus Hinweise auf die Bedeutung des Individualitätsbegriffs, und damit des Wesens des Werkes, ergeben. Ist die These *Hubmanns*<sup>317</sup> vom Werk als einmaligem geistigem Kind des Schöpfers wirklich ein Relikt der Vergangenheit oder orientiert sich das deutsche Recht noch immer an diesem Leitbild?

Nach dem klassischen Auslegungskanon der Methodenlehre sind zur Ermittlung der Rechtslage im Wege der Auslegung des Gesetzes fünf Kriterien zu berücksichtigen<sup>318</sup>. Soweit in der nachfolgenden Untersuchung von den klassischen Auslegungsregeln abgewichen wird, wurde dieser Weg bewusst und mit dem Ziel einer übersichtlichen Darstellung gewählt<sup>319</sup>.

316 Affinität bedeutet „Wesensverwandtschaft und dadurch bedingte Anziehung“. Dies trifft die persönliche Verbindung zwischen Urheber und Werk, welche die urheberbezogenen Ansätze zum Individualitätsbegriff sehen wollen, sehr gut. Subjekt und Objekt sind wesensverwandt, da das Wesen des Objekts durch das Wesen des Subjekts entscheidend geprägt wurde. Eine Affektion, also eine Zuneigung zum Werk, ist dagegen nicht erforderlich. Die Verbindung zwischen Urheber und Werk kann durchaus auch negative Empfindungen, eine negative Anziehungskraft erwecken.

317 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 37 f. drückt er es wie folgt aus: „*Man wird das wesentliche Merkmal der Schöpfung darin erblicken müssen, dass bei ihr der individuelle Geist selbst in eine äußere Form eingeht, dass er sich objektiviert und Ausdruck gewinnt, dass er sozusagen selbst Gestalt annimmt und aus dieser Gestalt wieder erkannt werden kann. Bei ihr könnte die Individualität nicht hinweggedacht werden, ohne dass das Ergebnis ein wesentlich anderes wäre.*“

318 Dies sind namentlich der Wortsinn, der Bedeutungszusammenhang, die Regelungsabsicht, Zwecke und Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers und objektiv-teleologische Kriterien, vgl. *Larenz/Canaris*, S. 141 ff.

319 Es ist in der Methodenlehre anerkannt, dass ein Abweichen von dem allgemeinen Prüfungsaufbau nötig sein kann vgl. *Larenz/Canaris*, S. 148 f.

(a) Wortlaut des Urheberrechtsgesetzes und der Materialien

Da dem Wortlaut des Gesetzes eine klare Aussage nicht zu entnehmen ist, sind zur Auslegung der hinter § 2 Abs. 2 UrhG stehenden Regelungsabsicht die Quellen, die das Zustandekommen des Gesetzestextes protokollieren<sup>320</sup>, und die Gesetzesbegründung heranzuziehen<sup>321</sup>.

Es fällt auf, dass die Motive keine eindeutige Definition des Werkbegriffs vorhalten. Ohnehin sind die Erläuterungen in diesem Punkt recht dürftig. Es ergibt sich hieraus wenig mehr als aus dem eigentlichen Gesetzeswortlaut. Beide Erkenntnisgrundlagen liefern lediglich ein Indiz dafür, dass auch der Gesetzgeber seinerzeit von einer gewissen Urheberbezogenheit des Werkbegriffs ausgegangen war, indem die Schöpfung mit dem Attribut „persönlich“ näher definiert wird.

Dieses Indiz wird zunächst durch die Tatsache gestützt, dass erst mit der Änderung des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1965 der heute geltende Werkbegriff implementiert wurde. LUG und KUG enthielten eine dem § 2 Abs. 2 UrhG entsprechende Vorschrift nicht<sup>322</sup>. Dies gilt auch und besonders für das Merkmal der „persönlichen“ Schöpfung. Es ist daher nahe liegend, dass die Gesetzesverfasser des Urheberrechtsgesetzes von 1965 mit dem Aspekt der „persönlichen“ Schöpfung die Beziehung zwischen der Person des Urhebers und dem Werk hervorheben wollten<sup>323</sup>.

Ein Blick in die Motive widerlegt dies nicht. Hier heißt es lediglich, dass durch die Einführung der Werkdefinition „persönlich geistige Schöpfung“ nur die ohnehin in Rechtsprechung und Lehre durchgesetzte h.M festgeschrieben werden sollte<sup>324</sup>. Hiermit sei nicht etwa intendiert gewesen, Werke der „kleinen Münze“<sup>325</sup> mit „geringer“ Individualität aus dem Urheberrecht herauszudrängen<sup>326</sup>. Dem Vorschlag, das Werk als „Schöpfung eigentümlicher Prägung“ zu bezeichnen, sei man bewusst nicht gefolgt, da dies im Hinblick auf den Schutz der kleinen Münze bedenklich gewesen wäre<sup>327</sup>.

Diese Erläuterungen haben zu der hier untersuchten Frage, ob nach deutschem Recht zwischen Urheber und Werk ein individuelles Band bestehen muss oder nicht,

320 Also besonders die verschiedenen Entwürfe des Gesetzes und die Beratungsprotokolle.

321 Vgl. *Larenz/Canaris*, S. 151.

322 Vgl. Motive, UFITA 45 (1965), S. 252.

323 Anders die heute h. M., s. o. bei Punkt I.B.4.c.aa).

324 UFITA 45 (1965), S. 252.

325 Im Allgemeinen werden so Erzeugnisse genannt, die zwar objektiv als geistige Schöpfungen zu qualifizieren sind, dabei aber nur ein geringes Maß an Individualität aufweisen, vgl. *Schack*, Rdnr. 261.

326 Motive, UFITA 45 (1965), S. 252.

327 Diese Formulierung hätte in der Tat eine Signalwirkung in Richtung erhöhter Anforderungen an den persönlichen Einsatz bei der Werkschöpfung sowie den persönlichen Einfluss auf das Ergebnis des Schöpfungsvorgangs entfalten können.

keinen Bezug. Eingegangen wird hier nur auf die Qualität des Werkes, also das nötige Maß an Individualität. Dies ist Folgefrage zu der Beurteilung, was dem Aspekt der Individualität an sich zu entnehmen ist.

Zur eigentlichen Definition des Werkes findet sich in der Gesetzesbegründung nur folgende Aussage:

„Als „persönlich geistige Schöpfungen“ sind Erzeugnisse anzusehen, die durch ihren Inhalt oder durch ihre Form oder durch die Verbindung von Inhalt und Form etwas Neues und Eigentümliches darstellen.“<sup>328</sup>

Es scheint zunächst, als ließe sich hieran die Ansicht von *Thoms*<sup>329</sup> und *Schulze*<sup>330</sup> bestätigen, nach denen der Terminus „Schöpfung“ an sich schon die Schaffung und Entstehung von etwas objektiv Neuem/Andersartigem impliziert. Hieran lässt jedoch zweifeln, dass die ganz h. M. in der objektiven Neuheit – zu Recht – gerade kein Schutzfähigkeitsmerkmal sieht<sup>331</sup>. Ebenso gut – und hierfür spricht nicht zuletzt der Hinweis der Motive auf die Intention, die h. M. festschreiben zu wollen – kann hiermit die subjektive Neuheit gemeint sein. In diesem Fall handelte es sich bei dem Aspekt der Neuheit um ein urheberbezogenes Merkmal<sup>332</sup>.

Im Übrigen zeigt sich z. B. an der Kommentierung von *Voigtländer/Elster/Kleine* zum KUG auch, dass das Wort „eigentümlich“ ebenso gut als ein urheberbezogenes Attribut verstanden werden kann. Die Autoren verwenden diesen Begriff zur Begründung der von ihnen vertretenen Prägetheorie<sup>333</sup>.

Ebenso wenig ergibt der Versuch einer semantischen Untersuchung. Deutsche Sprachwörterbücher beschreiben das Wort „eigentümlich“ mit so – jedenfalls subjektiv – unterschiedlichen Synonymen wie „eigenartiges Wesen“<sup>334</sup>, „charakteristisch“, „seltsam“, „merkwürdig“ oder „verwunderlich“<sup>335</sup>. Eindeutige Schlüsse darauf, was die Motive hiermit in Bezug auf das Wesen des Werkes sagen wollten, sind daher kaum möglich.

Als Zwischenergebnis ist nach Auslegung von Gesetzes- und Begründungswortlaut festzuhalten, dass sich den Gesetzesmaterialien nur sehr vage Hinweise auf das Werkverständnis entnehmen lassen.

328 Motive, UFITA 45 (1965), S. 252.

329 *Thoms*, S. 247.

330 *Schulze*, S. 139.

331 Nachweise hierzu s. o., Fn. 191.

332 Die sog. subjektive Neuheit ist ein Faktor, der in der Person des Urhebers begründet liegt, die objektive Neuheit liegt dagegen allein im Werk begründet.

333 *Voigtländer/Elster/Kleine*, § 1 Anm. II 1 a.

334 So *Trübners* Deutsches Wörterbuch, 1940.

335 *Klappenbach/Steinitz*, Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache, 1977.

(b) Systematik und Bedeutungszusammenhang von § 2 Abs. 2 UrhG

Ist einer Vorschrift weder ein eindeutiger Wortsinn, noch eine klare Regelungsabsicht zu entnehmen, ist diese im Hinblick auf die maßgeblichen Wertentscheidungen und Prinzipien, das sog. „innere System“ des Gesetzes, in dessen Kontext sie eingefügt ist, zu untersuchen<sup>336</sup>. Hieraus können sich wiederum Hinweise auf den Regelungswillen des Gesetzgebers ergeben.

(aa) Schlussfolgerungen aus dem Kontext von Werkbegriff und Schöpferprinzip

Ein solcher Hinweis lässt sich dem Schöpferprinzip als wesentlichem Grundpfeiler des deutschen Urheberrechts entnehmen. Ein Grund für die – unabhängig von jeglicher Wertungsentscheidung begründete – Tatsache, dass dieses keinerlei Durchbrechung erfährt, wird darin gesehen, dass das Werk nach dem Grundverständnis des deutschen Rechts durch die persönliche Verbindung des Schöpfers zum Werk nur dessen Rechtskreis zugeordnet werden kann<sup>337</sup>. Eine solche Erklärung des Schöpferprinzips erscheint durchaus plausibel. Sie weist dabei auf eine naturrechtliche Begründung des Urheberrechts hin<sup>338</sup>.

Eine solche Erklärung für die Undurchbrochenheit des Schöpferprinzips trägt jedoch nur, wenn man ein personenbezogenes Wesen des Werks voraussetzt. Auch ansonsten spricht einiges für die Annahme, dass gerade in dieser verkärten Sicht vom urheberrechtlichen Schutzgegenstand ein wesentlicher Grund für die – offenbar eher unreflektierte – Entscheidung, ein undurchbrochenes Schöpferprinzip zur Maxime des deutschen Urheberrechts zu erklären, zu suchen ist. Wie an anderer Stelle noch aufgezeigt wird, wäre diese strenge Zuordnungsregel bei Zugrundelegung einer utilitaristischen Sicht des Urheberrechts keineswegs zwingend<sup>339</sup>.

Dass im deutschen Rechtskreis eine idealisierende Sicht vom urheberrechtlichen Schaffen noch immer auf das Rechtsverständnis Einfluss nimmt<sup>340</sup>, zeigt sich einerseits an einem Vergleich mit dem – auf utilitaristischem Fundament basierenden –

336 Larenz/Canaris, S. 149.

337 Vgl. Reh binder, Rdnr. 248.

338 Vgl. zu den Hinweisen, die sich aus dem Schöpferprinzip in Bezug auf eine naturrechtliche Begründung des Urheberrechts ergeben, die Ausführungen oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt II.B.2).

339 Siehe hierzu unten, Kapitel 2, Punkt II.A.2.b.bb.(4).

340 Auch hier sei noch einmal an die treffende Einschätzung von Ulmer (S. 106) erinnert: „Auch bleibt sie {die naturrechtliche Begründung des Urheberrechts} im Rahmen der gesetzlichen Regelung als Rechtsidee lebendig, unter deren Wirkung die Auslegung der Gesetze steht.“

Copyright<sup>341</sup> und andererseits bei einem Blick auf die Unterschiede zu den gewerblichen Schutzrechten<sup>342</sup>. Sowohl im Patent-<sup>343</sup> als auch im Geschmacksmusterrecht<sup>344</sup> sind Durchbrechungen vom Grundsatz der Zuordnung zum Erbringer der schöpferischen bzw. kreativen Leistung anerkannt. Diese Tatsache führt primär auf eine Wertung zurück, nach der das Interesse des Arbeitgebers am Erhalt des Rechts das Interesse des Erfinders oder Musterurhebers überwiegt. Eine solche Wertung wird im Urheberrecht dagegen gar nicht erst vorgenommen<sup>345</sup>. Ein plausibler Grund hierfür erschließt sich nur dann, wenn man das Werk (wie oben dargestellt) – anders als die gewerblichen Schutzgüter – als personenbezogenes Gut versteht. Würde eine Wertung vorgenommen, spräche – angesichts der abweichenden Regelungen bei den gewerblichen Schutzrechten – per se einiges dafür, von dieser Regel in mancher Konstellation abzuweichen. Es drängt sich förmlich auf, dass dieser übliche Weg zur gesetzlichen Lösung von Interessenskonflikten durch eine naturrechtliche und idealisierende Sicht von Urheber und Werk verstellt ist<sup>346</sup>.

Eine systematische Harmonie zwischen Werkbegriff und Schöpferprinzip besteht damit nur, wenn der Werkbegriff urheberbezogen und das Werk als personenbezogenes Gut verstanden wird. Dies zeigt sich an einem Umkehrschluss: Wären (allein) die vom Bundesgerichtshof angewendeten Individualitätskriterien für das Werk charakteristisch, verbliebe der Auffassung von der Unbeschränkbarkeit des Schöpferprinzips<sup>347</sup> keine Rechtfertigung. Dies gilt umso mehr bei einer Anerkennung des Schutzes von Werken der kleinen Münze. Wenn anerkannt würde, dass den Urheber mit seiner Schöpfung in sehr vielen Fällen nicht mehr verbindet als die Erbringung einer minimalen kreativen Anstrengung, könnte kaum mehr begründet werden, warum nicht z. B. dem Arbeit- oder Auftraggeber, der immerhin das gesamte finanzielle Risiko der Verwertungsfähigkeit und Amortisierung trägt, das Schutzrecht zugesprochen wird<sup>348</sup>.

341 Hier ist es selbstverständlich, dass auch die Zuordnungsfrage einem Interessensausgleich zugänglich ist. Dies zeigt sich an der „work-made-for-hire-Doktrin“, siehe hierzu Kapitel 3, Punkt III.B).

342 Schon die Unterscheidung zwischen Urheberrecht und den gewerblichen Schutzrechten lässt darauf schließen, dass dem Schutzgegenstand des Urheberrechts eine andere, personenbezogene Eigenschaft zugeschrieben wird. Siehe *Dreier/Schulze-Dreier*, Einleitung, Rdnr. 29 ff.

343 Eingehend hierzu unten Kapitel 2, Kapitel 2, Punkt II.A.2.b.bb.(4).(b).

344 Siehe § 2 GeschmMG a. F. und § 7 Abs. 2 des neuen GeschmMG, das am 1. Juni 2004 in Kraft getreten ist. Siehe hierzu *Dreier/Schulze-Schulze*, § 7, Rdnr. 8, § 2, Rdnr. 175 ff.

345 Näheres hierzu und der Diskussion über Produzentenschutzrechte vgl. unten, Teil 3, Kapitel 2, Punkt II.A.).

346 So käme man z. B. bei Zugrundelegung eines leistungsbezogenen Zuordnungsprinzips im Zweifel in mancher Konstellation zu anderen Ergebnis als das Schöpferprinzip (siehe hierzu unten, Teil 4, Kapitel 3, Punkt II.D).

347 Von der auch das Bundesverfassungsgericht ausgeht, s. u., Kapitel 2, Punkt II.A.2.b.bb.(4).

348 In diesem Sinne auch *Larese* in *FS Vischer*, S. 719 (719 ff.) und andere Vertreter der schweizerischen Lehre. Siehe eingehend hierzu wiederum unten, Teil 3, Kapitel 2, Punkt II.).

Dies weist deutlich darauf hin, dass die hinter dem Schöpferprinzip stehende Wertung von andersartigen, persönlichen Bindungen zwischen Urheber und Werk ausgeht und damit anscheinend von einer idealisierenden, naturrechtlich geprägten Vorstellung vom Urheberrecht.

(bb) Schlussfolgerungen aus dem Kontext von Werkbegriff und Urheberpersönlichkeitsrecht

Auch der Ausgestaltung des Urheberpersönlichkeitsrechts im Urheberrechtsgesetz lassen sich in Bezug auf die Auslegung des Werkbegriffs und das Wesen des Werkes Indizien entnehmen. „Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen persönlichen und geistigen Beziehungen zum Werk“, heißt es in § 11 UrhG. Das monistische Prinzip führt zu einer Abhängigkeit beider Komponenten und dabei zu einer gewissen Dominanz der ideellen über die materielle Seite des Urheberrechts<sup>349</sup>.

Das uneingeschränkte Bestehen von Urheberpersönlichkeitsrechten zeigt, dass eine ideelle Bindung zwischen Urheber und Werk im deutschen Urheberrecht vorausgesetzt wird. Ideelle Interessen verschiedener Art sind denkbar. So soll das Urheberpersönlichkeitsrecht Leumund und Ehre des Urhebers schützen, die durch Beeinträchtigungen des Werkes geschädigt werden können<sup>350</sup>. Daneben dient es dem Urheber jedoch auch, Integrität und Authentizität seines „geistigen Kindes“<sup>351</sup> gesichert zu wissen.

Dass auch den deutschen Regelungen zum Urheberpersönlichkeitsrecht ein dem entsprechendes Ziel, die eigentliche Beziehung zwischen Urheber und Werk<sup>352</sup> zu schützen, zugrunde liegt, zeigt u. a. die Tatsache, dass der Gesetzgeber bei der Neuregelung 1965 erheblich über die internationalen Vorgaben aus Art. 6<sup>bis</sup> RBÜ hinausgegangen ist. Ausreichend wäre vor dem Hintergrund des hierin definierten internationalen Schutzniveaus des Urheberpersönlichkeitsrechts, den Urheber vor ehr- und rufschädigenden Eingriffen zu schützen. Das in das Urheberrechtsgesetz implementierte Urheberpersönlichkeitsrecht im engeren und weiteren Sinne<sup>353</sup> geht

349 Vgl. *Ulmer*, S. 114 ff. Folge dieser gesetzlichen Verknüpfung ist z. B. die Unübertragbarkeit des Urheberrechts gem. § 29 Abs. 1 UrhG, vgl. nur *Rehbinder*, Rdnr. 31; Motive, UFITA 45 (1965), S. 270 und oben, Kapitel 1, Punkt I.B.1).

350 *Dreier/Schulze-Schulze*, vor § 12, Rdnr. 1.

351 *Ulmer*, S. 209; gegen diese Parallele wendet sich *Larese*, Kulturbetrieb, S. 52 ff.

352 Und damit nicht nur einen Schutz von Ansehen und Ehre des Urhebers nach außen.

353 Unter dem Urheberpersönlichkeitsrecht im engeren Sinne werden die Kernvorschriften des Urheberpersönlichkeitsrechts in den §§ 12 – 14 UrhG verstanden, vgl. *Schricker/Dietz*, vor §§ 12 ff., Rdnr. 6 ff. Urheberpersönlichkeitsrechte im weiteren Sinne bezeichnet weitere Normen, die expliziten oder impliziten persönlichkeitsrechtlichen Charakter aufweisen. Dies sind beispielsweise die §§ 25, 29, 41, 42 UrhG, vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, vor § 12, Rdnr. 3.

hierüber jedoch weit hinaus<sup>354</sup>. Es schützt den Urheber auch vor Eingriffen, die keine „Außenwirkung“ haben, sondern die Beziehung zwischen Urheber und Werk beeinträchtigen<sup>355</sup>. Die Notwendigkeit eines solchen Persönlichkeitssschutzes an einem von der Schöpferperson abgetrennten Gegenstand erklärt sich, wenn man im Werk ein Stück „extrahierter Persönlichkeit“<sup>356</sup> sieht.

Aus dieser Erkenntnis ergibt sich ein systematisch begründetes Argument: Wenn das Urheberrecht eine besondere persönliche Beziehung zwischen Urheber und Werk voraussetzt, ist davon auszugehen, dass die persönliche Einflussnahme des Erzeugers auf den Schöpfungsprozess ein wesentliches Merkmal des Werkes ist. Wäre man dagegen von einem rein sachlichen Werkverständnis ausgegangen, entfielen in Bezug auf so manche Regelung des Urheberpersönlichkeitsrechts jegliche Erklärung und Rechtfertigung. Nicht zuletzt entbehrte in diesem Fall die Ungleichbehandlung mit dem Sacheigentum, bei dem ein dem Urheberpersönlichkeitsrecht entsprechender ideeller Schutz nicht anerkannt wird, jeglicher Begründung.

### (cc) Schlussfolgerungen aus der Dichotomie von Urheber- und Leistungsschutzrechten

Auch dem abgestuften Schutzsystem für geistige Leistungen, das auf einer Dichotomie von Urheber- und Leistungsschutzrechten basiert, können Anhaltspunkte für die Auslegung des Werkbegriffs im Lichte der vorliegenden Fragestellung entnommen werden. Die dogmatische und konzeptionelle Differenzierung und Ungleichbehandlung der beiden Rechtsfamilien lässt darauf schließen, dass dem Werk – anders als anderen Schutzgütern – idealisierende Eigenschaften zugewiesen werden. Dies wiederum spricht gegen die Annahme eines rein werkbezogenen Individualitätsbegriffs. Dies soll im Folgenden anhand des verwandten Schutzrechts der ausübenden Künstler, das dem Urheberrecht am nächsten steht, aufgezeigt werden.

Vom rein werkbezogenen Ansatz einer Definition des Werkbegriffs ausgehend, versagen die allgemein konzertierten grundsätzlichen Unterscheidungsmerkmale

354 Dies zeigt sich beispielsweise an dem Zugangsrecht in § 25 UrhG sehr deutlich. Dies gehört nach h. M. zum „unauflösllichem urheberpersönlichkeitsrechtlichen Band zwischen Urheber und Werk“ (*Schricker/Dietz*, vor §§ 12 ff., Rdnr. 9; *Dreier/Schulze-Schulze*, § 25, Rdnr. 1 jeweils m. w. Nachw.). Es soll dem Urheber ermöglichen, Zugang zu Werken zu erlangen, von denen er keine weiteren Exemplare besitzt und diese zu vervielfältigen.

355 Dies gilt z. B. für den Grundsatz der Unübertragbarkeit des Urheberrechts, der das Band zwischen Urheber und Werk schmiedet (siehe *Dreier/Schulze-Schulze*, § 29, Rdnr. 2 f.). Ein bloßer Schutz gegen Ruf- und Ehrverletzungen würde einer solch weit gehenden, unauflösllichen Bindung nicht bedürfen.

356 *Delp*, Abschnitt II, Rdnr. 1 spricht vom Werk als einer „Emanation der Schöpferpersönlichkeit“.

zwischen urheberrechtlich geschütztem Werk und leistungsschutzrechtlich erfasster Leistung. Auch die Leistung etwa eines ausübenden Künstlers kann außergewöhnlich sein, sich wesentlich von anderen unterscheiden, einen hohen ästhetischen oder künstlerischen Wert aufweisen und sich vom Maßstab bloßer handwerklicher Leistung abheben<sup>357</sup>.

Somit bliebe nur, den Anwendungsbereich von Urheberrecht und verwandten Schutzrechten daran abzugrenzen, dass der ausübende Künstler nicht ein Werk schafft, sondern ein geschaffenes Werk interpretiert oder darstellt. So betrachtet ist die durch die Leistung des ausübenden Künstlers geschaffene Darstellung nicht Ausdruck eigener Persönlichkeit, sondern eines fremden Geistes. Der wesentliche Unterschied – und das ist wohl unbestritten – bei der Abgrenzung der Leistung von der Schöpfung liegt also darin, wessen individueller Geist in einer bestimmten Darstellungsform ausgedrückt wird<sup>358</sup>.

Es erschiene widersinnig, einerseits aufgrund dieser Annahme die Schlechterstellung und Andersbehandlung der ausübenden Künstler oder anderer Leistungsschutzberechtigter zu begründen, auf der anderen Seite aber den Ausdruck der Individualität des Schöpfers oder eine Bindung zwischen Urheber und Werk nicht als Schutzkriterium anzusehen. Entsprechend erkennt auch der Bundesgerichtshof den Unterschied zwischen Werk und Darbietung darin, dass das Leistungsschutzrecht die Wiedergabe eines Werkes, das „*Urheberrecht hingegen die in dem Werk selbst zum Ausdruck gelangte persönliche geistige Schöpfung*“ schützt<sup>359</sup>. Dies zeugt wiederum davon, dass auch der Gesetzgeber dem Werk nicht ausschließlich sachliche Kriterien zuschreibt.

Da es auf die Art der Darstellung oder das Trägermedium urheberrechtlich nicht ankommt, müsste man bei der Bestimmung des Werkbegriffs an objektiven Faktoren auch die Leistungen der ausübenden Künstler als grundsätzlich urheberrechtsschutzfähig anerkennen<sup>360</sup>. Das dann einzig maßgebliche Tatbestandsmerkmal<sup>361</sup>, nämlich ob ein ausreichender, objektiv messbarer „Gestaltungsspielraum“ bei der Interpretation eines Stoffes – etwa für einen Schauspieler – besteht, dürfte bei den geringen Anforderungen, die die Rechtsprechung hieran stellt, in den meisten Fällen vorliegen. Auch die Interpretation eines Werkes kann sehr unterschiedlich und durch

357 Vgl. *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (989).

358 Vgl. statt vieler *Ulmer*, S. 17 und unten Punkt II.).

359 BGH GRUR 1984, S. 730 (732) – Filmregisseur m. Anm. *Schricker*.

360 Dies ist indes nicht der Fall. Wenn auch eine klare Unterscheidung nicht immer gelingt und eine Person gleichzeitig ausübender Künstler und Urheber sein kann (BGH GRUR 1984, S. 730 (732) – Filmregisseur m. Anm. *Schricker*) – zwischen Schöpfung und Darbietung wird strikt unterschieden; an demselben Geistesgut können nicht gleichzeitig Urheber- und Leistungsschutzrechte bestehen (BGH ebd.).

361 An den weiteren Merkmalen des Werkbegriffs, also an persönlicher Schöpfung, geistigem Gehalt und Formgestaltung dürfte im Regelfall ebenso wenig zu zweifeln sein, wie der Zugehörigkeit einer solchen Leistung zum Bereich der Kunst.

die Person des Schauspielers oder Musikinterpreten individuell geprägt ausfallen<sup>362</sup>. Man wird sogar davon ausgehen können, dass etwa die Regeln der Schauspielkunst oder der Intonation auch in Verbindung mit den Vorgaben, die das jeweilige Werk an den Darsteller stellt, weit flexibler sind, als z. B. der enge Gestaltungsrahmen, den Aufgabenstellung und technische Vorgaben bei der Programmierung eines Computerprogramms eröffnen.

Beschränkt man sich auf die Merkmale „originell“ und/oder „subjektiv neu“ oder „besonders“, reichte der Schutzbereich des Urheberrechts in manchen Fällen auch in die Tätigkeit der Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen oder der Herausgeber nachgelassener Werke etc. hinein<sup>363</sup>. Eine solche Situation findet sich im US-amerikanischen *Copyright*, in dem die Schutzvoraussetzungen durch den werkbezogenen Begriff der *originality* definiert werden, ohne dass es auf ein „geistiges Band“ zwischen Urheber und Werk ankäme. Eine stringente Trennung von *Copy-* und *Performances Rights* sieht das Recht dort nicht vor. In der Entscheidung *Capitol Record vers. Mercury Records Corp.* etwa heißt es<sup>364</sup>:

„... in the vast number of renditions, the performer has a wide choice depending upon his gifts, and this makes his rendition pro tanto quite as original as ‘composition’ as an ‘arrangement’ or ‘adaption’ of the score itself, which § 1 (b) makes copyrightable.“

#### (dd) Schlussfolgerungen aus der Stellung des Urheberrechts im System der Immaterialgüterrechte

Auch das nach Schutzgegenständen differenzierende System der Immaterialgüterrechte, das sich in Urheberrechte einerseits und gewerbliche Schutzrechte andererseits untergliedert, könnte Hinweise auf die Auslegung des Werkbegriffs enthalten. Dies legt die systematische Sonderstellung des Urheberrechts auf dem Gebiet der Immaterialgüterrechte nahe.

Ein direkter Vergleich der beiden, systematisch und dogmatisch streng zu trennenden Regelungsgebiete lässt sich am besten anhand des – jedenfalls *de lege lata* – mit dem Urheberrecht nach der h. M.<sup>365</sup> eng verwandten Geschmacksmusterrechts anstellen, das – wie auch das Urheberrecht – Erzeugnisse der angewandten Kunst

362 Dies erkennt auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 893 (897) an; ebenso auch *v. Rauscher auf Weeg*, GRUR 1967, S. 572 (573);

363 Auch *Hubmann* (Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 37 f.) kam zu dem Schluss, dass die Differenzierung zwischen Leistung und Schöpfung nicht auf Basis des Neuheitsbegriffs oder der Besonderheit gelingen kann, da diese Attribute auch für viele Leistungen zutreffen. Der Unterschied liege vielmehr in der Besonderheit der Schöpfung begründet, in der die Person des Urhebers Gestalt angenommen habe (siehe oben, Fn. 317).

364 Zit. nach *Cohen Jehoram* in INTERGU (Hrsg.), *Author’s right without author?*, S. 33 (36).

365 Nachweise siehe sogleich unter Fn. 368 und 369.

schützt<sup>366</sup>. Dieses ungewöhnliche Regelungsgefüge wirft zunächst die Frage auf, in welchem Verhältnis beide Rechte zueinander stehen.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das deutsche Geschmacksmustergesetz im Jahre 2004 grundlegend reformiert wurde. Das „Geschmacksmusterreformgesetz“ geht zurück auf die Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen. Nach Art. 6 Abs. 1 Geschmacksmusterreformgesetz ist das neue Geschmacksmustergesetz vom 12. März 2004 am 1. Juni 2004 in wesentlichen Teilen in und das alte „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen“ vom 11. Januar 1987 außer Kraft getreten<sup>367</sup>. Die Reform führte zu grundlegenden Veränderungen des Geschmacksmusterrechts, die sowohl den Inhalt der Regelungen als auch dessen Wesen und das Verhältnis zum Urheberrecht betreffen. Im Folgenden soll, um dies zu veranschaulichen, kurz auf die Lage vor und nach der Gesetzesreform eingegangen werden.

Nach der zum (noch) geltenden Recht entwickelten ganz h. M.<sup>368</sup> und ständigen Rechtsprechung<sup>369</sup> ist der Unterschied zwischen Urheber- und Geschmacksmuster-

366 Siehe § 1 GeschmMG.

367 Vgl. BGBl. I 2004, Nr. 11 vom 18. März 2004, S. 390 ff.

368 Statt vieler *Kur* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 34 und 40. Nicht eindeutig *Schricker/Loewenheim*, § 2, der Urheber- und Geschmacksmusterrecht zunächst (Rdnr. 33) anscheinend rein graduell abzugrenzen scheint, später (Rdnr. 157) hingegen einen Wesensunterschied der beiden Rechte erkennt.

369 So schon die nahezu einheitliche Rechtsprechung des RG in Bezug auf Werke der bildenden und angewandten Kunst, vgl. nur RGZ 155, S. 199 (202), wo es heißt: „*Wenn es dabei {bei der Anregung des ästhetischen Gefühls durch Anschauen} auch auf den höheren oder geringeren Kunstwert an sich nicht ankommt, so ist doch zur Abgrenzung gegenüber dem Geschmacksmuster, ..., daran festzuhalten, dass bei Kunstwerken der ästhetische Gehalt einen solchen Grad erreichen muss, dass nach den im Leben herrschenden Anschauungen noch von Kunst gesprochen werden kann*“ {es folgen Verweise auf vorangegangene Entscheidungen}. „*Der Unterschied {zwischen Geschmacksmusterschutz und Kunstwerkschutz,} liegt im Grade des Schönheitsgehalts, der bei einem Kunstwerk so groß sein muss, dass nach den im Leben herrschenden Anschauungen noch von Kunst gesprochen werden kann*“ (S. 205). Diese Argumentation wurde auch vom Bundesgerichtshof übernommen, vgl. GRUR 1952, S. 516 (517) – Hummel-Figuren; BGH GRUR 1959, S. 289 (290) – Rosenthal-Vase (mit kritischer Anmerkung von *Henssler*); GRUR 1961, S. 635 (637) – Stahlrohrstuhl. Anders argumentiert der Bundesgerichtshof bei der Erörterung der Schutzfähigkeit von Musikstücken. Hier wird als entscheidender Faktor die „Eigentümlichkeit“ des Stückes genannt. Ein Lied beruht notwendigerweise immer auf allgemein zugänglichen Faktoren, wie den Grundsätzen der Harmonik, der Rhythmik und der Melodik. Da allein die Anwendung dieser Grundlagen noch keine Schutzfähigkeit ausmacht, komme es hier darauf an, in welcher Weise diese in individueller Weise (also eigentümlich) arrangiert wurden, vgl. BGH GRUR 1981, S. 267 (268 f.) – Dirlada. Zwar ist auch hier davon die Rede, dass die schöpferische Eigentümlichkeit bei Musikwerken in ihrer „*individuellen ästhetischen Ausdruckskraft*“ läge. An diesen ästhetischen Gehalt dürften aber keine hohen Anforderungen gestellt werden. Von Kunst ist nicht die Rede. Die unterschiedliche Handhabung des Schutzes von Musikstücken einerseits und Werken

recht lediglich gradueller Natur. Werke der angewandten Kunst sind nach dem Bundesgerichtshof nur dann urheberrechtlich geschützt, wenn es sich hierbei „nach den im Leben herrschenden Anschauungen noch um Kunst“ handelte<sup>370</sup>. Judikatur und Lehre sind sich einig, dass für den Urheberrechtsschutz ein „ästhetischer Überschuss“ erforderlich sei<sup>371</sup>. Was hiermit gemeint sein soll, lässt sich abstrakt schwer beschreiben. Das Empfinden für Ästhetik und die Auffassung von Kunst ist bekanntlich sehr subjektiv, was die Handhabung des Abgrenzungsmerkmals außerordentlich erschwert.

Ebenso wie § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG (Werke der angewandten und bildenden Kunst) schützt das Geschmacksmusterrecht ästhetische Formgestaltungen<sup>372</sup>. Das Pendant zum urheberrechtlichen Werkbegriff fand sich im alten Geschmacksmusterrecht in § 1 Abs. 2 a. F. GeschmMG. Nur „eigentümliche Erzeugnisse“ sollten hiernach geschützt sein. Diese Eigentümlichkeit bezog sich allein auf das Produkt, nicht jedoch auf eine wie auch immer geartete persönliche Beziehung zwischen Hersteller und Produkt<sup>373</sup>. Wie der Urheberrechtsschutz beschränkte sich der Geschmacksmusterschutz hiernach auf Gestaltungen und Formgebungen, die das Durchschnittskönnen eines Mustergestalters merklich übersteigen und objektiv eigenartig sind<sup>374</sup>.

Schon im Hinblick auf die alte Rechtslage sprechen verschiedene Argumente gegen die Annahme, dass zwischen den Schutzobjekten der beiden Immaterialgüterrechte allein graduelle, qualitative Unterschiede bestünden. Ein solches ergibt sich bereits aus dem Abgrenzungsversuch des Bundesgerichtshofs, der auf der Unterscheidung von Kunst und „Nichtkunst“ basiert. Es ist zweifelhaft, ob eine solche Abgrenzung die Dichotomie der beiden Rechte wirklich zutreffend abbildet. Da ansonsten die ganz h. M. in Literatur und Rechtsprechung die Ansicht vertritt, dass (auch)<sup>375</sup> das Urheberrecht über den Kunstbegriff nicht urteilt<sup>376</sup>, ist die Argumenta-

der angewandten Kunst andererseits hat einen konzeptionellen Grund. Den Letzteren kommt, anders als den Musikwerken, das Geschmacksmusterrecht als Auffangschutzrecht zu. Es bedarf hier also grundsätzlich einer Abgrenzung zweier unterschiedlicher Sonderschutzrechte. Dies gilt auch für alle anderen Werkformen, die nicht auch einen praktischen Wert verkörpern. Aus diesem Grunde werden die Schutzanforderungen für Leistungen aus dem Bereich der angewandten Kunst generell höher angesiedelt.

370 BGHZ 22, S. 209 (214 f.) – Europapost und die Nachweise in Fn. 370.

371 Nachweise siehe in Fn. 369

372 Mit *Nirk*, S. 160, ist davon auszugehen, dass beide Begriffe den gleichen Gegenstand beschreiben.

373 Dem Geschmacksmusterrecht sind persönlichkeitsrechtliche Aspekte fremd, was sich u. a. daran zeigt, dass das Recht übertragbar ist (§ 29 Abs. 1 GeschmMG n. F.) und im Falle einer Erstellung im Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber zugesprochen wird (§ 7 Abs. 2 GeschmMG n. F.). Immerhin hat der Entwerfende nach § 10 GeschmMG n. F. das Recht, im Register als solcher namentlich genannt zu werden.

374 *Nirk*, S. 160.

375 Auch ansonsten ist im deutschen Recht anerkannt, dass es keinen eindeutig definierten Kunstbegriff geben kann (vgl. z. B. BVerfG NJW 1987, S. 2661; BGH ZUM 1991, S. 83 (84) –

tion im Übrigen auch nicht frei von Widersprüchen. Fragwürdig erscheint schon die hiermit implizierte Behauptung, zwischen Kunst und „Nichtkunst“ bestehe ein rein gradueller Unterschied<sup>377</sup>.

Bereits das alte Recht wies im Hinblick auf Ausgestaltung und Konzeption von Urheber- und Geschmacksmustergesetz so elementare Differenzen auf, dass sich der wesensmäßige Unterschied zwischen den beiden Schutzrechten geradezu aufdrängt. Dies zeigt sich allem voran an der Tatsache, dass das Geschmacksmuster ein Registerrecht ist<sup>378</sup> und dass das Schöpferprinzip nur eingeschränkt gilt. Das Recht war (und ist) übertragbar<sup>379</sup> und steht in Arbeitnehmerverhältnissen dem Arbeitgeber

Opus Pistorum). Kunst ist damit nicht justiziabel. Dennoch enthebt die Handhabung nicht vollständig von der schwierigen Abgrenzung. So besteht z. B. die Notwendigkeit, § 2 Abs. 1 Ziff. 4 UrhG, also den Begriff der bildenden Kunst zu definieren, um den Anwendungsbereich des § 26 UrhG, der nur „Werke der bildenden Künste“ betrifft, eingrenzen zu können. Die Rechtsprechung hat daher für solche Fälle eine Definition des Kunstwerks entwickelt (vgl. etwa BGH GRUR 1957, S. 391 (392) – Ledigenheim; GRUR 1959, S. 289 (290) – Rosenthal-Vase, m. Anm. Henssler; GRUR 1987, S. 290 (290) – Wohnanlage. Weitere Nachweise finden sich bei *Schricker/Loewenheim*, 1. Auflage, § 2, Rdnr. 92). Hiernach sind Werke der bildenden Kunst „*eigenpersönliche Schöpfungen, die mit den Darlegungsmitteln der Kunst durch formgebende Tätigkeit und vorzugsweise für die Anregung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Verkehrskreise hervorgebracht wurden, sodass von einer künstlerischen Leistung gesprochen werden kann.*“ Dieser Versuch einer Abgrenzung von Kunst und Nichtkunst ist in der Literatur sehr umstritten (vgl. etwa *Rehbinder*, Rdnr. 185). Er begegnet in der Tat Bedenken verschiedener Art. So sollen sich die kunsthandwerklichen Erzeugnisse, die nur über das Geschmacksmusterrecht geschützt werden können, von den Werken der bildenden Kunst durch ihren Gebrauchszweck unterscheiden (*Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 156; BGH GRUR 1995, S. 581 (582) – Silberdistel). Dies würde bedeuten, dass Kunst nur solche Produkte sein können, die keinen Gebrauchszweck aufweisen. Im Übrigen schafft diese Abgrenzung auch innersystematische Antagonismen in Bezug auf die ansonsten geltenden Grundregeln des Urheberrechts. Generell ist schließlich, z. B. bei Sprachwerken, allgemein anerkannt, dass ein etwaiger Gebrauchszweck dem Urheberrechtsschutz nicht entgegenstehen soll (siehe hierzu oben, Punkt 2), Nachweise in Fn. 122). Im Übrigen weist die Definition aufgrund ihrer tautologischen Formulierung auch erhebliche praktische (abgesehen von den rhetorischen) Schwächen auf (dies kritisiert auch *Rehbinder*, Rdnr. 184; dagegen *Schricker/Loewenheim*, 1. Auflage, Rdnr. 92). Eine Definition, in der der zu erklärende Begriff selbst nicht weniger als viermal (!) verwendet wird, ist praktisch kaum handhabbar und kann kaum zu trennscharfen Ergebnissen führen.

376 Vgl. etwa *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 132; *Ulmer*, S. 145. Dass Kunst nicht zu definieren ist, hat schon Kant vertreten, vgl. Nachweis bei *Erdmann* in FS v. *Gamm*, S. 389 (390, Fn. 6). Auch *Erdmann* ist dieser Ansicht, siehe S. 390 und 392; vgl. auch *Ulmer*, S. 145; BVerfG, NJW 1985, S. 261 (262) – Anachronistischer Zug.

377 So aber anscheinend auch die h. M., vgl. nur *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 177; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 157.

378 Siehe Abschnitt 3 des GeschmMG, in dem das Anmeldeverfahren geregelt ist.

379 § 29 Abs. 1 GeschmMG n. F.

zu<sup>380</sup>. Ideelle Belange des Herstellers werden nicht geschützt. Mit anderen Worten: Die meisten elementaren Prinzipien des Urheberrechts (Monismus, Unübertragbarkeit, Schutz ideeller Interessen) finden sich im Geschmacksmusterrecht nicht wieder.

Angesichts des Umstands, dass die vorgenannten Maximen des Urheberrechts dessen Wesen maßgeblich prägen, zeigt sich die Wesensverschiedenheit der beiden Rechte. Während das Urheberrecht nach geltender Konzeption ein reines Individualrecht ist, in dessen Mittelpunkt der Schöpfer selbst steht<sup>381</sup>, war schon das alte Geschmacksmusterrecht auf das Schutzobjekt ausgerichtet. Dies zeigte sich besonders deutlich an den hierin enthaltenen Durchbrechungen des Schöpferprinzips<sup>382</sup> und dem fehlenden Persönlichkeitsrecht.

Systematisch betrachtet wäre entweder das Geschmacksmuster oder der Urheberrechtsschutz für die angewandte Kunst mithin überflüssig, wenn das Werk sich nicht (auch) über urheberbezogene Elemente definierte. Dies war auch schon zum Zeitpunkt der großen Urheberrechtsreform des Jahres 1965 der Fall. Über den bereits unter KUG und LUG anerkannten Schutz<sup>383</sup> der kleinen Münze wären (in gewissem Maß besondere oder auch „eigentümliche“) Alltagsschöpfungen im Bereich der angewandten Kunst ohne Weiteres urheberrechtsschutzfähig<sup>384</sup>. Auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Gebrauchszwecks käme es – bei konsequenter Anwendung der ansonsten im Urheberrecht angelegten Maßstäbe – ebenso wenig an, wie auf eine künstlerische Gestaltung. Auch die umstrittene<sup>385</sup> Gestaltungshöhe im Urheberrecht, die ursprünglich einzig entwickelt wurde, um den Schutzbereich von Geschmacksmuster- und Urheberrecht gegeneinander abgrenzen zu können<sup>386</sup>, würde damit an Bedeutung verlieren.

Dennoch stellte sich das alte Geschmacksmusterrecht als eine Art Zwitter zwischen gewerblichem Schutzrecht und Urheberrecht dar. Dies zeigt schon dessen Bezeichnung als „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen“ und

380 § 7 Abs. 2 GeschmMG n. F., vgl. hierzu Dreier/Schulze-Schulze, § 7, Rdnr. 8.

381 Siehe oben, Punkt B.2).

382 In § 2 GeschmMG a. F. wurde sogar der „Inhaber der gewerblichen Anstalt“, in dessen Auftrag das Muster oder Modell erstellt wurde, als „Urheber“ bezeichnet.

383 Siehe die Motive, UFITA 45 (1965), S. 252.

384 Eine andere Situation herrschte bei Abfassung des Gesetzes im Jahre 1876 vor. Bevor das Geschmacksmusterrecht eingeführt wurde, konnte für den Schutz von Form- und Farbgestaltungen nur auf das Urheberrecht zurückgegriffen werden, das seinerzeit jedoch hohe Anforderungen an die Gestaltungshöhe stellte (siehe Begründung zum Regierungsentwurf für ein Geschmacksmusterreformgesetz, BT-Drucks. 15/1075, S. 29).

385 Nachweise siehe unten, Fn. 412.

386 Siehe zur Entstehungsgeschichte des Merkmals der Gestaltungshöhe *Schricker* in FS *Kreile*, S. 715 (716). Hiernach kam dieses erstmals 1958 in Form des Begriffs der „Künstlerischen Gestaltungshöhe“ auf, was den eindeutigen Bezug zum Spannungsfeld bei den Erzeugnissen der angewandten Kunst verdeutlicht.

verschiedenen anderen sprachlichen und inhaltlichen Anlehnungen<sup>387</sup>. Die Reform des Geschmacksmusterrechts diene ausdrücklich u. a. dazu, diese Bezugnahmen, die als historisch überholt angesehen werden<sup>388</sup>, abzuschaffen<sup>389</sup>. Das neue, als „Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen“ bezeichnete Regelwerk sollte ein „*eigenständiges gewerbliches Schutzrecht schaffen, das nicht nur eine Ableitung eines bestehenden Schutzrechts darstellt*“. Durch die Umsetzung der, der Reform zugrunde liegenden, Richtlinie werde „*der enge Bezug des Geschmacksmusterrechts zum Urheberrecht beseitigt*“<sup>390</sup>. Durch diese Formulierungen in der Gesetzesbegründung wird auf die systematische Unterscheidung zwischen gewerblichen Schutzrechten und Urheberrecht explizit hingewiesen.

Auf diese Unterscheidung durch das neue Geschmacksmusterrecht weisen Änderungen an verschiedenen Normen hin, von denen hier nur einige genannt werden können. So stellt die neue, in § 2 Abs. 1 GeschmMG n. F. befindliche Definition des Schutzobjekts nicht mehr auf die „Eigentümlichkeit“, sondern nunmehr ausdrücklich auf die (relativ-objektive) Neuheit und die „Eigenart“ ab. Letzterer Begriff wird in § 2 Abs. 3 GeschmMG n. F. näher definiert. Wenn sich auch hierdurch gegenüber dem geltenden Recht keine inhaltlichen Veränderungen ergeben sollen<sup>391</sup>, zeigen sich die Unterschiede zum Urheberrecht nunmehr deutlicher als zuvor<sup>392</sup>; Eigenart und Neuheit i. d. S. sind eindeutig rein objektbezogene Merkmale, die sich schon semantisch grundlegend von den Begriffen „persönliche geistige Schöpfung“ unterscheiden. Auch verdeutlicht die Tatsache, dass das Urheberrecht anders als die gewerblichen Schutzrechte keine objektive Neuheit des Werkes verlangt<sup>393</sup>, dessen

387 So lehnte sich die alte Regelung zur Entstehung des Geschmacksmusterrechts (§ 7 Abs. 1 GeschmMG a. F.) an das urheberrechtliche „Schöpfungsprinzip“ an, vgl. Begründung zum Regierungsentwurf für ein Geschmacksmusterreformgesetz, BT-Drcks. 15/1075, S. 29 und 48.

388 Zur Erklärung s. o., Fn. 384.

389 Begründung zum Regierungsentwurf für ein Geschmacksmusterreformgesetz, BT-Drcks. 15/1075, S. 29.

390 Begründung zum Regierungsentwurf für ein Geschmacksmusterreformgesetz, BT-Drcks. 15/1075, ebd. Diese Abkehr vom Urheberrecht wird auf Seite 51 noch einmal ausdrücklich hervorgehoben: „*Eine ausdrückliche Bestimmung des Schutzgegenstands erscheint deshalb geboten, weil durch den vorliegenden Entwurf der urheberrechtliche Charakter des früheren Geschmacksmusterrechts entfällt.*“

391 Begründung zum Regierungsentwurf für ein Geschmacksmusterreformgesetz, BT-Drcks. 15/1075, S. 33.

392 Es wurde schon verschiedentlich darauf hingewiesen, dass für den Urheberrechtsschutz nach h. M. und nach konsequenter Auslegung auf eine objektive Neuheit des Werkes nicht ankommen kann, vgl. oben Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(bb).

393 Für Nachweise vgl. Fn. 191.

Charakter als Schutzrecht am personenbezogenen Immaterialgut<sup>394</sup>. Andere wesensmäßige Unterschiede wurden immerhin beibehalten<sup>395</sup>.

Ausgestaltung und Entstehungsgeschichte des neuen Geschmacksmustergesetzes weisen deutlich darauf hin, dass sich das Urheberrecht in seinem Wesen von den modernen gewerblichen Schutzrechten elementar unterscheidet. Wäre das Urheberrecht ein pragmatisch ausgestaltetes Immaterialgüterrecht, dessen Anforderungen an den Schutzgegenstand objektiviert, wirtschaftlich ausgerichtet und leicht handhabbar wären, bestünde für das Geschmacksmusterrecht an sich schon kein Bedarf. Es würde dann zum Schutze der kleinen Münze in der angewandten Kunst genügen, die Schöpfungshöhe abzusenken, wie dies in anderen Bereichen bereits geschehen ist. Genau das Gegenteil, nämlich eine ausdrückliche Abkehr vom Urheberrecht und ein klares Bekenntnis zur gewerblichen Eigenschaft des Schutzrechts, wurde indes angestrebt.

Andere Gründe für das Streben nach einer Ungleichbehandlung zum Urheberrecht sind dabei nicht ersichtlich. Zwar könnte man argumentieren, der Urheberrechtsschutz sei nach der heutigen Ausgestaltung für solche Schutzgüter überdimensioniert und schränke v. a. das Freihaltebedürfnis im Design-Bereich zu sehr ein<sup>396</sup>. Angesichts der geringen Anforderungen an die Gestaltungshöhe bei Musik- und Sprachwerken oder dem Design vergleichbaren, anderen „Zweckschöpfungen“ (man denke etwa an Computerprogramme), erschiene eine Ungleichbehandlung des „Designs“ (als Gegenstand des Geschmacksmusterrechts) allerdings kaum gerechtfertigt.

Die Anachronismen und Friktionen des Urheberrechts und dessen Unangepasstheit in Bezug auf den Schutz von Schutzgütern mit vorrangig wirtschaftlicher Bestimmung (wie designerischen Leistungen) treten damit deutlich zu Tage. Die Eignung eines auf die Schöpferpersönlichkeit zugeschnittenen, persönlich-individuellen Rechts für den Schutz des modernen, schnelllebigen geistigen Schaffens wird zunehmend fraglich.

#### (4) Zwischenergebnis

Es hat sich gezeigt, dass das geltende Urheberrechtsgesetz sowohl angesichts seines inneren Systems als auch angesichts seiner Stellung im System der Immaterialgüter-

394 Siehe hierzu bereits oben, Fn. 192.

395 Dies gilt v. a. für die Registerpflicht (§ 27 GeschmMG n. F.); die Übertragbarkeit (§ 29 GeschmMG n. F.); und den Arbeitgeberschutz (§ 7 Abs. 2 GeschmMG n. F.).

396 Hierauf wird in den Teilen 3 und 4 eingegangen werden.

rechte als Recht über persönliche Geisteswerke<sup>397</sup> ausgestaltet ist. Dies legt nahe, der Werkqualität bei konzeptionell stringenter Handhabung des Rechts mehr als rein objektbezogene Merkmale abzufordern<sup>398</sup> und gewisse, auf Affinität basierende persönliche Beziehungen zwischen Hersteller und Produkt als Schutzfähigkeitsmerkmal zu fordern. Man könnte sagen, dass sich das durch das deutsche Urheberrecht geschützte Werk dadurch auszeichnet, dass der Schöpfer hierzu eine „innere Verbundenheit“ hegt.

Es bestätigt sich damit auch die Annahme, dass das deutsche Urheberrecht noch immer<sup>399</sup> auf einer naturrechtlichen Rechtsphilosophie fundiert, die bedeutende Re-

397 „Persönliche“ Werke sind solche, die eine entsprechende Qualifikation aufweisen, bei denen also eine innere Verbundenheit zwischen Urheber und Erzeugnis besteht. Als „unpersönlich“ (so auch *Rehbinder*, Rdnr. 624) sollen im Verlauf dieser Arbeit dahingegen Geistesschöpfungen bezeichnet werden, bei denen eine innere Verbundenheit, also ein Bezug zwischen Erzeugnis und Urheberpersönlichkeit nicht besteht oder zumindest gegenüber den funktionsorientierten, pragmatischen Merkmalen des Erzeugnisses als vernachlässigenswert in den Hintergrund treten. Man könnte auch von „entpersönlichten Werken“ sprechen (so *Kotsiris*, UFITA 119 (1992), S. 5 ff. (insbes. 21 ff.)). „Entpersönlichung“ bedeutet hiernach die Entfernung des Werkes von der Urheberpersönlichkeit. Dies kann auf verschiedene Faktoren zurückzuführen sein. Geht im Gesamtwerk z. B. eine große Zahl von speziellen Einzelleistungen auf, bleibt an diesem wenig Raum für persönliche Affinität der einzelnen Urheber. Sollte es sich bei den Teilen um zwar schöpferische, aber dabei sehr spezielle Formen handeln, sprechen die äußeren Umstände auch in diesem Verhältnis eher gegen individuelle Bindungen. Gerade bei modernen Werkarten treten auch solche Faktoren einer Entpersönlichung hinzu, die der Intention oder der Funktion des Werkes, mithin dem Werk als solchem inhärent sind. Zu nennen sind z. B. wirtschaftliche Wertschöpfung, Aspekte der Ökonomie und des Marketings sowie der Effektivität des Werkes bei der Erfüllung bestimmter Zwecke. Mit dem Grad der Anforderungen aus seiner technisch-funktionalen Bestimmung, nimmt potenziell das Maß persönlicher Beziehungen zwischen dem Werk und seinem Schöpfer ab (siehe hierzu auch die eingehende Untersuchung von *Peukert* (Die psychologische Dimension des *Droit Moral* in *Rehbinder* (Hrsg.): Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113 ff.), der diese Aspekte mit interdisziplinärem Blick unter Heranziehung der Psychologie beleuchtet). Existenzberechtigung und Schutzbedürftigkeit ziehen solche Schutzgegenstände nicht aus der Tatsache ihres bloßen Daseins, sondern aus pragmatischen Anforderungen deren sozialen Umfelds (so auch *Kotsiris*, UFITA 119 (1992), S. 5 (21 ff.)). Von einer „aristotelischen Größe“ (*Kotsiris*, ebd., S. 23) in Richtung einer ontologischen Selbstständigkeit des schöpfergeprägten Gegenstandes des Urheberrechts kann hier kaum mehr die Rede sein. An der Diversifizierung zwischen „persönlichen“ und „unpersönlichen“ Werken wird auch das maßgebliche Unterscheidungsmerkmal für den in Teil 4 erarbeiteten Entwurf eines differenzierenden Werkschutzsystems anknüpfen. Vgl. näheres hierzu auch unten bei den Ausführungen zum „Personalisierungsquotienten“ in Teil 3 Kapitel 1, Punkt I.B).

398 Genau gesagt bestünde der Werkbegriff hiernach aus drei urheberbezogenen (persönliche, geistige und individuelle Schöpfung) und zwei werkbezogenen Kriterien (Wahrnehmbarkeit, Schöpfungshöhe).

399 Die Vorstellung von einer inneren Verbundenheit zwischen Urheber und Werk hat es schon in der Antike gegeben, vgl. *Visky*, Geistiges Eigentum der Verfasser im antiken Rom (1961), nachgedruckt in UFITA 106 (1987), S. 17 ff., z. B. S. 28. Bereits nach römischem Recht

gelungselemente nach wie vor dominiert und die Anwendung und Auslegung des Gesetzes zumindest beeinflusst<sup>400</sup>.

Das Urheberrecht nimmt damit eine Ausnahmestellung im System der Immaterialgüterrechte ein. Es unterscheidet sich wesensmäßig von den gewerblichen Schutzrechten, dem Copyright und den verwandten Schutzrechten, die weniger auf die Person fokussieren, die das Gut geschaffen hat, sondern mehr auf das Gut selbst. Die Schutzgüter der anderen Immaterialgüterrechte zeichnen sich nicht dadurch aus, dass sie persönlich-individuell sind, sie hätten ebenso gut in gleicher Form auch von einer anderen Person hergestellt werden können.

Demgegenüber fällt auf, dass die praktische Rechtsanwendung dies – jedenfalls auf der Ebene des Werkbegriffs – anders handhabt<sup>401</sup>. Der durch Rechtsprechung und Gesetzgeber skizzierte Schutzbereich des Urheberrechts zeigt, dass es auf urheberbezogene Individualität bei der Beurteilung der Werkeigenschaft praktisch nicht (mehr) ankommen kann. Ansonsten müsste vielen unpersönlichen Werken (z. B. einer Vielzahl „geistiger Gebrauchsgüter“, also technisch-funktionaler Werke) der Urheberrechtsschutz versagt werden.

Indem ein solcher Schutz dennoch anerkannt wird, entstehen anscheinend elementare Unstimmigkeiten zwischen der Konzeption und der Handhabung des Urheberrechts<sup>402</sup>. Die Handhabung des Werkbegriffs entspricht mehr der eines gewerblichen Schutzrechts, ohne dass dies sich vor dem bestehenden gesetzlichen Rahmen rechtfertigen würde. Vor allem aber ergeben sich hierdurch Friktionen mit der inhaltlichen Ausgestaltung des so – mit Annahme der Werkqualität – anerkannten Schutzrechts<sup>403</sup>. Die „Entpersönlichung des Werkes“<sup>404</sup>, besser des Werkbegriffs, fügt sich in das sonstige Regelungsgefüge des geltenden Urheberrechts nicht stimmig ein. Schon auf den ersten Blick lassen sich Schwierigkeiten erahnen, wenn die Frage nach dem „Ob“ nicht in Einklang mit dem „Wie“ des Schutzes beantwortet

herrschte die Auffassung vor, dass das Recht an Geistesgütern persönlichkeitsrechtlicher Natur sei, wengleich freilich noch keine entsprechenden Gesetze vorhanden waren. Vgl. weiterhin *Boytha* in FS *Kreile*, S. 109 (113). Eine eingehende Abhandlung über die Geschichte des geistigen Eigentums, beginnend in der Antike, findet sich bei *Bappert*, *Wege zum Urheberrecht*, S. 23 ff.

400 Hiervon ging auch *Ulmer* (S. 106) aus, der schreibt: „*Auch bleibt sie* {die naturrechtliche Begründung des Urheberrechts} *im Rahmen der gesetzlichen Regelung als Rechtsidee lebendig, unter deren Wirkung die Auslegung der Gesetze steht.*“

401 Siehe oben, Punkt I.B.4.dd.(1).(a).

402 So auch *Dreier/Schulze-Dreier*, Einleitung, Rdnr. 15 ff., die verschiedene Spannungsfelder aufzeigen, in denen sich das Modell des geltenden Urheberrechts heute befindet. Ob und inwieweit dies zu Problemen, etwa zu Dysfunktionalitäten führen kann, wird Gegenstand der weiteren Erörterungen sein.

403 Dies gilt besonders für den Umfang des Urheberrechts, die enge, gar monistische Ausgestaltung von Verwertungs- und Persönlichkeitsrecht und die Zuordnung des Rechts. Siehe hierzu die Ausführungen in Teil 2 und 3.

404 Siehe hierzu oben, Fn. 646.

wird. Ergeben sich hieraus praktische und dogmatische Schwierigkeiten, sind zwei Lösungswege denkbar: Entweder die Handhabung des Werkbegriffs wird in Einklang mit der inhaltlichen Ausgestaltung gebracht oder das Gesetz wird in wesentlichen Aspekten an die Expansion des Schutzbereichs angepasst<sup>405</sup>. Es sei schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass wohl nur der letztgenannte Weg denkbar erscheint. Angesichts der Aufgaben, die sich einem Urheberrecht in der Informationsgesellschaft stellen, drängt sich bei Normen, die ersichtlich auf romantischen-ideellen Vorstellungen basieren, der Verdacht auf, nicht mehr im Einklang mit den zu regelnden Rechtstatsachen zu stehen<sup>406</sup>.

Die hiermit begründeten Zweifel, ob das Urheberrecht in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung den Anforderungen an eine moderne „Magna Charta der Informationsgesellschaft“ gerecht werden kann, geben Anlass, der Entwicklung des deutschen Urheberrechts in bestimmten Punkten weiter nachzugehen.

## ee) Die Gestaltungshöhe

Der Vollständigkeit halber sei der Aspekt der Gestaltungshöhe hier im Rahmen der Ausführungen zum urheberrechtlichen Werkbegriff angesprochen. Das Merkmal der Gestaltungs- oder Schöpfungshöhe wurde am Einzelfall weit gehend durch die Rechtsprechung entwickelt und ausgestaltet<sup>407</sup>. Die Judikatur bedient sich der Gestaltungshöhe in solchen Fällen als Korrektiv, in denen der Urheberrechtsschutz aufgrund der extensiven Handhabung des § 2 Abs. 2 UrhG Erzeugnisse erfassen würde, für die dieser als unangemessen angesehen wird. Es handelt sich – mit anderen Worten – heutzutage um eine Art „*de minimis*-Schranke“, die in gewisser Weise als Mittel für eine Flexibilisierung des Urheberrechts eingesetzt werden kann: Geistesgüter, für die das starke Urheberrecht nicht angemessen erscheint, etwa weil hieran ein Freihaltebedürfnis besteht, werden gar nicht geschützt. Ursprünglich diente die Gestaltungshöhe – wie bereits angesprochen wurde – freilich einem anderen Zweck. Das Merkmal wurde von *Ulmer* entwickelt, um eine praktisch handhabbare Abgrenzung

405 Ein „schleichender Wandel“, der wie bisher nur auf dem Weg einer Fortschreibung des Schutzbereichs vollzogen wird, kann ein konsistentes Regelungsgefüge indes nicht herbeiführen. Durch Rechtsfortbildung können die wesentlichen Elemente des Urheberrechts nicht verändert oder angepasst werden. Dies zeigt sich sehr deutlich an der diametralen Entwicklung von Schutzrecht und Schranken, vgl. hierzu Teil 2, Punkt iV.B.4).

406 Zur Entwicklung des Rechts am Beispiel der digitalen Schutzgegenstände vgl. Teil 2. So auch *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 531 (531), der sich aufgrund dieses Antagonismus‘ zwischen tatsächlichen Anforderungen an das und konkreter Ausgestaltung des Urheberrechts für grundlegende Reformen ausspricht.

407 Nachweise siehe z. B. bei *Haberstumpf* in FS GRUR, S. 1144 ff.

zwischen zwei sich wesentlich unterscheidenden Schutzrechten, dem Geschmacksmuster- und dem Urheberrecht, zu ermöglichen<sup>408</sup>.

Mittlerweile wendet die Rechtsprechung das Merkmal der Gestaltungshöhe auf alle Werkarten an<sup>409</sup> und setzt sich hierdurch unterschiedlich begründeter Kritik aus<sup>410</sup>. So fordert eine starke Linie in der Rechtsliteratur die vollständige Aufgabe dieses Aspekts<sup>411</sup>. Nur so könne die expansive Entwicklung des Kulturschaffens im weiten Sinne durch das Urheberrecht erfasst werden<sup>412</sup>. Das Merkmal der Individualität sei zur Begrenzung des urheberrechtlichen Schutzbereiches ausreichend.

Eine andere Ansicht kritisiert die Rechtsprechung aufgrund der uneinheitlichen Handhabung der Schöpfungshöhe. Eine Ungleichbehandlung der Werkarten im Hinblick auf die Schutzuntergrenze<sup>413</sup> sei mit dem einheitlichen Werkbegriff des § 2 Abs. 2 UrhG nicht vereinbar<sup>414</sup>. Dagegen stellen die Gerichte je nach Werkart unterschiedliche Anforderungen an das Maß der (werkbezogenen) Individualität<sup>415</sup>. Während v. a. bei wissenschaftlichen Werken<sup>416</sup>, Werken der angewandten

408 Siehe oben, Punkt I.B.4.c.dd.(3).(b).(dd) und Fn. 386.

409 Ausnahmen bilden Computerprogramme und elektronische Datenbanken. Bei diesen Schutzgütern, die aufgrund der Umsetzung von EU-Richtlinien in das deutsche Urheberrechtsgesetz aufgenommen wurden, gilt ein anderer, europarechtskonformer, Werkbegriff. Dieser lässt die Begrenzung des Schutzbereichs durch Annahme einer Schöpfungshöhe nicht zu. Siehe ausführlich hierzu unten, Punkt I.B.4.d).

410 Nach *Schricker* (in FS *Kreile*, S. 719) ist dem Urheberrechtsgesetz keinerlei Hinweis auf die Gestaltungshöhe zu entnehmen. Vielmehr basiere die unreflektierte Erhebung dieses Aspekts zu einem allgemeinen Tatbestandsmerkmal auf einem Trugschluss der Jurisprudenz. Der einzige sinnvolle Anwendungsbereich könne in der Abgrenzung von Geschmacksmuster- und Urheberrechtsschutz liegen. Angesichts der aktuellen Reform des Geschmacksmusterrechts würde *Schricker* der Gestaltungshöhe sicherlich auch diesen Nutzen absprechen. Eine widersprechende Ansicht wird in den Dissertationen von *Thoms*, (S. 247) und *Schulze* (S. 139) vertreten. Beide Autoren argumentierten, dass der Begriff „Schöpfung“ zum einen die Schaffung und Entstehung von etwas Neuem, zum anderen auch einen gewissen Grad an Besonderheit impliziere. Hieran zeige sich, dass das Gesetz Mindestanforderungen an das Maß der Individualität stelle (siehe hierzu schon oben, Fn. 180)

411 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 6 f.; ders. in FS *Kreile*, S. 719; *Reimer*, GRUR 1981, S. 572 (574); *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 531. *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 2, Rdnr. 19 ff. sind sogar der Ansicht, dass eine Anhebung der Schutzvoraussetzungen über den Wortlaut des § 2 UrhG hinaus, also in Form der nicht im Gesetz genannten Schöpfungshöhe, einen Verstoß gegen Art. 14 GG nach sich ziehe. Daher sei nur der Individualitätsbegriff zur Bemessung der Schutzfähigkeit berufen. Dies würde auch ausreichen, da ein Allerweltserzeugnis nicht individuell sein könne. *Nordemann/Vinck* gehen damit auch von einem objektiven Individualitätsbegriff aus.

412 Vgl. v. a. *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 6 f.; ders. in FS *Kreile*.

413 Zu der Problematik des „relativen Werkbegriffs“ vgl. in diesem Zusammenhang *Engisch* in FS v. *Gamm*, S. 369 ff.

414 *Schulze*, GRUR 1987, S. 769 (772), weitere Nachweise bei *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 32. A. A. *Schricker/Loewenheim*, ebd.; *Reimer*, GRUR 1981, S. 574.

415 Vgl. hierzu die Darstellung bei *Haberstumpf* in FS GRUR, S. 1144 ff.

Kunst<sup>417</sup> und dem Gebrauchszweck dienenden Schriftwerken, wie z. B. Bedienungsanleitungen<sup>418</sup>, Anwaltsschriftsätzen<sup>419</sup> oder Lexika<sup>420</sup>, ein eher strenger Maßstab angelegt wird, zeigt sich die Judikatur bei der Anerkennung des Urheberrechtsschutzes für Filmwerke<sup>421</sup> oder Werke der Musik<sup>422</sup> wesentlich großzügiger.

Die Gründe für diese Ungleichbehandlung scheinen unterschiedlicher Natur zu sein. Offenbar dient die strenge Handhabung bei Werken der angewandten Kunst dazu, das Urheberrecht – neben dem besser angepassten Geschmacksmusterrecht – nur in Sonderfällen zur Anwendung gelangen zu lassen. Vorrangig findet die uneinheitliche Behandlung der Schutzuntergrenze jedoch ihre Begründung in der variierenden Vielfalt des verfügbaren Formenschatzes und damit letztlich in der Umsetzung der ordnungspolitischen Umsetzung des Freihaltebedürfnisses. Vor allem Quasi-Monopolrechte<sup>423</sup> auf wissenschaftliche Werke bergen bei zu extensiver Anerkennung die Gefahr unangemessener Behinderung von Forschung und Fortentwicklung<sup>424</sup>. Die in diesem Bereich häufig zu verwendende, hochspezialisierte Formensprache lässt einerseits – mangels ausreichendem Gestaltungsspielraum – regelmäßig Zweifel an der Individualität aufkommen<sup>425</sup> und bedingt andererseits das Risiko, durch den Schutz einer einzigen Formulierung auch den Inhalt, die dahinter stehenden Erkenntnisse und Lehren, der freien Verwendungsfähigkeit zu entziehen<sup>426</sup>.

Auch in Bezug auf die Höhe der durch das Merkmal der Gestaltungshöhe gesetzten Schutzwelle besteht Uneinigkeit. Während die einen nach einem generell niedrigen Niveau verlangen<sup>427</sup>, sprechen sich andere für das Gegenteil aus<sup>428</sup>. Von

416 Vgl. etwa BGH GRUR 1981, S. 352 (352) – Staatsexamensarbeit.

417 BGHZ 22, S. 209 (214 ff.) – Europapost.

418 BGH GRUR 1993, S. 34 (36) – Bedienungsanleitung.

419 BGH GRUR 1986, S. 739 (740 f.) – Anwaltsschriftsatz.

420 BGH GRUR 1987, S. 704 (706) – Warenzeichenlexika.

421 BGH GRUR 1984, S. 730 (732) – Filmregisseur, m. Anm. *Schricker*.

422 BGH GRUR 1988, S. 812 (814) – Ein bisschen Frieden, m. Anm. *Schricker*. Vgl. hierzu *Köhn*, ZUM 1994, S. 287 ff.

423 Siehe zum Begriff oben, Fn. 198.

424 Hierzu *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rdnr. 60 ff.

425 Vgl. BGH GRUR 1981, S. 352 (355) – Staatsexamensarbeit; BGHZ 39, S. 306 (311) – Rechenschieber.

426 Das sich aus Forschung und Wissenschaft ergebende Freihaltebedürfnis gebietet jedoch, derartige Elemente vor Individualschutzrechten zu bewahren, vgl. nur *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 93.

427 *Fuchs*, S. 73. Die Extremposition ist diesbezüglich *Schricker* und *Nordemann/Vinck* zuzuschreiben, die die Schöpfungshöhe – wie gesagt – gänzlich abschaffen wollen. Nachweise oben, Fn. 411.

428 Vgl. *Thoms*, S. 247; *Schulze*, S. 139; *Schack*, Rdnr. 264 ff.; *Rehbinder*, Rdnr. 61; v. *Rauscher auf Weeg*, GRUR 1967, S. 572 (573); *Hubmann*, S. 39; *Dietz*, Europäische Gemeinschaft, S. 60 ff. (62 ff.); *Erdmann*, GRUR 1996, S. 550 (551). *Samson*, S. 12 vertritt einen anderen Ansatz. Zwar seien die Werke der kleinen Münze grundsätzlich zu schützen, dies könne jedoch nur gelten, solange das jeweilige Erzeugnis den Bereichen der Wissenschaft, Literatur und

dieser Seite wird z. T. argumentiert, dass das Urheberrecht ein Kulturschutzrecht sei, das durch Ausdehnung auf reine Wirtschaftsgüter verwässert werde<sup>429</sup>. Das Urheberrecht sei nicht berufen, Schutzlücken zu schließen, die in Bezug auf die Absicherung von Investitionen auftreten könnten<sup>430</sup>. Hierfür seien vielmehr Sonderschutzrechte zu schaffen, die den Anforderungen moderner Schutzgegenstände besser Rechnung tragen könnten. Das System des Urheberrechts sei auf diese Weise vor systematischen Brüchen und Funktionsstörungen zu bewahren<sup>431</sup>. Es sei mit seiner schöngestigen Ausrichtung – auch in veränderter Form – für den Schutz industrieller Leistungen ungeeignet.

Dem wird wiederum entgegenget, dass der Funktionsauftrag des Urheberrechts sich im Zuge der Harmonisierungsmaßnahmen auf europäischer und internationaler Ebene sowie aufgrund der Entwicklung, besonders der Technik, gewandelt habe<sup>432</sup>. Der bloße Schutz von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst im engeren Sinne sei nicht mehr durchführbar, da die Vorgaben der internationalen Verpflichtungen irreversibel in eine andere Richtung gingen. Gegen die Schaffung eines Sonderschutzes spreche vor allem, dass ein solcher nicht dem internationalen Rechtsrahmen unterfallen würde und somit schon auf nationaler Ebene kaum konsensfähig sei<sup>433</sup>.

Der Streit muss hier nicht entschieden werden. Es genügt die Feststellung, dass die Gestaltungshöhe weder bestimmt noch geeignet ist, ein „harmonisches Gleichgewicht“ zwischen Gewähr und Ausgestaltung des Urheberrechtsschutzes herzustellen. Die Gestaltungshöhe zielt nicht darauf ab, „unpersönliche Werke“ dem Schutzrecht zu entziehen, sondern solche, die „wenig originell“ sind<sup>434</sup>. Es ist weiterhin fraglich, ob die hierdurch gefundene Lösung, bestimmten Werken auf Basis einer Art Qualitätskontrolle den Urheber- und damit regelmäßig jeden Rechtsschutz ganz zu versagen, wirklich sinngerecht ist. Für Korrekturen etwaiger Unstimmigkeiten

Kunst zuzuordnen sei. Die extensive Auslegung dieser Begriffe durch die Rechtsprechung sei mit den Regeln des neuen UrhG von 1965 nicht mehr zu vereinbaren. Gleicher Ansicht ist auch *Schraube*, UFITA 61 (1971), S. 127 (143), der zudem den Schutz der kleinen Münze ablehnt, da solche Werke keine „kulturelle Funktion“ erfüllen.

429 Vgl. die Nachweise in Fn. 428 und besonders *Dietz*, Europäische Gemeinschaft, S. 62 ff.

430 *Schulze*, GRUR 1987, S. 769 (776).

431 So *Schulze*, GRUR 1987, S. 769 (777 f.).

432 Vgl. die Nachweise in Fn. 412 und 427.

433 Vgl. zu diesen Punkten *Loewenheim*, GRUR 1987, S. 768. In der Tat haben sich durch die Umsetzung der europäischen Richtlinien zum Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen und Datenbanken sowie der Schutzdauerrichtlinie (für Lichtbilder) Änderungen im deutschen Gesetz vollzogen, denen ein Umdenken auch der gerichtlichen Spruchpraxis folgen musste. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Computerprogramme. Siehe zu dieser Entwicklung unten, Teil 2.

434 Dass beide Aspekte sich wesentlich unterscheiden, sollte angesichts der hier vorgenommenen Differenzierung zwischen werk- und urheberbezogenen Schutzmerkmalen deutlich geworden sein.

des geltenden Rechts kann die Gestaltungshöhe jedenfalls nicht dienen, da hierüber kein Einfluss auf die Ausgestaltung des Schutzrechts ausgeübt werden kann<sup>435</sup>.

d) Die Definition des Werkbegriffs in § 69a Absatz 3 UrhG und in Art. 6 Schutzdauerrichtlinie bzw. Art. 3 Abs. 1 Datenbank-Richtlinie

In § 69a Abs. 3, Sätze 1 und 2 UrhG zeigt sich, dass nicht für alle Werkarten der gleiche Werkbegriff gilt. Jedenfalls sprachlich unterscheiden sich die Schutzanforderungen von Computerprogrammen von § 2 Abs. 2 UrhG. Das urheberrechtlich geschützte Computerprogramm ist hiernach individuell, wenn es das Ergebnis einer „eigenen geistigen Schöpfung“ des Urhebers ist. Die Formulierung ist Ergebnis einer wortgleichen Umsetzung von Art 1 Abs. 3 der Computerprogramm-Richtlinie<sup>436</sup>.

Ob in dieser gegenüber dem § 2 Abs. 2 UrhG anders lautenden Definition des Werkbegriffs auch ein inhaltlicher Unterschied liegt, ist umstritten. Die wohl h. M. verneint dies und meint, die Abweichung diene nur der Klarstellung<sup>437</sup>. Beiden Werkbegriffen ließen sich die gleichen Tatbestandsvoraussetzungen entnehmen. Dies gelte im Hinblick auf den Begriff der Individualität. Ausreichend sei hierfür eine „eigenpersönliche Ausnutzung des bestehenden Gestaltungsspielraums“<sup>438</sup>. Nötig sei die anderslautende Formulierung nur gewesen, um zu signalisieren, dass der Schutz von Computerprogrammen ab einer einheitlich niedrigen Schutzuntergrenze zu gewähren sei<sup>439</sup>.

435 Dass und aus welchen Gründen gerade eine inhaltliche Korrektur des Schutzrechts sinnvoll ist, wird unten (Teil 4) eingehend behandelt.

436 Richtlinie des Rates 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 14. Mai 1991, Abl. EG) Nr. L 122 vom 17.05.1991 S. 42 = abgedruckt in GRUR Int. 1991, S. 545 ff.

437 Vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 69a, Rdnr. 14; *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 69a, Rdnr. 6; *Kappes*, S. 266 f. Ähnlich *Lehmann*, GRUR Int. 1991, S. 327 (328).

438 Dieser betrifft vor allem die Wahlmöglichkeiten „hinsichtlich Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials bei der Problemanalyse, der Erstellung des Datenfluss- und des Programmablaufplans“, so *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69a, Rdnr. 26.

439 *Schricker/Loewenheim*, § 69a, Rdnr. 17 meinen hierzu, die Regelung sei auf „die frühere Rechtsprechung des BGH gemünzt“; es solle verhindert werden, dass ein Computerprogramm in einem europäischen Staat geschützt werde und in einem anderen nicht. So auch *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69a, Rdnr. 25. Angespielt wird hiermit auf die vor der Umsetzung der Computerprogramm-Richtlinie ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dieser hatte in der Entscheidung „Inkasso-Programm“ (GRUR 1985, S. 1041 (1047 f.) hohe Anforderungen an die Schöpfungshöhe bei Computerprogrammen gestellt. Diese seien nur geschützt, wenn das Programmschaffen die Leistungen eines Durchschnittsprogrammierers „erheblich“ übersteige. Eingehend hierzu Teil 2, Kapitel 1, Punkt II.C.2). Hierfür spricht auch die Begründung der Bundesregierung zum zweiten Urheberrechtsänderungsgesetz, in der die Rede davon ist, dass Gesetzgebungsbedarf hinsichtlich der Schutzfähigkeit von Computer-

Die Gegenmeinung sieht in der anders lautenden Formulierung des Softwarewerkbegriffs eine Abkehr von der allgemeinen deutschen Regelung und eine Annäherung an das angloamerikanische Verständnis vom urheberrechtlichen Schutzgegenstand<sup>440</sup>. Hierdurch werde erreicht, dass bei Computerprogrammen nicht die Persönlichkeit des Programmierers (Urhebers) im Mittelpunkt des Werkbegriffes stehe, sondern die Merkmale, die das Copyright mit dem Begriff „*originality*“ umschreibe. Der Werkbegriff des § 69a UrhG unterscheide sich von der allgemeinen Regelung in § 2 Abs. 2 UrhG dadurch, dass Computerprogrammenschutz bereits dann entstehe, wenn eine Software nicht bloß kopiert wurde und bei der Herstellung ein Mindestmaß an Können und Mühen aufgewendet wurde<sup>441</sup>. Die Vorgabe des Art. 1 Abs. 3 der Computerprogramm-Richtlinie habe die Mitgliedsstaaten verpflichtet, sich in Bezug auf Software vom kontinentaleuropäischen Urheberrechtsverständnis abzuwenden.

Auch der Ursprung dieser Diskussion ist im unterschiedlichen Verständnis vom Wesen des deutschen Urheberrechts und, darauf basierend, in der unterschiedlichen Auffassung vom Individualitätsbegriff zu suchen. So ähnelt die rein werkbezogene Sicht, die ja alle Werkarten betrifft, weit gehend dem angloamerikanischen Verständnis vom Werkbegriff<sup>442</sup>. Somit ist es nur konsequent, Sinn und Zweck der abweichenden Formulierung in § 69a Abs. 3 UrhG allein in einem Hinweis auf die Gestaltungshöhe zu sehen. Entnimmt man dagegen dem herkömmlichen Werkbegriff persönlich-individuelle Komponenten, lässt der Austausch des Wortes „persönlich“ gegen das Wort „eigene“ auf eine (auch) inhaltliche Rechtsänderung schließen.

Aus der hier aufgezeigten Interpretation des Werkbegriffs folgt, dass der allgemeine Werkbegriff sich von der für Computerprogramme geltenden Werkdefinition wesensmäßig unterscheidet. Dies zeigt sich jedenfalls an § 69a Abs. 3 Satz 2 UrhG, nach dem zur Bestimmung der Schutzzähigkeit keine anderen Kriterien anzuwenden sind, als nach Satz 1 vorgegeben. Das Computerprogramm ist stets dann geschützt, wenn es eine eigene geistige Schöpfung darstellt<sup>443</sup>.

programmen bestehe. Dies sei erforderlich, da durch die Verwendung der Formulierung „eigene geistige Schöpfung“ im Sinne des Harmonisierungszwecks der Richtlinie klargestellt würde, dass die Schutzuntergrenze bei dieser Werkart sehr niedrig anzusetzen sei, vgl. UFI-TA 123 (1993), S. 182 (184).

440 *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 105 (dort Fn. 234), v. a. S. 123 f., der von einem Bruch der kontinentaleuropäischen Staaten mit ihrem Urheberrechtsverständnis ausgeht.

441 Vgl. *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 125 f.

442 Näher zum Werkbegriff im Copyright, unten, Kapitel 3, Punkt III.A).

443 Die allgemeinen Merkmale der Schöpfung, der Geistigkeit und der Formgebung entsprechen hier der Interpretation von § 2 Abs. 2 UrhG, siehe *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69a, Rdnr. 26. Neben dem Umstand, dass das Programm dem eigenen Schaffen entstammen muss, also nicht lediglich kopiert sein darf, sind keine weiteren Anforderungen zu stellen. Die Anwendung persönlich-individueller Tatbestandsmerkmale verbietet sich bei Computerprogrammen mit-

Damit wird deutlich, dass das Wesen des urheberrechtlich geschützten Computerprogramms sich von dem anderer Werkarten grundlegend unterscheidet und anderen Anforderungen untersteht<sup>444</sup>. Dies hat – abgesehen von einer bei Einführung der Regelung möglicherweise obligatorischen Umsetzungsverpflichtung – auch gute Gründe. So trifft der dem deutschen Werkbegriff zugrunde liegende Gedanke, dass der Urheber zum Werk persönliche Beziehungen hegt, in Bezug auf Computerprogramme besonders hier kaum zu. Der Schutz von Computerprogrammen ist ein pragmatisches Instrument, dem idealisierende Aspekte noch ferner stehen als anderen modernen Werkformen<sup>445</sup>. Daher lag es wesentlich näher sich im Rahmen einer europäischen Harmonisierung des Softwareschutzes, an das englische Verständnis vom Schutzgegenstand des Urheberrechts anzunähern, als den unpassenden deutschen Individualitätsbegriff aufzugreifen.

Anders als bei der nahezu wortgleichen Umsetzung der Software-Richtlinie wurde die Datenbank-Richtlinie<sup>446</sup> nur teilweise in das Urheberrechtsgesetz implementiert. Gleiches gilt für die Schutzdauer-Richtlinie<sup>447</sup>. Beide europäischen Legislativakte enthielten Vorschriften zum Werkbegriff<sup>448</sup> mit gleichem Inhalt wie die Computerprogramm-Richtlinie. In beiden Fällen hat sich der deutsche Gesetzgeber entschieden, die entsprechenden Regelungen nicht umzusetzen. Es bleibt damit in Bezug auf diese Schutzgegenstände bei dem Erfordernis einer persönlichen geistigen Schöpfung.

Allerdings kann kaum angenommen werden, dass der Trend, den die Europäische Gesetzgebung mit der Computerprogramm-Richtlinie aufgenommen und den sie in der Formulierung des Art. 3 Datenbank-Richtlinie bestätigt hat<sup>449</sup>, vom deutschen Gesetzgeber nunmehr boykottiert werden soll<sup>450</sup>. Hierauf wird unten noch näher einzugehen sein.

444 So auch *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 126; a. A. *Lehmann* in Computerprogramme II, S. 8, Rdnr. 5.

445 Siehe hierzu Teil 2, Punkt II) *passim*.

446 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Abl. EG Nr. L 77 vom 27.03.1996, S. 20 = GRUR Int. 1996, S. 806.

447 Richtlinie 93/98 des Rates vom 29.10.1993 zur Harmonisierung des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, Abl. EG Nr. 290 vom 24.11.1993, S. 9 = GRUR Int. 1994, S. 141.

448 Vgl. Art. 6 Schutzdauer-Richtlinie zu Lichtbildwerken und Art. 3 Abs. 1 Datenbank-Richtlinie.

449 Man kann angesichts der eindeutigen Tendenz von der Entwicklung zu einem „europäischen Werkbegriff“ sprechen. So auch *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 124; *Leistner*, 68 ff.

450 Schließlich wird auch in der Begründung zum IuKDG (BT-Drcks. 13/734, S. 43), durch dessen Art. 7 die Datenbank-Richtlinie umgesetzt wurde, betont, dass es nicht Ziel der Nichtumsetzung der europäischen Formel zum Werkbegriff sei, von den europäischen Vorgaben abzuweichen.

Es ist daher davon auszugehen, dass auch ohne gesetzliche Klarstellung Datenbankwerke einem neuen Werkbegriff unterliegen sollen, der nur noch eine eigene, also nicht von anderen übernommene, geistige Schöpfung erfordert und somit weder persönliche Züge im Werk i.S.d. Prägetheorie voraussetzt, noch eine besondere Gestaltungshöhe, etwa im Sinne eines „deutlichen Überrasagens“ von der Durchschnittsgestaltung.

## C) Die Interessenlage im Urheberrecht und deren Regulierung durch die Schutzrecht- Schrankensystematik und das Urhebervertragsrecht

### 1) Die Ausgleichsfunktion des Urheberrechts

Die Interessenlage an Geistesschöpfungen ist überaus vielschichtig und der Gesetzgeber ist gehalten, dem durch die Ausgestaltung des Urheberrechtsgesetzes<sup>451</sup> angemessen Rechnung zu tragen. Die aus dem Urheberrecht fließenden und an der Nutzung der Schöpfung bestehenden Interessen fallen zumeist in den Schutzbereich verfassungsrechtlich geschützter Güter<sup>452</sup>. So stellen die ideellen Belange des Urhebers einen Ausschnitt seiner Grundrechte auf Menschenwürde und freie Entfaltung der Persönlichkeit dar, die durch Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG garantiert werden<sup>453</sup>. Die vermögensrechtliche Komponente des Urheberrechts, also die Verwertungsbefugnis, fällt unter die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG<sup>454</sup> und wird somit durch den Grundsatz der Sozialbindung des Eigentums in Art. 14 Abs. 2 GG beschränkt<sup>455</sup>. Nach Art 14 Abs. 1 Satz 2 GG ist der Gesetzgeber gehalten, das (Eigentums-)Recht am Werk auszugestalten. Hierbei sind die Belange des Gemeinwohls zu berücksichtigen (Art. 14 Abs. 2 GG)<sup>456</sup>. Folglich wirkt der Schutz des Urheberrechts nicht ab-

451 Schack, MMR 2000, S. 59 (62); BGHZ 17, S. 266 (278) – Grundig Reporter.

452 Siehe unten Kapitel 2.

453 Reh binder, Rdnr. 135. Vgl. näheres hierzu unten, Kapitel 2.

454 Siehe etwa BVerfGE 31, S. 229 (239) = GRUR 1972, S. 481 (483) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 31, S. 248 (251) = GRUR 1972, S. 485 (486) – Bibliotheksgroschen; BVerfGE 31, S. 270 (272) = GRUR 1972, S. 487 (487) – Schulfunksendungen; BVerfGE 49, S. 382 (392) = GRUR 1980, S. 44 (46) – Kirchenmusik; BVerfGE 79, S. 29 (40) = GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten. Vgl. hierzu auch *Oekonomides* in FS Ulmer, S. 25 (28 f.).

455 Das künstlerische Schaffen betrifft daneben auch den Schutzbereich anderer Grundrechte, wie der Meinungsfreiheit und der Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre gemäß Art. 5 Abs. 1 und 3 GG.

456 Dreier/Schulze, Einleitung, Rdnr. 39.

solut. Er unterliegt unterschiedlichen Beschränkungen, um seiner Ausgleichsfunktion Genüge zu tun.

Da die unterschiedlichen – durch das Urheberrecht betroffenen – Interessen bei der Frage, ob das Schutzrecht seinen Anforderungen (noch) gerecht wird, wesentlich sind, sollen diese im Folgenden näher beleuchtet werden. Da eine umfassende Untersuchung dieses komplexen Gefüges hier nicht möglich ist, beschränken sich die Ausführungen über die Interessenlage auf die materiellen Interessen der Rechtsinhaber sowie die Nutzungsinteressen der Konsumenten bzw. der Endnutzer<sup>457</sup>. Möglicherweise vorhandene ideelle Interessen sollen dagegen vernachlässigt werden, wobei nicht verkannt wird, dass auch die hiermit zusammenhängenden Schutzrechte mit den Interessen von Verwertern und Nutzern (u. U. erheblich) kollidieren können.

## 2) Konzeption und Ausgestaltung der Ausgleichsinstrumentarien im geltenden Urheberrecht

Der Herstellung eines Ausgleichs der widerstreitenden, durch das Urheberrecht berührten Interessen dienen einerseits die Schutzrecht-Schrankensystematik und andererseits das Urhebervertragsrecht. Die Konzeption beider Regelungsbereiche ist sichtlich primär an den Belangen des Urhebers, des *homo creator*, ausgerichtet<sup>458</sup>. Diese Grundzielsetzung erklärt auch die weiteren wesentlichen Ausgestaltungsmerkmale des Urheberrechtsgesetzes, wie etwa das Schöpferprinzip, die Gewähr weit reichender Ausschließlichkeitsrechte, die Unübertragbarkeit des Urheberrechts und das monistische Prinzip. § 11 Satz 1 UrhG drückt dies deutlich aus: „Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen und in der Nutzung des Werkes“. Diese einseitige Ausrichtung der gesetzlichen Regelungen spiegelt die Grundwertung, von der der Gesetzgeber bei Abfassung des Gesetzes ausgegangen ist, deutlich wider: zu schützen sind vor allem die Interessen der Urheber.

457 Genau genommen ist der Begriff „Konsument“ für Nutzer von urheberrechtlichen Werken nicht korrekt. Dieser leitet sich von dem lateinischen Wort „*consumere*“, also „verbrauchen“, ab; allerdings werden urheberrechtliche Werke im Zuge der Nutzung eben gerade nicht verbraucht. Da der allgemeine Begriff des Nutzers indes zu weit gehend ist, um die mit dem Begriff des Konsumenten angesprochene Nutzergruppe konkret zu identifizieren, und der Begriff „End-Nutzer“ allzu sperrig erscheint, soll vorliegend dennoch von Konsumenten die Rede sein. Hierfür spricht auch, dass dieser in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung etabliert ist (auch beispielsweise *Hilty* in *Ohly/Klippel*, S. 107 ff. spricht von den Konsumenten als der dritten vom Urheberrecht zu berücksichtigenden Interessengruppe).

458 *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (986).

### 3) Durch das Urheberrecht betroffene Interessengruppen

Die monopolare Ausrichtung des Gesetzeswortlauts auf den Urheber darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Urheberrecht auch andere Interessengruppen tangiert, die zum Teil erheblich auch in ihren Grundrechten betroffen sind. Dies sind einerseits die Nutzer (besser: die Konsumenten<sup>459</sup>) und andererseits die Verwerter.<sup>460</sup>

Durch die Ausgleichsinstrumentarien des Urheberrechts werden im Wesentlichen nur Zwei-Parteien-Verhältnisse abgebildet, wie sie in klassischen Verwertungsszenarien, ähnlich der folgenden Beispielsfälle, auftreten.

Beispiele für klassische Verwertungsszenarien:

(1) Der Urheber schreibt eine Kurzgeschichte, verlegt diese im Selbstverlag und verkauft sie in Buchform an den Endverbraucher (betroffene Interessengruppen: Urheber – Konsument).

(2) Der Urheber schreibt eine Kurzgeschichte und räumt die Verwertungsrechte einem Verlag ein (betroffene Interessengruppen: Urheber – Verwerter).

(3) Der Verlag bringt die Kurzgeschichte in Buchform in Verkehr (betroffene Interessengruppen: Verwerter – Konsument).

(4) Der Verlag verkauft die Rechte an der Kurzgeschichte an einen anderen Verlag (betroffene Interessengruppen: Verwerter – Verwerter).

Untersucht man das Urheberrechtsgesetz im Hinblick auf Normen, in denen die vorgenannten Interessenkollisionen einem Ausgleich zugeführt werden, fällt auf, dass das Gesetz nur auf die Konstellationen 1 und 2 eingeht. Durch die Ausschließlichkeitsrechte wird der Urheber vor einer ungenehmigten Nutzung von Verwertern und Konsumenten durch das Urhebervertragsrecht vor einer Übervorteilung bei dem Abschluss von Nutzungsrechtsverträgen (insbesondere mit Verwertern) geschützt. Absolute Rechtspositionen, die originär dem Schutz des Verwerter (etwa vor den Urhebern, Konsumenten oder anderen Verwertern) dienen, enthält das Urheberrechts-

459 Der Begriff „Nutzer“ erscheint im Rahmen der Differenzierung urheberrechtlicher Interessengruppen nicht trennscharf. Nutzer sind diejenigen, die ein Werk verwenden, ohne Urheber zu sein. Nutzer sind also sowohl die Rezipienten (oder Konsumenten) als auch die Werkverwerter. Es werden daher im Folgenden die Begriffe Konsumenten und Verwerter verwendet, auch wenn der Bedeutungsgehalt des Begriffs Konsument an sich auf Werknutzer nicht unmittelbar zutrifft (s. o., Fn. 457).

460 Die Verwerter sind keine Urheber, sie haben mit dem kreativen Schaffen unmittelbar auch nichts zu tun (so auch *Hilty* in *Ohly/Klippel* (Hrsg.), S. 107 (113)). Man könnte sie auch als Produzenten bezeichnen, da sie die geschützten Werke so aufbereiten, dass sie wahrnehmbar werden (z. B. durch die Realisierung einer Tonträgeraufnahme) und das Endergebnis „verwerten“, also hiermit Geschäfte machen.

gesetz – außer im Rahmen der Leistungsschutzrechte – nicht<sup>461</sup>. Die Verwerter werden auf einen derivativen Erwerb von urheberrechtlichen Schutzpositionen verwiesen<sup>462</sup>. Eine Anerkennung als selbständige Interessengruppe lässt sich den urheberrechtlichen Regelungen nicht entnehmen.

Vor dem Hintergrund des naturrechtlich geprägten Begründungsansatzes und beisehen des vom historischen Urheberrechtsgesetzgeber vorausgesetzten Regelfalls, in dem der verwertende Rechtsinhaber mit dem Schöpfer identisch ist, mag diese Konstruktion einleuchten. Immerhin ist der Schöpfer hiernach in seiner persönlichen Verbundenheit zum Werk zu schützen. Auch trägt er in dieser Konstellation das alleinige zeitliche, persönliche und wirtschaftliche Risiko bei Werkerzeugung und -verwertung<sup>463</sup>.

Betrachtet man das Regelungskonzept jedoch vor dem Hintergrund der tatsächlichen Umstände der kulturindustriellen Massenproduktion und -verwertung und analysiert die Motivationslage des Gesetzgebers, wird deutlich, dass die praktisch wichtigsten Interessenskonflikte an anderer Stelle zu suchen sind. Auch die konkrete Ausgestaltung des Urheberrechtsgesetzes und dessen Novellen lassen sich immer weniger allein oder auch nur vorrangig mit einem Konflikt zwischen dem Urheber und den Konsumenten erklären<sup>464</sup>. Wenn der vom Urheberrecht geregelte Interessenskonflikt sich überhaupt jemals auf ein solch bipolares Spannungsverhältnis beschränkt haben sollte (was durchaus zweifelhaft ist), trifft das jedenfalls heutzutage nicht mehr zu<sup>465</sup>.

Vielmehr zeigt sich zum einen, dass die Verwerter im Rahmen des urheberrechtlichen Interessensausgleichs mittlerweile eine vorherrschende Rolle einnehmen. Es ist daher – zumindest – von einem tripolaren Interessenskonflikt auszugehen. Zum anderen wird bei näherem Hinsehen schnell deutlich, dass deren Interessen keineswegs pauschal mit denen der Urheber gleichgesetzt werden können. Vielmehr sind die drei maßgeblichen Interessengruppen (Urheber, Verwerter, Konsumenten) schon in sich überaus inhomogen, es ist häufig nicht einmal möglich, die Beteiligten nur einer der genannten Gruppen zuzuordnen<sup>466</sup>. Diese Konvergenz der Interessen er-

461 Allein einige vertragsrechtliche Bestimmungen, z. B. die §§ 39 Abs. 2, 69b, 88-90 UrhG oder § 8 VerlG dienen dem Schutz des Verwerter vor dem Urheber.

462 Dies ergibt sich aus dem Schöpferprinzip (§ 7 UrhG) und dem Grundsatz der Unübertragbarkeit des Urheberrechts (§ 29 Abs. 1 UrhG).

463 *Schack*, Rdnr. 10; *Rehbinder*, Rdnr. 73.

464 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (992); ders. in *Ohly/Klippel*, S. 107 (113 ff.).

465 *Hilty*, in *Ohly/Klippel*, S. 107 (113 ff.).

466 Dies ist u. a. darauf zurückzuführen, dass Konsumenten durch moderne technische Mittel, v. a. Online-Technologien, zunehmend zu Urhebern, aber auch zu Verwertern werden. Gerade das „Web 2.0“ ermöglicht es mit bislang ungekannt leicht zu handhabenden Mitteln den in analogen Vorzeiten zur Passivität verdammt Endnutzern, selbst kreativ tätig zu werden und ihre kreativen Errungenschaften selbst zu verwerten. Auf diese Weise wird aus dem Nutzer ein Urheber und aus dem Urheber ein Verwerter. Dies ist heutzutage keineswegs eine Rand-

schwert es erheblich, Belange einzelner Betroffener isoliert zu bewerten<sup>467</sup>. Hinzu kommt, dass die Rechte am Werk seit eh und je in den weitaus meisten Konstellationen nicht vom Urheber selbst, sondern von einem Verwerter ausgeübt werden<sup>468</sup>. Die urheberrechtlichen Instrumentarien gehen mithin von einem Standardfall aus, der derzeit eher die Ausnahme ist<sup>469</sup>. Dies gibt Anlass, die gesetzlichen Mechanismen anhand der tatsächlichen Situation auf ihre Aktualität zu untersuchen.

Die Belange am Urheberrechtsschutz in jeder Facette darzustellen, scheint indes kaum möglich<sup>470</sup>. Selbst wenn man sich auf die schutzwürdigen Interessen beschränken würde<sup>471</sup>, wären diese doch so vielfältig, dass eine umfassende Untersuchung jeglichen Rahmen sprengen würde. Denn jedes Mitglied einer der drei Interessengruppen kann unterschiedliche Ziele verfolgen, wodurch eigenständige, u. U. sogar rein individuell zutreffende Anforderungen an die urheberrechtliche Ausgestaltung entstehen können.

Die folgenden Ausführungen sollen sich daher darauf beschränken, die generellen Interessen der jeweiligen Gruppe im Regelfall – also in typischen Verwertungssituationen – darzustellen und zu überprüfen, ob und wie dies im geltenden Recht

erscheinung mehr, sondern der – wahrscheinlich vorherrschende – Ausdruck der modernen „Informationsgesellschaft“.

467 Durch die zunehmende Erstreckung des urheberrechtlichen Schutzbereichs auf Schutzgüter der kleinen Münze (siehe hierzu eingehend Teil 2, Punkte II.) und III.) und die Fortentwicklung von (v. a. digitalen) Technologien, die den Menschen bei der Schöpfungsleistung erheblich unterstützen, spielen besondere Fähigkeiten, besonderes Wissen oder Kreativität des Schöpfers für den Urheberrechtsschutz in manchen Bereichen eine zunehmend untergeordnete Rolle. Es ist daher zu beobachten, dass die ehemals klar zu unterscheidenden Interessengruppen der Urheber (z. B. Künstler, Autoren und Wissenschaftler) und der Nutzer sich einer trennscharfen Abgrenzung mehr und mehr entziehen. Unter Einsatz digitaler Technik kann angesichts der geringen Schutzvoraussetzungen nahezu jeder geschützte Werke hervorbringen und anbieten (was sich an der Vielfalt der im Internet erhältlichen Geistesschöpfungen deutlich zeigt). Damit zeichnet sich auch eine Konvergenz zwischen den ehemals trennbaren Gruppen der Anbieter und der Rezipienten ab. Durch Online-Technologien wird die Grundlage für moderne, kostengünstige und aufwandsoptimierte Distributionsformen geschaffen, derer sich auch Laien bedienen können. Dieser Umstand verkompliziert eine dezidierte Untersuchung der unterschiedlichen Interessen und -gruppen erheblich.

468 *Dreier/Schulze-Schulze*, vor § 31, Rdnr. 1; *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (992). Es wird sich herausstellen müssen, ob und inwieweit diese Tradition durch das „Web 2.0“ aufgebrochen wird und sich die klassischen Verwertungsketten auf breiter Basis verändern. Die Entwicklung ist diesbezüglich sehr im Fluss, wie man an den Veränderungen etwa in der Musikindustrie oder dem Journalismus deutlich sehen kann.

469 Siehe hierzu eine Studie über die Beschäftigungsverhältnisse in den kreativen Berufen (*Hummel* 2000, S. 6) und eingehend unten, Fn. 1517.

470 Siehe eingehend *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 ff.

471 Was hieße, etwa das Interesse an einer ungehinderten wirtschaftlichen Nutzung fremder Werke zum eigenen materiellen Vorteil und ohne eigene Investitionen in die Erstellungsleistung (sog. „Trittbrettfahrer“, vgl. *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (990)) außer Acht zu lassen.

Berücksichtigung findet. Die Darstellung der einzelnen Gesichtspunkte ist damit weder abschließend, noch ist anzunehmen, dass jedes Interesse in jedem Einzelfall auch bestehen wird. Ebenso wenig werden die aufgeführten Belange im Folgenden auf ihre Schutzwürdigkeit überprüft, im Einzelnen gewichtet, gegeneinander abgewogen oder verfassungsrechtlich eingeordnet. Hierauf wird zum Teil an anderer Stelle eingegangen<sup>472</sup>.

#### a) Die Interessen der Urheber

Der Urheber hat im Regelfall eine Doppelstellung inne, aus der sich zwei unterschiedliche Anforderungen an den Urheberrechtsschutz, ergeben. Primär ist er der kreative Schöpfer, der im Rahmen seiner Arbeit darauf angewiesen ist, auf den Leistungen anderer aufzubauen, von diesen zu lernen, sich inspirieren zu lassen, sich mit diesen auseinander zu setzen und auch fremde Leistungsergebnisse ganz oder teilweise zu übernehmen. Sekundär ist der Urheber zumeist aber auch Verwerter, der an den wirtschaftlichen Erträgen seiner Errungenschaften partizipieren und sein Werk – auf welche Weise auch immer – vermarkten will. Um diesen Unterschied zu verdeutlichen, soll nachfolgend zwischen den Schutzinteressen im Schaffens- und denen im Verwertungsbereich unterschieden werden.

#### aa) Die Schutzinteressen des Urhebers im Schaffungsbereich

Im Rahmen seiner kreativen Arbeit wird der Urheber durch die Schutzrechte Dritter, u. U. sogar seine eigenen Schutzrechte, behindert<sup>473</sup>. Um in seiner schöpferischen Entfaltungsfreiheit nicht über Gebühr beschränkt zu werden, ist er darauf angewiesen, auf einen möglichst umfangreichen, frei zugänglichen Inhalts- und Formenschatz zugreifen zu können. Mit anderen Worten: Der Urheber hat, jedenfalls in Bezug auf das vorbestehende Werkschaffen, einerseits ein Interesse an einer hohen Schutzuntergrenze und andererseits an einem geringen Schutzzumfang. Diesem Interesse steht ein starkes, weit reichendes und mit geringer Zugangsschwelle versehenes Urheberrecht entgegen<sup>474</sup>. Sinkt die Schutzuntergrenze, schwindet gleichermaßen der Spielraum, geistigen Inhalten und Ideen eine individuelle Gestalt zu verleihen.

472 Eine verfassungsrechtliche Untersuchung erfolgt unten in Kapitel 2.

473 Die Rechte an seinem eigenen Werk können den Urheber z. B. dann behindern, wenn er einen Inhalt zum zweiten Mal gestalten, etwa einen weiteren Roman über das gleich Thema schreiben, will, er aber an seinem ersten Werk einem Dritten (hier etwa einem Verlag) exklusive, umfassende Nutzungsrechte eingeräumt hat.

474 So auch *Dreier/Schulze-Schulze*, § 24, Rdnr. 1.

hen. Wird der Schutzzumfang ausgedehnt, beschränkt dies den Urheber in seinen Möglichkeiten, sich an vorbestehende Geistesgüter anzulehnen.

Das Urheberrecht bedient sich bei der Regulierung der beiden Spannungsfelder des Werkbegriffs (Individualität, Gestaltungshöhe), der Abgrenzung von abhängigen (Bearbeitungen) und eigenständigen Schöpfungen (freie Benutzung)<sup>475</sup> sowie der Ausgestaltung der Schrankenregelungen (z. B. des Zitatrechts). Sämtliche Regelungsaspekte müssen ausgewogen ausgestaltet und gehandhabt werden, um den Urheber im Schaffensbereich nicht übermäßig zu beeinträchtigen.

Auf der anderen Seite hat der Urheber im Schaffensbereich in Bezug auf seine eigene Schöpfung aber auch ein Interesse an einem leicht zu erlangenden Schutz, also an einer nicht zu hoch angesetzten Schutzuntergrenze und einem formlosen Rechts-erwerb. Dieses Interesse strahlt zudem auch auf den Verwertungsbereich aus. Die Erlangung des eigenen Rechts dient dem Urheber möglicherweise als Anreiz, Werke zu schaffen, da es die Voraussetzungen für eine unmittelbare Realisierung des wirtschaftlichen Wertes seiner Schöpfung darstellt und zudem einen Schutz seiner ideellen Interessen am Werk zur Folge hat.

#### bb) Die Schutzinteressen des Urhebers im Verwertungsbereich

Die Interessen des Schöpfers im Verwertungsbereich sind schon auf grundsätzlicher Ebene vielfältiger. Seine Anforderungen an die Ausgestaltung des Urheberrechtsschutzes hängen von verschiedenen Faktoren ab. Hierzu zählt insbesondere, ob und in welcher Form ein rechtliches Beziehungsgeflecht zwischen dem Urheber und einem Dritten (im Zweifel einem Verwerter) besteht, im Rahmen dessen der Schöpfungsakt erbracht wird, und die Position des Urhebers in der Verwertungskette.

Um die unterschiedlichen Interessen der Urheber im Verwertungsbereich zu untersuchen, sollen im Folgenden vier Fallgruppen typischer Verwertungskonstellationen, an denen der Urheber beteiligt ist, unterschieden werden<sup>476</sup>:

1. Abhängige Arbeitnehmerwerke, die ein angestellter Urheber im Rahmen seiner arbeits- oder dienstvertraglichen Pflichten schafft;
2. Auftragswerke;
3. Freie Werke, die der Urheber schafft und zur Verwertung einem Werkmittler überlässt;
4. Freie Werke, die der Urheber selbst verwertet.

475 Siehe zu diesem Konfliktbereich im Einzelnen unten, Teil 2, Punkt IV.B.1).

476 Eine im Ergebnis zumindest ähnliche Unterscheidung nimmt *Dreier* in *Klumpp* et al. (Hrsg.), S. 261 (265 ff.) bei seiner Untersuchung urheberrechtlicher Anreize für die Erbringung von Innovationen vor.

Verwerter ist der Urheber – bei einem weiten Verständnis von diesem Begriff – in all diesen Fällen, da den jeweils ihm gegenüberstehenden Dritten (Arbeit-, Auftraggeber, Verwerter, Konsument) eine Nutzung des Werkes nur aufgrund derivativen Nutzungsrechtserwerbs (oder u. U. gesetzlicher Lizenzen) gestattet ist. Die Konstellation 4 unterscheidet sich von den anderen Fällen allerdings dadurch, dass der Urheber sein Werk selbst auf den Markt, genauer: an den Endverbraucher, bringt.

#### (1) Konstellation 1 und 2: Pflichtwerke angestellter Urheber und Auftragswerke

Die beiden ersten Konstellationen gleichen sich insoweit, als der Urheber das Werk für einen anderen erstellt, mit dem er vor der Werkschöpfung bereits in einer vertraglichen Verbindung stand. Dieser andere nimmt dann die (weitere) Verwertung des Werkes vor, im Regelfall ist der Urheber aufgrund eines *buy-out*-Vertrages auf der Basis einer einmaligen Pauschalvergütung hieran nicht mehr beteiligt<sup>477</sup>. Da der Urheber das Werk nicht selbst auf den Markt bringt, ist für ihn die Reichweite des Schutzrechts, z. B. der Schutz vor Nachschaffungen oder die Ausgestaltung der Schrankenvorschriften, allenfalls von sekundärem Interesse<sup>478</sup>. Nur bei einer ausnahmsweise erfolgsabhängigen Ausgestaltung seiner Beteiligung an der Werkverwertung werden seine Belange hierdurch nennenswert berührt<sup>479</sup>.

Die Interessen des Urhebers werden in diesen Konstellationen mithin nicht durch die Ausgestaltung des Schutzrechts, sondern durch die des Urhebervertragsrechts geschützt<sup>480</sup>. Dieses basiert auf der Grundannahme dass sich der Urheber gegenüber dem Verwerter zumeist in einer schwachen Verhandlungsposition befindet; eine Annahme, die bis heute in den weitaus meisten Konstellationen zutreffen dürfte<sup>481</sup>.

477 Zur Zulässigkeit eines solchen vgl. die Nachweise bei *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1003), Fn. 107.

478 Ob sich die Reichweite des Schutzrechts in solchen Konstellationen überhaupt auf die Interessen des Urhebers an wirtschaftlicher Partizipation auswirkt, hängt von der Frage ab, ob die dem Urheber vom Arbeit- oder Auftraggeber gezahlte Vergütung hiervon abhängt. Erfahrungswerte darüber, ob ein weniger starkes Recht tatsächlich zu einer geringeren Gegenleistung für den *buy-out* der Nutzungsrechte führen würde, liegen indes nicht vor. Angesichts der üblicherweise schwachen Verhandlungsposition des Urhebers gegenüber seinem Vertragspartner (siehe hierzu sogleich), muss dies bezweifelt werden.

479 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (986 und 1003).

480 Hinzu tritt das Interesse des Urhebers an hoher Bekanntheit, der Erlangung von Renommee (*Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1003)). Dies wird durch das Namensnennungsrecht gem. § 13 UrhG geschützt.

481 Seltene Ausnahmen mögen bestehen, wenn sich ein Urheber großer Popularität oder einem herausragenden Renommee erfreut, vgl. such *Rehbinder*, Rdnr. 75.

Das Urhebervertragsrecht trägt dem Rechnung, indem es dem Urheber z. B.<sup>482</sup> einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung zubilligt<sup>483</sup>, ihn vor Verfügungen schützt, die er nicht gewollt hat<sup>484</sup> oder deren Reichweite er nicht absehen konnte<sup>485</sup> und auch in Arbeitsverhältnissen die allgemeinen urhebervertragsrechtlichen Normen für anwendbar erklärt<sup>486</sup>. Die genannten Schutznormen dienen in erster Linie dem Aliments-, daneben aber auch dem Amortisierungsinteresse des Urhebers (siehe hierzu sogleich unter Punkt (2)). Die Schutzintention des Urhebervertragsrechts bedingt angesichts der Verhandlungsdisparität zwischen den üblicherweise sich gegenüberstehenden Vertragsparteien, dass die Dispositionsfreiheit im Bereich urheberrechtlicher Lizenzverträge erheblich eingeschränkt ist. Insoweit ähneln die Regelungen des Urhebervertragsrechts bestimmten Bereichen des Zivilrechts in denen, wie z. B. im Arbeits-, Minderjährigen- oder Verbraucherschutzrecht, bestimmte Personengruppen besonderen Schutz vor vertraglicher Übervorteilung – oder gar sich selbst – erfahren.

In den Konstellationen 1 und 2 decken sich die Anforderungen des Urhebers an die Ausgestaltung des Urheber- bzw. Urhebervertragsrechts weit gehend<sup>487</sup>. Er hat ein Interesse daran, bei den Vertragsverhandlungen nicht übervorteilt und in der Verhandlungssituation vom Gesetz unterstützt zu werden. Einzig die Umstände des Vertragsschlusses (Arbeitsvertrag in dem einen, Werk- und/oder Lizenzvertrag im anderen Falle) und das durch diesen begründete Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Parteien mögen u. U. partiell abweichende Interessen begründen, die hier nicht näher erörtert werden sollen.

482 An dieser Stelle könnten noch viele andere Schutznormen aus dem Urhebervertragsrecht (im weiteren Sinne) und anderen Regelwerken genannt werden. Zu den urheberschützenden Vorschriften zählt z. B. auch das Übertragungsverbot in § 29 Abs. 1 UrhG; die Verzicht- und Abtretungsverbote in Bezug auf Vergütungsansprüche (siehe etwa §§ 32 Abs. 3, S. 1; 32a Abs. 3, S. 1; 63a UrhG) und auch die Bereichsausnahme in § 30 GWB, die es den Urhebern entgegen des Kartellverbots in § 1 GWB erlaubt, sich zu Verwertungsgesellschaften zuzuschließen, um ihre Rechte effektiver auszuüben.

483 Vgl. § 32 UrhG.

484 Vgl. den sog. Zweckübertragungsgrundsatz in § 31 Abs. 5 UrhG, aus dem gefolgert wird, dass das Urheberrecht die Tendenz habe, soweit wie möglich beim Urheber zurückzubleiben, vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 31, Rdnr. 110 m. w. Nachw. Bei Unklarheiten über die Reichweite der vertraglich vereinbarten Rechtsübertragung gilt somit der Grundsatz „*in dubio pro auctore*“.

485 Vgl. die neuen §§ 31a, 32c UrhG, die zum 1.1.2008 den alten § 31 Abs. 4 UrhG ersetzt haben und nach denen der Urheber die Verwendung seines Werkes in neuen Nutzungsarten entweder über ein Widerrufsrecht verhindern oder hierfür eine Vergütung geltend machen kann. Vgl. weiterhin § 40 UrhG, der für Verträge über künftige Werke die Schriftform anordnet (Abs. 1 Satz 1) und ein Sonderkündigungsrecht gewährt (Abs. 1 Satz 2).

486 Vgl. § 43 UrhG.

487 Hiervon geht auch § 43 UrhG aus.

## (2) Konstellation 3: Freie Werke, die durch einen Werkmittler verwertet werden

Auch die Konstellation 3 weist aus Sicht der urheberrechtlichen Interessen mit den erstgenannten Fällen maßgebliche Parallelen auf. Begibt sich der Urheber voll umfassend seiner Verwertungsbefugnis gegen eine pauschale Vergütung, ist seinen Interessen vorrangig durch die Ausgestaltung des Urhebervertragsrechts Rechnung zu tragen. Neben das, in den Konstellationen 1 und 2 vorherrschende, Alimentationsinteresse tritt hier jedoch das Amortisierungsinteresse des Urhebers. Schafft er das Werk nicht aufgrund eines Vertrages für einen anderen, hat der Urheber schließlich nicht die Möglichkeit, seine Investitionen vertraglich abzusichern. Er trägt damit das Amortisierungsrisiko zunächst allein<sup>488</sup>, während dieses bei erfolgsunabhängigen vorab vereinbarten Vergütungen allein den Verwerter und bei erfolgsbezogenen Vergütungen Urheber und Verwerter trifft.

Die Sicherung des Investitionsrisikos auf Seiten des Urhebers erfolgt im Rahmen der allgemeinen urhebervertragsrechtlichen Normen, woran sich zeigt, dass der selbst verwertende Urheber nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht die Ausnahme, sondern die Regel ist. Hierfür spricht auch die Tatsache, dass dem Investitionsschutz der Verwerter nur in gewissen Sondersituationen (eben den genannten Konstellationen 1 und 2) durch vertragsrechtliche Bestimmungen Rechnung getragen wird. So werden z. B. durch die §§ 69b<sup>489</sup>, 88 ff.<sup>490</sup> UrhG oder die §§ 2 Abs. 1, 8, 30 f. VerlG<sup>491</sup> die den Interessen des Schöpfers dienenden urhebervertragsrechtlichen Schutznormen abgeschwächt oder präzisiert. Die Sondervorschriften regeln Fälle, in denen Dritte (Arbeitgeber, Produzenten, Verlage) typischerweise ein hohes Investitionsrisiko tragen. Dessen Berücksichtigung rechtfertigt es, die von den urhebervertragsrechtlichen Regelungen betroffenen Interessen anders zu gewichten als in den Regelfällen<sup>492</sup>.

## (3) Konstellation 4: Freie Werke, die der Urheber selbst verwertet

Vertreibt der Urheber sein Werk (ausnahmsweise) selbst auf dem Markt, sind seine Interessen anders gelagert. Er sieht sich hier einerseits dem Verbraucher und andererseits Konkurrenten gegenüber und muss für die Realisierung des wirtschaftlichen Wertes seiner Arbeit selbst Sorge tragen. Insofern hat er ein Interesse an einem star-

488 *Schack*, Rdnr. 10; *Rehbinder*, Rdnr. 73.

489 Diese Norm regelt den gesetzlichen Übergang der Verwertungsbefugnis auf den Arbeitgeber von Softwareprogrammierern.

490 Diese Normen schützen den Filmhersteller in seinen Investitionen (siehe anschaulich v. a. § 90 UrhG).

491 Diese Normen schützen die Interessen des Verlegers.

492 Vgl. zu den § 88 ff. UrhG etwa *Dreier/Schulze-Schulze*, vor §§ 88 ff., Rdnr. 1.

ken Schutzrecht, das ihn in die Lage versetzt, Trittbrettfahrer<sup>493</sup> von der Werkverwertung auszuschließen und ihm eine möglichst umfassende finanzielle Beteiligung an der Nutzung seines Werkes sichert.

Wie gesagt ist das Urheberrechtsgesetz vorrangig auf den Schutz dieses Interesses ausgerichtet. Jedem Urheber eines Geisteswerkes, das die Anforderungen des Werkbegriffs erfüllt, wird durch das Ausschließlichkeitsrecht grundsätzlich die Entscheidung über jegliche wirtschaftliche Auswertung seiner Leistungen zuerkannt<sup>494</sup>; ihm steht ein Verfügungs-, ein Ausschließungsrecht gegenüber jedermann zu. Nur in Ausnahmefällen wird dies zu Gunsten höherrangiger Interessen der Allgemeinheit auf einen bloßen Vergütungsanspruch beschränkt<sup>495</sup> und nur in besonderen Ausnahmekonstellationen entfällt auch dieser Anspruch auf eine wirtschaftliche Partizipation<sup>496</sup>. Diese Regel-Ausnahme-Systematik<sup>497</sup> findet – theoretisch – eine Rechtfertigung in den naturrechtlichen Grundgedanken des Urheberrechts, insbesondere der Theorie vom geistigen Eigentum.

Die Annahme, dass der selbst verlegende Urheber ebenso wie ein Verwerter ein Interesse an einem weit reichenden Ausschließlichkeitsrecht mit möglichst geringen Beschränkungen hat, liegt zunächst nahe. Indes trifft dies nur teilweise zu, die Übereinstimmung der Belange von Urhebern und Verwertern ist auch in solchen Fällen keineswegs absolut<sup>498</sup>.

493 Zum Begriff s. o., Fn. 471.

494 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 74. Realisiert wird dies durch die offenen Kataloge der Werkarten in § 2 Abs. 2 UrhG und der Verwertungsrechte in § 15 UrhG.

495 Siehe z. B. § 27 Abs. 2 UrhG, der die Ansprüche bei dem Verleih von Werken durch Bibliotheken und ähnliche Organisationen regelt. Der freie Zugang zum Kulturgut und dessen Gebrauch wird den Interessen an einer Kontrolle über den Verleih durch ein Verbotrecht übergeordnet. Ein weiteres Beispiel der Reduzierung der absoluten Urheberrechte auf einen Vergütungsanspruch findet sich in § 49 Abs. 1 S. 2 UrhG, der eine Sondervorschrift für die Verbreitung tagesaktueller Presseartikel enthält. Hier sind es die Informationsinteressen der Öffentlichkeit, die eine Reduzierung der urheberrechtlichen Befugnisse rechtfertigen (vgl. *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 49, Rdnr. 1). Eine weitere, praktisch besonders bedeutende, Schranke findet sich § 53 ff. UrhG, der den privaten und sonstigen eigenen Gebrauch durch Vervielfältigung vom Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers freistellen. Die Vergütung erfolgt hier mittelbar durch die in §§ 54 ff. UrhG geregelten Reprographie- und Geräteabgaben. Die Vergütungsansprüche werden in diesem System der Höhe nach durch Gesetz festgelegt (siehe § 54 d UrhG i.V.m. der Anlage zum UrhG über die Vergütungshöhe). In der Beschränkung auf einen Vergütungsanspruch wurde bei Einführung des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1965 eine „sanfte Eingriffsform“ gesehen, die der Tatsache Rechnung trage, dass in manchen Fällen nur das Verbot – nicht aber das Vergütungsrecht des Urhebers die Interessen der Allgemeinheit unangemessen belastet.

496 Siehe z. B. § 52 Abs. 1 Satz 3 UrhG. Für bestimmte Zwecke, die im öffentlichen Interesse liegen, entfällt hiernach die generelle Vergütungspflicht für öffentliche Wiedergaben bei Veranstaltungen.

497 Ein solches Prinzip galt auch bereits im LUG und im KUG.

498 So auch mit ausführlicher Begründung *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1003).

Unterschiede ergeben sich zunächst daraus, dass der Urheber neben einer rein ökonomischen Intention mit der Verwertung auch persönliche, gewissermaßen „mittelbar ökonomische“ Interessen verfolgt. So wird es vielen Urhebern vordringlich darauf ankommen, sich ein Renommee zu verschaffen<sup>499</sup>. Das Primärinteresse liegt dann nicht darin, möglichst hohe Einnahmen mit der Werkverwertung zu erzielen oder gar bestimmte Nutzer vom Zugang oder der Rezeption seines Werkes auszuschließen<sup>500</sup>.

Aus diesem und anderen Gründen können für den Urheber z. B. Einschränkungen seines Verbotsrechts zu Gunsten gesetzlicher Lizenzen, die mit kollektiv wahrgenommenen Pauschalvergütungsansprüchen kompensiert werden, sogar vorteilhaft sein<sup>501</sup>. So kann der selbst verlegende Urheber bei der Vermarktung seines Werkes auf die Hilfe der Verwertungsgesellschaften zurückgreifen, wodurch ein aufwandsarmes Inkasso seiner wirtschaftlichen Beteiligung gewährleistet ist. Hierauf wird der Urheber dann angewiesen sein, wenn ihm – wie so häufig – ein professionelles Vertriebssystem mit den hierfür notwendigen personellen und sonstigen Ressourcen nicht zur Verfügung steht.

Ein Beispiel für die Vorzüge gesetzlicher Lizenzen aus Sicht der Interessen der Urheber ist die Privatkopieschranke in § 53 Abs. 1 UrhG. Obgleich diese das Urheberrecht beschränkt, entstehen dem Schöpfer hieraus Vorteile, in deren Genuss er bei uneingeschränkter Gewähr seiner Abwehrrechte gegen Vervielfältigungen im privaten Bereich nicht kommen würde. So führt § 53 Abs. 1 UrhG und das Modell der mittelbaren Vergütung über die Leermedien- und Geräteabgaben gem. § 54 ff. UrhG (a) zu einer breiteren Streuung seines Schutzgutes; (b) zu einer wirtschaftlichen Partizipation an Nutzungshandlungen, die ansonsten weder verhindert noch wirtschaftlich kompensiert werden könnten<sup>502</sup> und (c) zur Teilnahme an einem für den Urheber unkomplizierten Vergütungserhebungs- und -ausschüttungsverfahren.

(a) Trotz des Verbots einer Weiterverteilung von Privatkopien an die Öffentlichkeit (vgl. § 53 Abs. 6 UrhG) kommt § 53 UrhG eine vor allem aus Sicht der Interessen der Allgemeinheit bedeutende Verteilungsfunktion zu. Diese wird erfüllt, da

499 Dieser Gesichtspunkt kann es durchaus sinnvoll und auch auf längere Sicht lukrativ erscheinen lassen, z. B. bei Erstlingswerken, wirtschaftliche Belange gänzlich zurückzustellen, um durch das kostenlose Angebot eine größere Verbreitung zu erzielen. Besonders im Internet wird diese Methode oft angewendet, was wohl nicht selten eher auf „PR-Aspekte“ als auf die wenig zuverlässigen Abrechnungsmethoden und Zugangsbeschränkungen zurückzuführen sein wird.

500 So auch das BVerfG GRUR 1990, S. 183 (184) – Vermietungsvorbehalt.

501 Gleicher Ansicht wiederum *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1003).

502 Hiervon geht auch die Bundesregierung nach wie vor aus, vgl. den Regierungsentwurf für ein „Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“, BT-Drcks. 16/1828, S. 19.

Privatkopien *de lege lata* nicht vom eigenen Original angefertigt werden müssen<sup>503</sup> und im privaten Umfeld weitergegeben dürfen<sup>504</sup>, sodass eine Streuung der Privatkopien möglich und rechtmäßig ist<sup>505</sup>.

(b) Die Beschränkung des Verbotsrechts auf einen Anspruch auf angemessene Vergütung bedeutet für den (selbst verlegenden) Urheber im Bereich der privaten Nutzung keinen Nachteil. Er hat kein Interesse daran, Nutzer von der Verwendung seines Werkes auszuschließen, soweit er hieran wirtschaftlich partizipiert<sup>506</sup>. Hat er – wie hier – ohnehin keine Möglichkeit, sein Verbotsrecht effektiv auszuüben und die Nutzer zur Zahlung einer individuellen Nutzungsvergütung zu bewegen<sup>507</sup>, garantiert ihm das mittelbare Vergütungssystem zu einer Beteiligung, die über den Erhalt des Verbotsrechts nicht realisierbar wäre<sup>508</sup>. Würde der Gesetzgeber sein Ausschließlichkeitsrecht nicht beschränken und ein alternatives Kompensationssystem vorsehen, könnte dem Beteiligungsgrundsatz<sup>509</sup> des Urhebers im Bereich der privaten Vervielfältigung nicht Rechnung getragen werden, da ein gleichzeitiges Bestehen von gesetzlichem Vergütungsanspruch und Verbotsrecht in Bezug auf ein Ver-

503 *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 53 UrhG Rdnr. 4; *Schricker/Loewenheim*, § 53 UrhG Rdnr. 11; BGH GRUR 1997, 459 (462) = NJW 1997, 1363 – CB-infobank I; BGH GRUR 1997, 464 (466) = NJW 1997, 1368 – CB-infobank II.

504 Vgl. hierzu *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (200).

505 Denkbar ist z. B. der folgende Fall: Ein Nutzer leiht einen Film in der Videothek aus, kopiert sich diesen zweimal, gibt die weitere Kopie an einen Freund weiter, der sich wiederum von der Kopie eine weitere Kopie anfertigt usw. Je nach der verwendeten Vervielfältigungstechnologie, also der Qualität der entstehenden Derivate, kann auf diese Weise eine weite Streuung des Werks erreicht werden, ohne dass weitere „Original“-Vervielfältigungsstücke erworben werden müssen. Dieser Effekt entsteht besonders bei digitalen Kopien, die weit gehend verlustfrei angefertigt werden können, ist aber hierauf nicht beschränkt. Auch bei Vervielfältigungen auf Papier bleibt die Qualität des Originals regelmäßig auch nach mehrfacher Vervielfältigung der ersten und weiteren Kopien erhalten.

506 Ob diese Partizipation an Vervielfältigungshandlungen im privaten Umfeld angemessen und damit für den Urheber befriedigend ist, hängt von der Höhe der Vergütungen und der Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften ab. Eine unzureichende wirtschaftliche Beteiligung des Urhebers weist daher nicht auf die Nachteiligkeit der gesetzlichen Lizenz an sich, sondern vielmehr auf deren Umsetzung hin.

507 Vgl. nur *Dreier/Schulze-Dreier*, § 53, Rdnr. 1. Die Möglichkeiten, die sich dem Urheber bei einem Einsatz von DRM-Systemen zur Kontrolle und Abrechnung von Nutzungshandlungen im privaten Umfeld ergeben könnten, sind heute noch ungewiss und sollen an dieser Stelle nicht kommentiert werden. Vgl. hierzu unten, Teil 3, Kapitel 3, Punkt III.B) und die weiterführenden Ausführungen und Nachweise in Fn. 1630 und 1631.

508 So auch BVerfG GRUR 1990, S. 183 (184) – Vermietungsvorbehalt.

509 Nach dem durch die Rechtsprechung herausgearbeiteten (vgl. BGHZ 17, 266 (282) – Grundig Reporter) und mittlerweile in § 11 Satz 2 UrhG normierten Beteiligungsgrundsatz ist der Urheber tunlichst an dem wirtschaftlichen Nutzen zu beteiligen, der aus seinem Werk gezogen wird, und zwar bei jeder einzelnen Nutzung des Werkes.

wertungsrecht nicht denkbar ist<sup>510</sup>. Die Beschränkung des Vervielfältigungsrechts dient damit letztlich der Durchsetzung des Beteiligungsgrundsatzes.

(c) Vor diesem Hintergrund beschert die über die § 54 ff. UrhG gewährleistete Beteiligung dem Urheber einen Mehrwert. Dies würde sogar dann gelten, wenn private Nutzungshandlungen kontrollierbar wären. Für den sich selbst vermarktenden Urheber wäre der massenhafte Abschluss individueller Vereinbarungen wegen des hiermit verbundenen Aufwandes im Zweifel nicht realisierbar<sup>511</sup>. Dagegen muss er bei der Partizipation am Vergütungssystem weder die Voraussetzung für seine wirtschaftliche Beteiligung schaffen (etwa Verträge aushandeln und abschließen) noch hierüber selbst abrechnen oder diese einziehen. Der Urheber muss – mit anderen Worten – für die Realisierung seiner wirtschaftlichen Partizipation im Einzelfall nicht Sorge tragen.

Die Erkenntnisse über die Vorzüge des pauschalen Vergütungssystems im Bereich der privaten Vervielfältigung führen zu einem überraschenden Befund: Die Beschränkung des Rechts nebst alternativer Kompensation bietet dem Urheber gegenüber der uneingeschränkten Geltung des Ausschließlichkeitsrechts selbst dann noch mehr Möglichkeiten bei der Durchsetzung seiner Interessen, wenn die gesetz-

510 Pauschalvergütungen stellen stets nur eine Gegenleistung für faktisch mögliche und rechtlich zulässige Vervielfältigungshandlung dar (vgl. den Wortlaut von § 54 Abs. 1 UrhG: die hiernach Vergütungspflichtigen haften auf eine angemessene Vergütung nur „für die durch die Veräußerung der Geräte sowie der Bild- oder Tonträger geschaffene Möglichkeit, solche Vervielfältigungen vorzunehmen.“). Sie können entsprechend nur erhoben werden, wenn die Vornahme von Vervielfältigungen gesetzlich gestattet ist. Dies drückt *Bornkamm* (ZUM 2003, S. 1010) sehr anschaulich aus: „Der vom Gesetzgeber geschaffene Vergütungsanspruch hat im Übrigen noch eine Schattenseite. Er setzt eine entsprechende Kopierfreiheit voraus. Um dem Urheber jedenfalls eine Vergütung für diese Nutzung seiner Werke zukommen zu lassen, muss das, was ohnehin nicht unterbunden werden kann, ausdrücklich erlaubt werden.“ Das Alternativverhältnis von Verbotsrecht und Vergütungsanspruch ist auch dogmatisch zwingend. Nach h.A. ist der im Zusammenhang mit einer gesetzlichen Lizenz gewährte Vergütungsanspruch das „Relikt des jeweiligen Nutzungsrechts“, das durch den Gesetzgeber von vornherein nicht als Verbotsrecht, sondern als schuldrechtlicher Anspruch ausgestaltet ist (vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 15, Rdnr. 15; v. *Diemar*, S. 64 f.). Mit anderen Worten: der Vergütungsanspruch ist gegenüber dem Verbotsrecht ein *aliud*, eine dogmatische Alternativkonstruktion. Eine Kumulation von unbeschränktem Ausschließlichkeitsrecht und Vergütungsanspruch ist daher nicht denkbar. Im Übrigen würde dies auch ungerechtfertigte Folgen nach sich ziehen. Eine solche Konstellation hätte unweigerlich Doppelvergütungen für diejenigen Nutzer zur Folge, die ordnungsgemäß Rechte zur privaten Nutzung erwerben. Sie wäre dann verpflichtet, den individualvertraglich vereinbarten Anspruch auf Lizenzgebühren und den Vergütungsanspruch zu erfüllen.

511 Auch ist höchst fraglich, ob die Urheber zukünftig in der Lage sein werden, automatische Systeme zum digitalen Rechtemanagement zu administrieren und hieraus sich ergebende Forderungen zu realisieren. Auch diesbezüglich bleibt letztlich die technische Entwicklung abzuwarten.

lich festgelegten Vergütungssätze für Nutzungshandlungen nach § 53 UrhG nicht mehr angemessen sind<sup>512</sup>.

Aus Sicht der Verwerter, wie sich an deren vehementer Kritik an Privatkopie und Pauschalvergütung deutlich zeigt<sup>513</sup>, wird dieser Aspekt dagegen häufig anders einzuschätzen sein. Diese haben generell ein erhöhtes Interesse an Kontrolle über ihre Inhalte und entsprechend ausgestalteten Abwehrrechten. Auch können auf Schrankenregelungen basierende Pauschalvergütungen gegenüber evtl. verfügbaren technischen Schutzmöglichkeiten nachteilig erscheinen. Zudem werden Vergütungssätze, selbst wenn diese aus Sicht des Urhebers angemessenen erscheinen, für einen Verwerter – z. B. wegen dessen Kostenstruktur – nicht selten zu gering sein.

## b) Die Interessen der Verwerter

Viel häufiger als es die urheberrechtlichen Regelungen implizieren, ist es gerade der Verwerter, dessen Interessen mit den widerstreitenden Belangen der Konsumenten und der Allgemeinheit kollidieren. Da zumeist nur er das Immaterialgut auf dem Markt anbietet, kommt es regelmäßig zu Friktionen nicht nur mit den Interessen der Urheber, sondern auch der anderen Marktteilnehmer. Dies sind namentlich die Konkurrenten und die Konsumenten.

### aa) Die Schutzinteressen der Verwerter gegenüber den Urhebern

Die Tatsache, dass die Werkmittler aufgrund des Schöpferprinzips und der Unabtretbarkeit des Urheberrechts auf einen derivativen Rechtserwerb der Verwertungsrechte von den Schöpfern angewiesen sind, führt für diese zu einem internen Interessenskonflikt. Auf der einen Seite steht das Anliegen, möglichst einfach und mit geringem finanziellen Aufwand die Nutzungsrechte an den von Dritten geschaffenen Werken erlangen und auswerten zu können. Im Rahmen der Verwertung ist zudem die Klarheit über die eigene Rechtsposition an den „eingekauften“ Werken von wesentlicher Bedeutung<sup>514</sup>. Vor diesem Hintergrund wären für die Verwerter zunächst eher schwach ausgestaltete Urheberrechte von Vorteil. Andererseits aber sind sie selbst bei der Amortisierung ihrer (u. a. für den Rechtserwerb aufgebrauchten) Investitionen im Verhältnis zu Konkurrenten und Nutzern auf ein starkes und weit reichendes Recht angewiesen.

512 Dies ist in der Tat der Fall, vgl. *Kreutzer*, ZUM 2003, S. 1041 (1042).

513 Siehe hierzu unten, Teil 2, Punkt IV.B.4.c.aa).

514 So *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (995).

Das Urheberrechtsgesetz steht den Verwertern in diesem Dilemma nur unvollkommen zur Seite, da es einerseits den Vollrechtserwerb unterbindet und ihnen andererseits keine eigenen, an die eigenen Belange angepassten Ausschließlichkeitsrechte an geschützten Werken zugesteht<sup>515</sup>. Für die Werkmittler bedeutet dies, dass ihre Rechtsposition untrennbar mit der des Urhebers verbunden ist.

In der Praxis ist das Interesse an einem starken Urheberrechtsschutz für die Verwerter vorherrschend. Dies folgt aus der faktischen Gegebenheit, dass sich die Verwerter im Verhältnis zu den Urhebern durch Lizenzverträge vertraglich – soweit es das Urhebervertragsrecht zulässt – absichern können. Hier besteht regelmäßig auf Seiten der Verwerter eine größere Verhandlungsmacht, sodass der Erwerb weit gehender Schutzrechte zumeist möglich sein wird. Haben sie diese Schutzposition erworben, ist für die Verwerter nur noch das Verhältnis zu denjenigen von Bedeutung, mit denen sie nicht in vertraglicher Beziehung stehen (v. a. die Konkurrenten). Hier wiederum sind die Verwerter auf starke Schutzrechte angewiesen.

Will man sich vom Schöpferprinzip nicht lösen und den Werkmittlern keine eigenen Schutzrechte an den geistigen Schöpfungen der Urheber gewähren, ist ihnen im Spannungsfeld mit den Urheberinteressen nur durch Regelungen zu helfen, die einen erleichterten, möglichst weit reichenden, jedenfalls aber klar definierbaren Rechtserwerb ermöglichen<sup>516</sup>. Aufgrund seiner alleinigen Fokussierung auf den Schöpfer fehlt es dem Urheberrechtsgesetz jedoch an einer entsprechenden Zielbestimmung, da diese dem Interesse des Urhebers an einem Schutz vor dem Verwerter wiederum diametral entgegenstehen würde. Entsprechend werden den genannten Belangen der Verwerter weder durch eine Übertragbarkeit des Vollrechts noch (weit gehend) durch urhebervertragsrechtliche Sonderregelungen Rechnung getragen. Diese einseitige Ausrichtung hat für den Verwerter in der Praxis viele Unsicherheiten zur Folge, die nicht ausschließlich in der „Natur der Sache“ eines jeden derivativen Rechtserwerbs zu suchen sind<sup>517</sup>. Vielmehr ist ein Großteil der Gefahren für eine erfolgreiche Auswertung und Amortisierung der getätigten Investitionen auf die einseitigen urheberrechtlichen Wertungen und die hierauf basierende komplexe Handhabung des

515 Die verwerterbezogenen Leistungsschutzrechte (z. B. das Tonträgerhersteller oder das Datenbankherstellerrecht) beziehen sich auf andere Schutzgegenstände und berühren daher die Rechte an den bei der Verwertung der eigenen Güter genutzten Werken (z. B. den Kompositionen auf den Tonträgern oder den in eine Datenbank aufgenommenen Schöpfungen) nicht (so in Bezug auf das Datenbankherstellerrecht *Dreier/Schulze-Schulze*, vor §§ 87a ff., Rdnr. 8). Im Spannungsfeld mit den Urheberinteressen ergeben sich aus den Leistungsschutzrechten für den Berechtigten mithin keine Vorzüge.

516 Selbst wenn das Urheberrecht diesen Anforderungen entsprechen würde, würde dies nichts daran ändern, dass ein derivativer Rechtserwerb, aufgrund den sich bei vertraglichen Rechtsübertragungen stets ergebenden Unsicherheitsfaktoren, gegenüber ex lege entstehenden Befugnissen generell von Nachteil ist.

517 Siehe hierzu Fn. 516.

Urhebervertragsrechts sowie die vielen Einschränkungen der Dispositionsfreiheit und Auslegungsgrundsätze<sup>518</sup> zurückzuführen<sup>519</sup>.

## bb) Die Schutzinteressen der Verwerter gegenüber Konkurrenten

Der Verwerter hat im Verhältnis zu seinen Konkurrenten ein Interesse an weit reichenden Abwehrrechten, um eine ungefragte Übernahme und Verwertung „seiner“ Werke verhindern zu können<sup>520</sup>. Dieses Interesse erstreckt sich regelmäßig auch auf die Kontrolle über Mehrwertdienste (Bsp: Pressebeobachtungsdienste<sup>521</sup>) und Sekundärmärkte (Bsp: Merchandising<sup>522</sup>). Selbst wenn der Verwerter solche Segmente nicht bedienen will, versetzt ihn das Schutzrecht bei entsprechender Reichweite in die Lage, diese, soweit sich hieraus eine Konkurrenz für den eigenen Markt ergibt, zu unterbinden oder, soweit der Verwerter sich hiervon wirtschaftliche Vorteile verspricht, nur gegen Lizenzgebühren zu gestatten.

Um sich gegen Mitbewerber und v. a. Piraten und Trittbrettfahrer zu wehren, haben die Verwerter zudem ein Interesse an der Gewähr effektiver Rechtsmittel, die die Durchsetzung ihrer Rechte ermöglichen.

518 Beispiele sind wiederum die Zweckübertragungslehre nach § 31 Abs. 5 UrhG oder die als nicht-disponibel ausgestalteten Ansprüche auf eine angemessene Vergütung (etwa aus §§ 32, 32a, 32c UrhG).

519 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (995), der angesichts dessen auf gesetzgeberischen Handlungsbedarf hinweist. Siehe näher hierzu unten, Teil 3, Kapitel 2, Punkt I.B).

520 Auf den ersten Blick könnte man annehmen, dass sich dieses Interesse wiederum daran relativiert, dass jeder Verwerter auch selbst Konkurrent sein kann, ergo, auch ein eigenes Interesse an nicht zu weit gehenden Rechten hat. Zu solch internen Interessenkollisionen wird es bei Unternehmen der „produzierenden Kulturindustrie“ jedoch im Zweifel nicht kommen. Deren Betätigungsfeld liegt in erster Linie in der Herstellung, Finanzierung und Verwertung von neuen geschützten Werken, nicht in der Zweitverwertung von Werken Dritter. Nur durch diese Verknüpfung und die hiermit geschaffene Möglichkeit, Neuerscheinungen zuerst auf den Markt zu bringen, können sich beispielsweise die großen Film- oder Musikkonzerne ihre bedeutende Marktposition erhalten. Ein Interesse an schwachem oder keinem Urheberrechtsschutz hat dagegen die „Schattenkulturwirtschaft“, wie sie von *Hilty* (ZUM 2003, S. 983 (991)) bezeichnet wird. Hiermit gemeint sind Unternehmen, die Produktionen nicht selbst vornehmen oder finanzieren, sondern die Werke anderer zum eigenen Vorteil wirtschaftlich auswerten wollen, ohne hierfür Rechte einzuholen. Aus Sicht des Urheberrechts sind deren Interessen generell nicht schutzwürdig, da diese allein darin liegen, investitionsaufwendige und wertvolle Inhalte ohne Gegenleistung zu übernehmen und sich hierdurch zu bereichern.

521 *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (991). Solche Dienste untersuchen von den Rechtsinhabern (z. B. online) veröffentlichte Nachrichten für die Nutzer und geben diesen auf der Basis individueller Nutzerprofile Hinweise auf für sie interessante Angebote. Siehe zur urheber- und wettbewerbsrechtlichen Vereinbarkeit solcher Services BGH GRUR 2002, S. 902 ff. – Paperboy.

522 Siehe zum Schutz von Sekundärmärkten durch Urheber- und andere Schutzrechte *Dreier* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 51 ff.

Das Urheberrechtsgesetz trägt den genannten Interessen durch die Regelungen über die Verwertungsrechte (§§ 15 ff. UrhG), die verwandten Schutzrechte (§§ 70 ff. UrhG), die ergänzenden Schutzbestimmungen (§§ 95a ff. UrhG) sowie die Rechtsfolgen (§§ 97 ff. UrhG) Rechnung. Im Bereich der Rechtsdurchsetzung werden die Interessen der Verwerter mit Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG<sup>523</sup> weiter gestärkt werden.

### cc) Die Schutzinteressen der Verwerter gegenüber den Konsumenten

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass die Interessen der Verwerter im Verhältnis zu den Konsumenten denen der selbst verwertenden Urhebern ähnlich sind<sup>524</sup>. Gleich gelagert wird zumeist das Interesse daran sein, an der Verwendung der Werke durch den Endnutzer möglichst weit gehend finanziell beteiligt zu werden. Allerdings werden die Anforderungen von Urhebern und Verwertern nicht selten bei der Frage, wie die Gewähr einer solchen Partizipation durch das Gesetz ausgestaltet sein soll, auseinander gehen. So mögen zumindest manche Verwerter über weiter gehende Möglichkeiten verfügen – etwa über DRM-Systeme –, das Nutzerverhalten zu kontrollieren, individuell zu kontrahieren und Einzelvergütungen einzuziehen. Während also die Urheber mangels Infrastruktur und Kontrollmöglichkeiten häufig eher an Schranken und korrespondierenden alternativen Vergütungssystemen interessiert sein werden, mögen solcherlei Modelle für Verwerter mitunter zu unerwünschtem Kontroll- und Einnahmeverlust führen. Dies verdeutlicht die Tatsache, dass von Seiten der Wirtschaft z. T. die Abschaffung der Pauschalvergütungssysteme einschließlich der Schrankenregelungen gefordert wird, auf denen diese basieren<sup>525</sup>. Allerdings trifft dies wiederum nicht auf alle Verwerter und alle Marktsegmente zu, sondern im Zweifel ausschließlich auf größere Unternehmen<sup>526</sup>. Ein einheitliches Interesse der Verwerter an der Abschaffung von pauschalen Vergütungssystemen und Schrankenbestimmungen wird daher nicht bestehen<sup>527</sup>. Vielmehr mag das Motto „Schützen,

523 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums. Die Richtlinie ist nach deren Art. 20 bis zum 29. April 2006 in das nationale Recht umzusetzen.

524 S. o., Punkt I.C.3.a.bb.(3).

525 Vgl. hierzu *Kreutzer*, ZUM 2003, S. 1041 (Fn. 3) m. w. Nachw. Hiergegen *Kreile*, ZUM 2003, S. 1018 (1019).

526 Kleinere und mittlere Unternehmen dürften bei der Erfassung des privaten Gebrauchs bzw. dem Einsatz komplexer DRM-Technologien hingegen häufig die gleichen Probleme haben, wie die selbstverlegenden Urheber. Zu diesen s. o., Punkt I.C.3.a.bb.(3).

527 Ein „alternativer Weg“ wurde von Seiten der Musikindustrie im Rahmen der Diskussionen über den sog. „2. Korb“ der Reform des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft ange-regt. Von dieser Seite wurde verlangt, die Privatkopie zu verbieten und dennoch Pauschalgebühren zu erheben. Dies sei von daher gerechtfertigt, da sich nicht alle Nutzer an ein Vervielf-

was man schützen kann. Vergüten, was man nicht schützen kann.“<sup>528</sup> die Interessen der Verwerter generell zutreffend wiedergeben.

Soweit Schrankenbestimmung und alternative Kompensationssysteme existieren, haben alle Verwerter, mehr noch als die Urheber<sup>529</sup>, ein Interesse an angemessenen Vergütungssätzen. Zudem sind sie auch gegenüber den Nutzern auf wirksame Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten angewiesen<sup>530</sup>.

### c) Die Interessen der Allgemeinheit (der Nutzer)

Die Interessen der „Allgemeinheit“ zu beschreiben, ist besonders schwierig. Es liegt auf der Hand, dass eine homogene Gruppe, die man als „die Allgemeinheit“ bezeichnen könnte, nicht existiert. Ebenso wenig ist es naturgemäß möglich, einheitliche Bedürfnisse „der Allgemeinheit“ zu definieren. Vielmehr sind die durch das Urheberrecht tangierten Konsumenten einer Vielzahl unterschiedlicher, z. T. sich überschneidender, Gruppen zuzuordnen<sup>531</sup>, die z. T. sehr spezifische partikulare und kollektive Interessen an der Verwendung urheberrechtlich geschützten Materials verfolgen und entsprechende Anforderungen an ein ausgewogenes Schutzrecht stellen<sup>532</sup>. Da diese hier nicht im Einzelnen aufgeführt werden können, bietet es sich an, zu abstrahieren und die Vielfalt der allgemeinen Interessen vereinfacht anhand des kleinsten gemeinsamen Nenners der Konsumentenbelange darzustellen.

Vorrangig hat die Allgemeinheit das Interesse, wertvolle kulturelle Inhalte möglichst ungehindert zu nutzen<sup>533</sup>. Es besteht also ein allgemeines Interesse an einer

fältigungsverbot im privaten Bereich halten würden, vgl. *Gebhardt*, ZUM 2003, S. 1022 (1024). Eine solche Kumulation von uneingeschränktem Verbotrecht und gesetzlichem Vergütungsanspruch ist indes weder dogmatisch denkbar noch interessengerecht, vgl. oben, Fn. 510.

528 So Bundesjustizministerin *Zypries* in einem Interview der Computerzeitschrift *c't* über Fragen des geistigen Eigentums, vgl. *Sietmann*, *c't* Heft 16/2004, S. 158 ff. (siehe: <http://www.heise.de/ct/04/16/158/>); dies. ZUM 2003, S. 981).

529 Diese profitieren eher als die Verwerter allein von einer weiten Verbreitung ihrer Werke, vgl. oben, Punkt I.C.3.a.bb).

530 Dies gilt v. a. angesichts der heutigen Möglichkeiten, geschütztes Material ohne Zustimmung der Rechtsinhaber über das Internet oder andere Datenarchitekturen (beispielsweise *Filesharing*) allgemein verfügbar zu machen.

531 Man denke z. B. an die Wissenschaftler, die Informationsvermittler (z. B. die Bibliotheken), die Endnutzer, die Studierenden, die Anbieter von Mehrwertdiensten etc.

532 Siehe im Einzelnen zu den Interessen der Allgemeinheit oben I.C.3.c.).

533 Vgl. BGH GRUR 2003, S. 956 (957) – Gies-Adler. Es erscheint nicht glücklich, dieses Interesse mit dem Begriff der „Informationsfreiheit“ zu umschreiben. Der Terminus ist bekanntlich durch das Verfassungsrecht (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) belegt; allerdings schützt die grundrechtliche Informationsfreiheit nur vor staatlichen Behinderungen der Information aus frei zugänglichen Quellen. Geschützte Werke sind dagegen gerade nicht Bestandteil der frei

weiten Verbreitung von geschützten Werken. Die freie Entfaltung und Fortbildung der Persönlichkeit des Einzelnen ist von der Nutzung fremden Geistesgutes abhängig<sup>534</sup>. Vor dem Hintergrund der Bedeutung urheberrechtlich geschützten Materials als Kommunikations- und Kulturgüter, u. a. für den Prozess der Meinungsbildung und die freiheitlich demokratische Grundordnung, korrespondieren die Belange der Allgemeinheit auch mit öffentlichen Belangen.

Das Interesse an ungehinderter Nutzung verlangt zunächst nach einer weit reichenden Zustimmungs- und Vergütungsfreiheit. Sowohl Verbotrecht als auch Vergütungspflicht können den Nutzer von einem Zugang zu geschützten Werke ausschließen. Das Urheberrechtsgesetz erkennt die schutzwürdigen Belange der Konsumenten unter der Wertung an, dass es die soziale Eingebundenheit des Urhebers in eine Gesellschaft und der Wert von geistigen Schöpfungen für die Allgemeinheit<sup>535</sup> gerechtfertigt erscheinen lassen, den Umfang der Ausschließlichkeitsrechte in gewissen Sonderfällen einzuschränken<sup>536</sup>.

Auch hier zeigt sich wiederum eine Überschneidung der Interessen von Rechtsinhabern und Konsumenten. Beide profitieren von einer weiten Verbreitung der Werke. Dies gilt jedoch auf Seiten der Rechtsinhaber (vor allem der Verwerter) nur insofern, als sie an Zugang und Nutzung – möglichst unter Durchsetzung eigener Konditionen – wirtschaftlich beteiligt werden. Dagegen erscheint für die Konsumenten ein möglichst freier und kostenloser Zugriff auf geschütztes Material zunächst wünschenswert.

Auch dieses Interesse der Konsumenten relativiert sich indes an einem weiteren Faktor: der florierenden Produktion von Geistesgütern. Wenn man davon ausgehen kann, dass Existenz und Reichweite von Immaterialgüterrechten Auswirkungen auf die Herstellung von Geistesgütern haben – v. a. dass sich aus dem Schutzrecht Anreize für die Kulturschaffenden (Kreative, Industrie) ergeben<sup>537</sup> –, ist zu unterstellen,

zugänglichen Quellen. Dies gilt jedenfalls, solange der Urheber einer Nutzung durch jedermann nicht zugestimmt hat. Vgl. hierzu BVerfG, EuGRZ 2001, S. 59 (63 f.); AK/Hoffmann-Riem, Art. 5, Rdnr. 103) und die Ausführungen unten, Kapitel 2, Punkt II.A.3.a.aa).

534 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 81.

535 Die Allgemeinheit hat ein berechtigtes, verfassungsrechtlich verbrieftes Interesse daran, kommunikative Inhalte und Informationen möglichst frei zu konsumieren. Vgl. zu der verfassungsrechtlichen Bewertung der dem Urheberrecht entgegenstehenden Belange unten, Kapitel 2, Punkt II.A.3.a). *Hoeren*, MMR 2000, S. 3 (1) bezeichnet dieses Interesse als „Informationsfreiheit“. Diese sei Anfangs- und Endpunkt der urheberrechtlichen Interessenabwägung, dergegenüber die Monopolisierung durch das Urheberrecht einer Rechtfertigung bedürfe, siehe hierzu unten, Fn. 599. Auch *v. Becker*, GRUR 2004, S. 104 (108) hält diese Sicht für vertretbar.

536 Dies gebiete die Sozialbindung des Urheberrechts, vgl. etwa BGHZ 114, S. 368 (371) – *Liedersammlung*.

537 Auch das Bestehen und das Maß der durch das Urheberrecht geschaffenen Anreize werden durch dessen Ausgestaltung beeinflusst. Das Recht muss den Interessen der Kulturschaffenden entsprechen, um Anreize schaffen zu können. Kollidieren die Belange der an der Entste-

dass auch die Konsumenten von einem – jedenfalls ausgewogenen – Urheberrecht profitieren.

Dies heißt indes nicht, dass die Konsumenten ein Interesse an einem möglichst weit gehenden Urheberrechtsschutz hätten. Vielmehr reicht dies nur so weit, wie das Recht zur Schaffung der notwendigen Anreize erforderlich ist. Die vorstehenden Ausführungen sollten verdeutlicht haben, dass eine Erweiterung des Schutzrechts nicht ohne Weiteres erhöhten Anreiz zum Schaffen bei allen am Schaffensprozess Beteiligten nach sich ziehen wird. Eine Hypothese, nach der starke Rechte großen, schwache Rechte dagegen nur geringen Anreiz zur Schaffung und Nutzung von Werken entfalten, würde die komplexen rechtlichen und ökonomischen Zusammenhänge verkennen. Evident wird hierbei vernachlässigt, dass auch die Interessen der nachschaffenden Urheber sowie Konsumenten auf die Anreizwirkung des Rechts erheblichen Einfluss haben. Hat das Recht etwa zur Folge, dass die Freiheiten der berechtigten Konsumenten bei dem Umgang mit geschütztem Material so weit beschränkt werden, dass diese von deren Erwerb absehen, nimmt auch der Anreiz zur Produktion neuer Werke ab.

Das komplexe Thema der Effizienzsteigerung des Urheberrechts über Herstellung eines ausgewogenen Interessensausgleichs kann hier nicht umfassend dargestellt werden<sup>538</sup>. Tatsache ist, dass weder die Urheberrechtswissenschaft noch die Forschung im Bereich der ökonomischen Analyse des Rechts oder die Empirie bis heute eindeutig klären konnte, wie ein idealer Ausgleich von Schutzrecht und Beschränkungen auszusehen hätte<sup>539</sup>, um allen vom Urheberrechtsschutz betroffenen Belangen optimal Rechnung zu tragen. Genügen soll vor diesem Hintergrund die Feststellung, dass auch vor dem Aspekt der Anreizfunktion des Urheberrechts eine ausgewogene Berücksichtigung der Interessen von Urhebern, Verwertern und Konsumenten erforderlich ist.

Dies führt zu einer weiter gehenden Erkenntnis. Ist ein ausgewogenes Urheberrecht erforderlich, um die notwendigen Anreize für das – allen Beteiligten zugute kommende – Werkschaffen zu entfalten, haben alle Beteiligten im Umkehrschluss ein gleichgelagertes Interesse an einem ausgewogenen Urheberrechtsschutz.

hung von Werken Beteiligten, ist ein möglichst optimaler Ausgleich herzustellen. Ein Recht, das diesem Anspruch nicht genügt, ist auch in seiner Anreizfunktion beeinträchtigt, da die benachteiligte Gruppe nicht oder weniger gewillt sein wird, seinen Beitrag zu leisten. Schließlich sind auch die Interessen der Konsumenten angemessen einzubeziehen. Sind diese nicht bereit, Werke gegen Entgelt zu rezipieren, nimmt der Anreiz im produktiven Bereich wiederum ab, da eine Amortisierung der Kosten nicht mehr gewährleistet ist. Siehe weiter zur Anreizfunktion des Urheberrechts oben, Fn. 111 und unten, Fn. 1883.

538 Weitere Ausführungen zur Anreizfunktion des Urheberrechts finden sich oben, Fn. 111 und unten, Fn. 1883.

539 *Bechtold*, S. 320, 333 ff. (eingehend hierzu S. 320 ff.).

#### 4) Fazit

Betrachtet man die im vorangegangenen Abschnitt beschriebenen typischen Verwertungsszenarien in der heutigen Kulturwirtschaft, zeigt sich, dass Interessenkollisionen zwischen Rechtsinhabern und der Allgemeinheit üblicherweise im Verhältnis Verwerter-Endnutzer auftreten werden. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Urheber an der Auswertung seiner Schöpfung auf dem Markt nicht beteiligt ist, weil er seine Rechte am Werk durch einen *buy-out* auf einen Werkmittler übertragen hat. Die Tatsache, dass die Interessen von Urhebern und Verwertern – gerade in solchen Fällen – nicht gleichgelagert sind, sich die Ausgestaltung von Rechten und Schrankenbestimmungen im Urheberrechtsgesetz aber dennoch in der Regel an dem Idealtypus des freischaffenden und selbst verwertenden Schöpfers<sup>540</sup>, mithin an dem Verhältnis Urheber – Nutzer orientiert, erhellt, dass die hierhinter stehenden Wertungen nicht selten an der Realität vorbeigehen werden<sup>541</sup>.

#### II) Die verwandten Schutzrechte

Obwohl auch im Urheberrechtsgesetz geregelt, unterscheiden sich die geschützten immateriellen Leistungen der ausübenden Künstler, der Tonträger-, Film- und Datenbank-Hersteller, der Sendeunternehmen, der Fotografen einfacher Lichtbilder und der Herausgeber nachgelassener Werke schon wesensmäßig von den persönlich geistigen Schöpfungen. Der maßgebliche Unterschied zwischen Werk und Leistung liege darin, dass bei einer Schöpfung der individuelle Geist in die geschützte Ausdrucksform eingehe und hierin selbst Gestalt angenommen habe. Der Urheber schöpft damit ein Werk. Dagegen ist der Leistungsschutzberechtigte nur Werkmittler, dessen Beitrag sich darin erschöpft, ein fremdes Werk wiederzugeben, „ohne dass der subjektive Geist selbst in das Ergebnis eingeht“<sup>542</sup>.

So unterschiedlich wie die Gruppen der Leistungsschutzberechtigten sind auch die Schutzzwecke der jeweiligen Vorschriften und deren Ausgestaltung. Gemein ist den verwandten Schutzrechten, dass durch sie eine individuelle Leistung geschützt wird, die dem Kulturschaffen im weitesten Sinne zuzuordnen ist<sup>543</sup>. Aus diesem Grund wird der Einsatz honoriert. Bei den ausübenden Künstlern wird die künstlerische Darbietung geschützt. Die Vorschriften für Tonträgerhersteller, Sendeunter-

540 *Pahud*, S. 44; *Dietz* in *FG Schricker*, S. 6.

541 So auch *Hilty*, *ZUM* 2003, S. 983 (993 f.).

542 *Hubmann*, S. 42.

543 *Rehbinder*, 10. Auflage, Rdnr. 58. Wobei angesichts der sehr unterschiedlichen Arten von Leistungsschutzberechtigten deutlich wird, dass das „Kulturschaffen“ ein sehr dehnbarer Begriff ist.

nehmen und Datenbankhersteller verkörpern Investitionsschutzrechte<sup>544</sup>, die aufgrund steigender Produktpiraterie erforderlich wurden.

Den verwandten Schutzrechten liegt also – anders als dem Urheberrecht – der Gedanke einer „rechtlichen Belohnung“ für den Erbringer der Leistung zugrunde<sup>545</sup>. Die Investitionen der Kulturindustrie sollen durch Schutzrechte abgesichert werden, damit der Anreiz für dieses Marktsegment bestehen bleibt<sup>546</sup>. Belohnt wird der Leistungsschutzberechtigte (i.d.S. etwa der Film- oder der Tonträgerhersteller, der ausübende Künstler oder der Herausgeber nachgelassener Werke) z. B. dafür, dass er ein Werk in eine Form überführt, in der es von anderen bestimmungsgemäß wahrgenommen werden kann. Er fungiert damit als Werkmittler, der es dem Konsumenten erst ermöglicht, das jeweilige Erzeugnis zu nutzen. In dieser Funktion verdient etwa der Datenbankhersteller besonderen Schutz dafür, dass er Informationen für den Nutzer, gleich ob diese aus geschütztem oder ungeschütztem Material bestehen, systematisiert, aufbereitet oder sonst wie den Zugang zu einer Fülle von Informationen erleichtert<sup>547</sup>.

Der vorherrschende Entlohnungsgedanke hebt hervor, dass es sich bei den Leistungsschutzrechten nicht um naturrechtlich fundierte Befugnisse handelt, sondern lediglich um staatlich gewährtes, positives Recht. Es wäre auch kein Grund ersichtlich, den durch die verwandten Schutzrechte geschützten Leistungen übergesetzliche Anerkennung zuzuerkennen. Diese weisen regelmäßig keinen (bei den technischen Leistungen) oder nur geringen (u. U. bei Darbietungen) Persönlichkeitsbezug auf<sup>548</sup>.

Diese Wesensverschiedenheit zwischen Urheber- und Leistungsschutzrecht realisiert sich in den wesentlichen Regelungsaspekten. Sie können auch (originär<sup>549</sup>) juristischen Personen zustehen<sup>550</sup> und können translativ übertragen werden<sup>551</sup>. Im Übrigen gilt auch bei den Rechten der ausübenden Künstler, die nach den §§ 74 und 75

544 Investitionen i.d.S. sind nicht auf finanziellen Einsatz zu beschränken; hierzu zählen z. B. auch technisch-organisatorische Leistungen (vgl. Motive, UFITA 45 (1965), S. 248) oder Unterhaltungsmaßnahmen (z. B. *Updating*, vgl. *Fromm/Nordemann-Hertin*, vor §§ 87 a – e, Rdnr. 3).

545 *Rehbinder*, Rdnr. 70 bringt dies damit zum Ausdruck, dass dem Leistungsschutzberechtigten ein „gerechter Lohn für seine Leistung“ gebühre.

546 Siehe z. B. zum Datenbankhersteller *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 87a ff., Rdnr. 1.

547 Dieser Gedanke ist besonders angesichts der immensen im Internet verfügbaren Informationsfülle besonders gut nachzuvollziehen. Die Tätigkeit des Datenbankherstellers wird auch auf längere Sicht eine besonders wichtige für die Vermittlung von Informationen und Werken im Cyberspace sein, da es an ihm ist, die Informationsfülle dergestalt zu ordnen und aufzubereiten, dass deren Nutzung durch Dritte gewährleistet werden kann. Die Zukunft des Internets als Informationsmedium hängt entscheidend von den Leistungen der Datenbankhersteller ab.

548 Sofern man einen solchen als Rechtfertigung für naturrechtlich bedingten Schutz überhaupt anerkennen will.

549 Dies gilt indes nicht für die Rechte der ausübenden Künstler.

550 So z. B. für das Tonträgerherstellerrecht *Dreier/Schulze-Schulze*, § 85, Rdnr. 5.

551 Siehe z. B. § 79 Abs. 1

UrhG auch Persönlichkeitsrechte umfassen, nicht das monistische, sondern ein dualistisches Prinzip<sup>552</sup>. Mangels naturrechtlichen Wesens verleihen die verwandten Schutzrechte dem Rechtsinhaber auch keinen – im Zweifel übergesetzlichen – Schutz. Vielmehr unterliegen die Leistungsschutzrechte sowohl in Bezug auf Existenz als auch Ausgestaltung einem *numerus clausus*<sup>553</sup>. Demgemäß bedürfen Rechtsänderungen im Allgemeinen gesetzgeberischer Maßnahmen.

552 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 79, Rdnr. 2.

553 *Rehbinder*, Rdnr. 776.

## I) Einleitung

Nachdem in Kapitel 1 die einfachgesetzliche Ausgestaltung des deutschen Urheberrechts sowie dessen rechtsphilosophische Fundierung dargestellt wurde, soll nun im Folgenden auf die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen eingegangen werden, die den Gesetzgeber bei seinen legislativen Entscheidungen binden. Gegenstand der Erörterung ist in erster Linie die Frage, inwiefern das Grundgesetz etwaige Anpassungsbedarf des deutschen Urheberrechts Raum lässt bzw. wie eng etwaige Beschränkungen einer Regelung dieser Materie angesichts der einschlägigen Grundrechte zu verstehen sind<sup>554</sup>. Hierfür sollen Inhalt und Schranken der verfassungsrechtlichen Garantie sowie der hieraus sich ergebende gesetzgeberische Gestaltungsspielraum für (Neu-)Regelungen im Urheberrecht untersucht werden<sup>555</sup>.

## II) Schutz des Urheberrechts durch das Grundgesetz

Nach ganz h. M.<sup>556</sup> und ständiger Rechtsprechung<sup>557</sup> ist sowohl die persönlichkeitsrechtliche als auch die vermögensrechtliche Komponente des Urheberrechts durch die Grundrechte garantiert. Unstreitig ist das Werk Eigentum des Urhebers im Sinne

554 Es handelt sich bei den folgenden Ausführungen nicht um eine vollumfängliche verfassungsrechtliche Prüfung sämtlicher Aspekte des Urheberrechts. Vielmehr werden die Zusammenhänge nur cursorisch anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufgezeigt, soweit dies erforderlich erscheint, um den für eine Neuordnung bestimmter Regelungen des Urheberrechts eröffneten Regelungsspielraum herauszuarbeiten.

555 Dabei ist nicht zu verkennen, dass auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen einer positivrechtlichen Regelung bei Veränderungen der relevanten Rechtstatsachen unter Umständen neu bewertet werden müssen und insoweit nicht statisch zu begreifen sind. Der folgende Abschnitt soll daher als Momentaufnahme begriffen werden.

556 Vgl. *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 12; *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 1, Rdnr. 4; v. *Münch/Bryde*, Art. 14, Rdnr. 17; *BK-Kimminich*, Art. 14, Rdnr. 34; *Ulmer*, § 11; *Rehbinde*, Rdnr. 135; *Weber*, S. 13; *Fechner*, S. 200.

557 BVerfGE 31, S. 229 (239) = GRUR 1972, S. 481 (483) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 31, S. 248 (251) = GRUR 1972, S. 485 (486) – Bibliotheksgroschen; BVerfGE 31, S. 270 (272) = GRUR 1972, S. 487 (487) – Schulfunksendungen; BVerfGE 49, S. 382 (392) = GRUR 1980, S. 44 (46) – Kirchenmusik; BVerfGE 79, S. 29 (40) = GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten.

des Art. 14 GG. Darüber hinaus unterliegt das Urheberpersönlichkeitsrecht dem Schutz der Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG<sup>558</sup>.

## A) Art. 14 GG und die vermögensrechtliche Komponente des Urheberrechts

### 1) Inhalt und Grenzen des Schutzes von Art. 14 GG in Bezug auf das geistige Eigentum

#### a) Allgemeines

Das Urheberrecht unterfällt mit seiner vermögensrechtlichen Komponente als Schutzgegenstand dem Art. 14 GG. Grundsätzlich ergibt sich die konkrete Reichweite des Eigentums erst aus der Bestimmung von Inhalt und Schranken, die nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG durch den Gesetzgeber festgelegt werden<sup>559</sup>. Das positive Recht regelt damit den Umfang der Eigentumsgewährleistung. Ohne gesetzgeberisches Tätigwerden ist „Eigentum“ gar nicht denkbar<sup>560</sup>, was den zwingenden Schluss nach sich zieht, dass dem Gesetzgeber ein erheblicher Gestaltungsspielraum<sup>561</sup> nicht nur hinsichtlich der Schranken, sondern auch der Regelungen über Schutzanforderungen und Schutzzumfang zusteht.

Dennoch ist der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Eigentums nicht frei. Aus der Verfassung ergeben sich vielmehr Bindungen. So ist ein eigentumsrechtliches Ausgestaltungsgesetz nur dann verfassungsgemäß, wenn es die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen angemessenen Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringt<sup>562</sup>. Auch darf ein minimaler, im Folgenden beschriebener Schutzstandard ebenso wenig unterschritten werden, wie bestimmte vermögenswerte Rechtspositionen von einem Schutz gänzlich ausge-

558 Vgl. unten, Fn. 731. Weiterhin sind aus Sicht des Verfassungsrechts zu berücksichtigen die Kunst- und die Schaffensfreiheit, die sich aus Art. 5 III und Art. 12 I GG ergeben, vgl. etwa *Schack*, Rdnr. 87. Diese Aspekte sollen hier jedoch nicht behandelt werden, da ein Zusammenhang mit der hier relevanten Fragestellung nicht besteht (siehe in diesem Zusammenhang auch BVerfGE 31, S. 229 (238 f.) – Kirchen- und Schulgebrauch.

559 BVerfGE 91, S. 294 (308).

560 *V. Münch/Bryde*, Art. 14, Rdnr. 50.

561 Ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. etwa BVerfGE 21, 73 (83); 42, 263 (294); 50, 290 (339 f.); 70, 191 (200 ff.); 83, 201 (212); 95, 64 (84).

562 BVerfGE 21, 73 (82); 87, S. 114 (138).

nommen werden dürfen, ohne dass hierfür ein besonderer Rechtfertigungsgrund vorhanden wäre.

## b) Gleichbehandlung von geistigem und Sacheigentum?

Fraglich ist zunächst, ob die Erörterung die verfassungsrechtliche Beurteilung des Sacheigentums mit einbeziehen muss, aus der sich – unter Berücksichtigung von Art. 3 GG – u. U. besondere Implikationen auch für die Regelung des geistigen Eigentums ergeben könnten. Immer wieder wurde die Frage nach der Vergleichbarkeit von Sach- und geistigem Eigentum im Rahmen der Regelung des Urheberrechts diskutiert<sup>563</sup>. Auch die Begründung des Urheberrechtsgesetzes von 1965 äußert sich hierzu<sup>564</sup>.

Die damals geäußerte Auffassung der Gesetzesverfasser entspricht der heute ganz herrschenden Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung. Hiernach bestehen zwischen Sacheigentum und geistigem Eigentum im Allgemeinen sowie dem Urheberrecht als Unterfall des geistigen Eigentums im Besonderen gravierende Unterschiede, die eine Gleichbehandlung verbieten<sup>565</sup>.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen Sacheigentum und geistigem Eigentum liegt zunächst darin, dass deren Wert – ohne sich zu verändern oder an Qualität zu verlieren – häufig von kurzer Dauer ist. So sind nur die wenigsten Werke nach Ablauf der Schutzdauer überhaupt noch von vermögensrechtlichem Interesse<sup>566</sup>. Übrig bleiben die großen Werke der Literatur und Kunst, bei denen allerdings gegenüber Sachen ein erhöhtes Interesse der Allgemeinheit zu berücksichtigen ist, zu Gunsten der freien Verbreitung und Wiedergabe in den frei verfügbaren Bestand wichtiger Kulturgüter einzugehen.

Der bedeutsamste Unterschied zwischen geistigem und Sacheigentum liegt möglicherweise nicht in der sozialen Dimension, sondern in der Bedeutung der Werke für den kulturellen und geistigen Fortschritt. In der Begründung zum Urheberrechtsreformgesetz von 1965 heißt es diesbezüglich:

„Als ein allgemeiner Grundsatz kann gelten, dass der Urheber insbesondere dort im Interesse der Allgemeinheit freien Zugang zu seinen Werken gewähren muss, wo dies unmittelbar der

563 Gegenstand der Kontroverse war in erster Linie die – im Gegensatz zum grundsätzlich unendlich bestehenden Sacheigentum – zeitliche Beschränkung des geistigen Eigentums.

564 Vgl. Motive, UFITA 45 (1965 II), S. 278 ff.

565 BVerfGE 31, S. 275 (291) = GRUR 1972, S. 491 (495) – Schallplatten; *Fechner*, S. 219 ff. m. w. Nachw. Als „fragwürdig“ bezeichnet auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (999) den Vergleich zwischen Sach- und geistigem Eigentum. Zur Vergegenwärtigung dieser Fragestellung ist die Erkenntnis grundlegend, dass das Eigentum am Werk und das Eigentum am Werkträger auseinander fallen.

566 Motive, UFITA 45 (1965 II), S. 295.

Förderung der geistigen und kulturellen Werte dient, die ihrerseits Grundlage für sein Werk-schaffen sind.<sup>567</sup>

Hierin liegt eine für die Ausgestaltung des Urheberrechts wesentliche Erkenntnis: Auch die Urheber, deren Schutz schließlich im Mittelpunkt des Gesetzes steht, haben kein Interesse an einem voll umfassenden, endlosen Schutz. Sie selbst sind auf angemessene Grenzen des Rechts angewiesen, da die Urheber sich fremder Leistungen und dem frei verfügbaren Allgemeingut bedienen müssen, um ihrerseits schaffen zu können. Vor diesem Hintergrund besehen, fehlte es einem grenzenlosen Schutzrecht auch an Rechtfertigung. Baut der Urheber auf den Leistungen anderer auf, müssen auch diese wiederum von seinem Schaffen profitieren und dies nutzen können. Gleiches gilt aus Sicht des verfügbaren Allgemeinguts: bedient sich der Urheber hieraus, ist es angemessen, dass auch er wieder etwas zurückführen muss. Auf diese Weise wird eine Monopolisierung des Wissens und der Kulturgüter verhindert und das Allgemeingut gemehrt. Die Verfolgung dieses Ziels ist in einer freiheitlichen Grundordnung als selbstverständlich anzusehen.

Im Gegensatz hierzu ist der Sacheigentümer bei der Entstehung des Rechtsobjekts oder seiner Rechtsposition nicht auf das Allgemeingut angewiesen. Er entzieht bei der Begründung seiner Rechtsposition im Regelfall auch kein Gemeingut dem Zugriff anderer. Auch dies kann beim Urheberrecht u. U. anders sein. Selbst bei einer strikten gesetzlichen Trennung von schützba- ren und ungeschützten Bestandteilen eines Geistesgutes würde durch die Monopolisierung des geschützten Bestandteils eine mögliche Formgebung, mittels derer eine Idee, ein Inhalt oder ein Konzept gestalterisch umgesetzt werden kann, dem allgemein Zugänglichen entzogen.

Ein weiterer wichtiger Unterschied zum Sacheigentum liegt darin, dass das geistige Eigentumsrecht grundsätzlich Mitteilungsgüter betrifft<sup>568</sup>, also solche, die in erster Linie dazu bestimmt sind, anderen zugänglich zu sein. Das Zugangsrecht dient hier im Gegensatz zum Sacheigentum nicht in erster Linie der Möglichkeit, andere auszuschließen, sondern dem Rechtsinhaber die Entscheidung über den Zugang zum Werk und dessen Modalitäten vorzubehalten<sup>569</sup>. Dieser wesentliche Unterschied – und das ist bei der Interessenabwägung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums-gutes auch zu berücksichtigen – resultiert aus der Tatsache, dass Sacheigentum stets an einem bestimmten Gegenstand besteht. Dagegen ist das Werk reproduzierbar und ubiquitär. Der geistige Eigentümer verliert durch die Nutzung eines anderen nicht seine Befugnis am Werk und wird auch nicht vom Zugriff auf das Werk ausgeschlossen<sup>570</sup>. Während Immaterialgüter also keiner Knappheit unterliegen, ist die Sachherrschaft an einem Gegenstand und der Zugriff und die Nutzbarkeit desselben

567 Motive, UFITA 45 (1965 II), S. 278.

568 Motive, UFITA 45 (1965 II), S. 279.

569 BVerfG, NJW 1999, S. 414 (415) m. w. Nachw.

570 Diese Eigenschaft entspricht dem Grundsatz der Nichtrivalität der Nutzung bei Information, siehe Ullrich in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 103.

faktisch begrenzt. Dies gilt allenfalls für das einzelne Werkstück, was jedoch aus Sicht des Urheberrechts ohne Bedeutung ist, mag es sich auch um ein Original handeln<sup>571</sup>.

Aus dieser „multiplen Sachherrschaft“ am Geistigesgut ergeben sich für den Vergleich mit dem Sacheigentum zweierlei Schlussfolgerungen. Zum einen wirken Beschränkungen der ausschließlichen Verfügungsgewalt des geistigen Eigentümers im Allgemeinen nicht so schwerwiegend wie zumeist Beschränkungen des Sacheigentums. Erstere können mithin auch unter weniger strengen Anforderungen als gerechtfertigt angesehen werden<sup>572</sup>. Zum anderen sind „freie Werke“, anders als „freie Sachen“, aus den genannten Gründen im Interesse der Rechtsordnung. Während Immaterialgüter frei zirkulieren und kollektiv genutzt werden können, ist bei Sachen eine Zuordnung zu einer bestimmten Person generell erforderlich. An frei verfügbaren Sachen, die keinem Rechtssubjekt zugeordnet sind, kann es dagegen kein kollektives Interesse geben, das es zu schützen gelte. Aufgrund der faktischen Knappheit gegenständlicher Dinge würde das Erlöschen des Sacheigentums – jedenfalls soweit an dem ehemaligen Schutzobjekt mehr als eine Person sachherrschaftliche Interessen hegt – im Zweifel zu ewigen Streitigkeiten um die Sachherrschaft führen<sup>573</sup>. Dies zu vermeiden liegt im Interesse des Rechtsfriedens und damit im Interesse (auch) der Allgemeinheit. Während also bei Immaterialgütern in Bezug auf die zeitliche Begrenzung des Schutzes divergierende kollektive und individuelle Interessen bestehen, stimmen diese im Bereich des Sacheigentums überein.

Ebenfalls den Bereich der Schutzdauer betrifft ein weiterer Aspekt, der bei der Unterscheidung von geistigem und Sacheigentum zu berücksichtigen ist. Das geistige Eigentum ist schwerer als das Sacheigentum zu beherrschen und nach wenigen Erbgängen kaum noch zuzuordnen. Während beim Sacheigentum der Besitz als Indiz mit Rechtsscheinswirkung bei der Zuordnungsfrage zur Verfügung steht<sup>574</sup>, existiert

571 Die Unterscheidung zwischen Werk und Werkstück wird hieran ganz deutlich. Auch der Schöpfer einer einzigartigen Skulptur hat durch deren Übereignung nicht das Eigentum am Werk verloren. Das Recht am immateriellen Gut, das durch die Skulptur lediglich verkörpert wird, bleibt hiervon unbeeinflusst.

572 Natürlich ist nicht zu verkennen, dass Beschränkungen in der alleinigen Verfügungsgewalt auch beim Sacheigentum nicht zwingend absolut wirken müssen. Man denke z. B. an den Nießbrauch.

573 Jedenfalls ist dies generell der Fall. Insbesondere ist die Sachherrschaft zur Not geeignet, das Eigentum zu ersetzen und auf diese Weise andere von einer Nutzung auszuschließen. Setzt sich aufgrund einer „Legaldereliction“ die tatsächliche Sachherrschaft an einem Gegenstand durch, führte dies zu einem Recht des Stärkeren und Schnelleren. Dies ist nicht im Sinne der Rechtsordnung.

574 Vgl. § 1006 BGB.

tiert hinsichtlich der Berechtigung am Werk ein solch zuverlässiges Anscheinmoment nicht<sup>575</sup>.

Schließlich sind für die Erhaltung des Sacheigentums in vielen Fällen stetige Aufwendungen notwendig, die es ungerechtfertigt erscheinen ließen, das Recht an einem bestimmten, festgelegten Zeitpunkt zu entziehen<sup>576</sup>. Pauschalisiert ausgedrückt könnte man sagen, dass der Sacheigentümer durch fortlaufende Investitionen sich die Rechtfertigung für seine Rechtsstellung stetig wieder erarbeitet. Dagegen erbringt der Urheber seine Leistung nur einmal<sup>577</sup>. Sein aufgrund der erbrachten Leistung schützenswertes Interesse, verflacht somit mit der Zeit. Anders könnte man diese als „Aufwandtheorie“ bezeichnete<sup>578</sup> Begründung für eine Ungleichbehandlung von Urheberrecht und Sacheigentum damit erklären, dass immaterielle Güter gegenüber Sachen wegen des aufwandslosen „Selbsterhalts“ eine ökonomisch günstigere Ausgangslage aufweisen, was durch die zeitliche Beschränkung ausgeglichen werden muss<sup>579</sup>.

Es zeigt sich also, dass zwischen geistigem und Sacheigentum derart elementare Unterschiede bestehen, dass die Interessenlage bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung beider Rechte nicht gleichgesetzt werden kann. Eine Übertragung der zum Sacheigentum entwickelten Grundsätze verbietet sich daher ebenso, wie eine Unterscheidung und Andersbehandlung – auch vor dem Gleichheitsgrundsatz – generell unbedenklich erscheint.

575 Nach § 10 UrhG besteht für denjenigen, der auf den Vervielfältigungsstücken des Werkes als Urheber bezeichnet wird, die Vermutung der Urheberschaft. Ist eine Bezeichnung nicht erfolgt, gilt, soweit benannt, der Herausgeber, ist dies nicht der Fall der Verleger als ermächtigt, die Rechte am Werk geltend zu machen. All diese Erleichterungen im Rechtsverkehr sind hingegen kein Pendant zum Besitzrechtsschein. Das zeigt sich sehr deutlich am Beispiel des Erbgangs. Geht das Recht auf die Erben über, kann § 10 UrhG keinen Aufschluss mehr auf die Berechtigung am Werk geben, da die Urheberangabe nicht auf den berechtigten Erben zuführt, sondern nur auf den Erblasser. Hinzu kommt, dass eine Sache beim Erbgang an den erbenenden Nachkommen übergeben wird und der Rechtsübergang an den Rechtsnachfolger durch einen nach außen sichtbaren Akt dokumentiert wird. Bei der Übertragung des Urheberrechts fehlt ein derart Vorgang. Bei einer Mehrzahl von Erben wird die Rechtslage am Werk zunehmend undurchsichtig.

576 Grün, S. 104.

577 Zu bedenken ist dabei, dass die Pflege des Werkes, soweit hierdurch eine individuelle Leistung erbracht wird, mit einem neuen, eigenen Recht, dem Bearbeiterurheberrecht (§ 3 UrhG), belohnt wird. Da dieses auch eine eigene Schutzdauer begründet, kann von einer „Investition“ in das alte Werk nicht die Rede sein.

578 Grün, S. 104.

579 Grün, S. 104.

## 2) Begrenzung des geistigen Eigentums an Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst

### a) Ausgestaltung durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen

Über die Verfassungsmäßigkeit von Beschränkungen des Urheberrechts wurde in der Vergangenheit viel diskutiert und gestritten. Das Urheberrechtsgesetz dient einem Ausgleich zwischen den individualrechtlichen Interesse des Rechtsinhabers und den kollektiven oder individuellen Interessen Dritter<sup>580</sup>. Der Grundsatz „Eigentum verpflichtet“ gilt auch und vor allem für das geistige Eigentum<sup>581</sup>. Durch die Kombination von umfassenden Verwertungsrechten und Schrankenvorschriften soll das Eigentumsinteresse mit dem Grundsatz der Sozialpflichtigkeit des Eigentums und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Einklang gebracht werden<sup>582</sup>. Das allgemeine Wohl ist bei der Ausgestaltung des Urheberrechts als den Interessen des Urhebers potenziell entgegenstehendes Rechtsgut zu berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet das Wohl der Allgemeinheit gar als „Richtschnur der Regelungskompetenz“ des Urheberrechtsgesetzgebers<sup>583</sup>. Im Folgenden soll diese Funktion des Urheberrechts als „Ausgleichsfunktion“ bezeichnet werden.

Wie die Ausgleichsfunktion vor dem Hintergrund des Art. 14 GG bewertet werden muss und in welchem Maße sie in Form von Schrankenbestimmungen umgesetzt werden darf, hat das Bundesverfassungsgericht in einigen Entscheidungen beschäftigt<sup>584</sup>. In der Entscheidung Kirchen- und Schulgebrauch<sup>585</sup> wurden die maßgeblichen Aspekte dieser Beurteilung erstmals eingehend herausgearbeitet.

580 Es heißt, dass sich der Gesetzgeber bei der Abwägung der an dem jeweils zu regelnden Vermögensgegenstand bestehenden Interessen an den gesellschaftlichen Anschauungen seiner Zeit orientieren muss. Das BVerfG führt in diesem Zusammenhang in der Entscheidung „Kirchen- und Schulgebrauch“ (BVerfGE 31, S. 229 (241) = GRUR 1972, S. 481 (483) aus: *„Im einzelnen ist es Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen.“* Seither ständige Rechtsprechung, vgl. aus neuerer Zeit z. B. BVerfG in NJW 1999, S. 414 (414).

581 BVerfGE 20, 355; *Oekonomides* in FS *Ulmer*, S. 27.

582 Sozialpflichtigkeit oder -bindung bedeutet *„dass sich der Träger eines vermögenswerten Rechts die Beschränkungen gefallen lassen muss, die in Bezug auf sein Recht üblich, sozialadäquat und zumutbar sind, ohne deswegen Entschädigungsansprüche erheben zu können“*, so *Maunz*, GRUR 1973, S. 107 (108).

583 BVerfG, GRUR 1990, S. 438 (441) – *Bob Dylan*.

584 Vgl. die unter Fn. 557 genannten Entscheidungen.

585 BVerfGE 31, S. 229 ff. = GRUR 1972, S. 481 ff.

Hierbei orientierte sich das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich an den zum Sacheigentum entwickelten Leitlinien. Es führte aus, dass der Gesetzgeber für die Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung zum Urheber und seine Freiheit, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können, im Wege privatrechtlicher Normierung Sorge tragen muss<sup>586</sup>. Hierzu bedürfe es grundsätzlicher Regelungen, „in denen für bestimmte Bereiche der Rechts- und Sozialordnung Wertbindungen des Verfassungsrechts ausgedrückt sind“<sup>587</sup>. Übertragen auf den Schutz des Urhebers als geistigem Eigentümer heißt dies, dass im Urheberrechtsgesetz sachgerechte Maßstäbe festzulegen sind, die dem Schöpfer eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung<sup>588</sup> sicherzustellen geeignet sind<sup>589</sup>. Die Verfassungsmäßigkeit beurteilt sich nach dem Bundesverfassungsgericht allein danach, „ob das, was dem Urheber unterm Strich verbleibt, noch als angemessenes Entgelt für seine Leistung anzusehen ist...“<sup>590</sup>.

Mit diesen Ausführungen hat das Bundesverfassungsgericht den unantastbaren Kernbereich des Urheberrechtsschutzes, dessen Wesensgehalt, beschrieben, der durch die Institutsgarantie geschützt wird<sup>591</sup>.

Die Frage der Rechtmäßigkeit von Eingriffen in das Urheberrecht hat das Bundesverfassungsgericht in der Kirchen- und Schulbuchentscheidung weiter konkreti-

586 BVerfGE 31, S. 229 (240 f.) = GRUR 1972, 481 (483) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 79, S. 29 (40 f.) = GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten; BVerfGE 49, S. 382 (392) = GRUR 1980, S. 44 (46) – Kirchenmusik.

587 So BVerfGE 6, S. 55 (71), 9, S. 237 (248); *Maunz*, GRUR 1973, S. 107 (110). Vgl. weiter zur objektiven Wertordnung der Grundrechte BVerfGE 7, 198 (205); 10, S. 234 (246); 12, S. 113 (124).

588 BVerfGE 31, S. 229 (241) = GRUR 1972, S. 481 (483) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 31, S. 248 (252) = GRUR 1972, S. 485 (486) – Bibliotheksgroschen; BVerfGE 31, S. 270 (273) = GRUR 1972, S. 487 (487) – Schulfunksendungen; BVerfGE 49, S. 382 (392) = GRUR 1980, S. 44 (46) – Kirchenmusik. Nach GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten. folgt aus der Garantie einer angemessenen Verwertung in diesem Sinne, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, die „Bereitstellung von gesetzlichen Zuordnungsmechanismen, die dem Grundsatz nach eine wirtschaftlich sinnvolle Disposition und Nutzung möglich machen“ zu gewährleisten.

589 BVerfGE 31, S. 229 (241) = GRUR 1972, S. 481 (483) – Kirchen- und Schulgebrauch.

590 BVerfGE GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten.

591 Auch Individualgarantie genannt (BVerfGE 31, S. 229 (240 f.) = GRUR 1972, 481 (483) – Kirchen- und Schulgebrauch; *Maunz*, GRUR 1973, S. 107 (108)). Die Institutsgarantie sichert das Privateigentum als Rechtsinstitut. Sie gibt dem Gesetzgeber auf, einen Grundbestand an Normen zu gewährleisten, die die „Privatnützigkeit“ als wesentliche Eigenschaft des Privateigentums garantieren. Dies erfordert, das Recht einem Rechtsträger, in diesem Fall dem Urheber der zugleich Nutznießer ist, zuzuordnen und diesem die grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand zu gewähren (vgl. BVerfGE 91, S. 294 (308)). Die Institutsgarantie ergibt sich direkt aus der Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG und nicht etwa aus Art. 19 Abs. 2 GG, vgl. BVerfGE 58, 300 (348) – Nassauskiesung; und auch *Arnold*, S. 46.

siert. Der Gesetzgeber ist hiernach grundsätzlich gehalten, für die Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber und dessen freie Verfügbarkeit über das Werk zu sorgen<sup>592</sup>. Soweit diese Eigentumsfreiheit eingeschränkt werde, bedürfe es hierfür einer Rechtfertigung. Bindungen bei der Ausgestaltung des Urheberrechts ergäben sich weiter auch aus der Vereinbarkeit mit Verfassungsnormen<sup>593</sup>, aus dem Übermaßverbot und dem Vertrauensschutzprinzip<sup>594</sup>.

Begrenzungen des Urheberrechts finden ihre verfassungsrechtliche Legitimation in der Sozialpflichtigkeit gem. Art. 14 Abs. 2 GG nur insoweit, als sie aufgrund des Allgemeinwohls erforderlich sind<sup>595</sup>. Somit beschränkt die Sozialbindung des Eigentums das Maß des verfassungsrechtlich gebotenen Urheberrechtsschutzes gleichermaßen in positiver und in negativer Hinsicht. Darüber hinaus ergibt sich aus dem unlösbaren Zusammenhang zwischen dem Freiheitsgedanken – grundsätzlich ausschließliche Zuordnung des Schutzobjekts zum Urheber – des Art. 14 Abs. 1, S. 1 GG und der Sozialbindung, dass der gesetzgeberische Ausgestaltungsspielraum von der sozialen Einbindung des konkret zu beurteilenden Vermögenswertes abhängt. Je bedeutender das Interesse der Allgemeinheit an einer Nutzung zu beurteilen ist, desto mehr tritt die persönliche Zuordnung in den Hintergrund und desto freier ist der Gesetzgeber im Hinblick auf Art. 14 Abs. 2 GG bei der Ausgestaltung<sup>596</sup>.

Aus diesen Erkenntnissen lassen sich unter Heranziehung weiterer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts abstrakte Beurteilungskriterien nicht nur in Bezug auf den Urheberrechtsschutz an sich, sondern auch auf einzelne Regelungsaspekte aufstellen. Der Leitsatz einer jeden verfassungsrechtlichen Überprüfung urheberrechtlicher Regelungen lautet hiernach, dass dem Gesetzgeber bei der positiven Ausgestaltung des Urheberrechts im Rahmen der gem. Art. 14 Abs. 2 GG anzustellenden Interessenabwägung ein verhältnismäßig weiter Entscheidungsspielraum verbleibt<sup>597</sup>. Der Gesetzgeber ist vor dem Hintergrund zu berücksichtigender kulli-

592 BVerfGE 31, S. 229 (240 f.) = GRUR 1972, 481 (483) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 79, S. 29 (40 f.) = GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten; BVerfGE 49, S. 382 (392) = GRUR 1980, S. 44 (46) – Kirchenmusik.

593 So BVerfGE 31, S. 248 (252) = GRUR 1972, S. 485 (486) – Bibliotheksgroschen; BVerfGE 31, S. 270 (273) = GRUR 1972, S. 487 (487) – Schulfunksendungen.

594 So auch *Fechner*, S. 229.

595 *Oekonomides* in FS *Ulmer*, S. 27.

596 BVerfGE 42, 263 (294); 50, S. 290 (340).

597 Vgl. BVerfGE 31, S. 229 (241) = GRUR 1972, S. 481 (483) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 79, S. 29 (40) = GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten; BVerfGE 21, 73 (83); Gleicher Ansicht und ausführlich hierzu *Weber*, S. 11 ff.

dierender Interessen nicht verpflichtet, dem Urheber jede nur denkbare wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit seines Werkes zuzuordnen<sup>598</sup>.

b) Einzelheiten zum Ausgestaltungsspielraum des Urheberrechtsgesetzgebers nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts

aa) Konzeptioneller Gestaltungsspielraum

Die geltende Gesetzessystematik, nach der dem Urheber durch die §§ 2 und 15 UrhG zunächst umfassender vermögensrechtlicher Schutz gewährt wird, um diesen durch spezielle Schrankenregelungen im Einzelfall wieder einzuschränken, entspricht dem individualrechtlichen Zuordnungsgedanken, der der Eigentumsgarantie grundsätzlich inhärent ist<sup>599</sup>. Der (geistige) Eigentümer steht, wie sich bereits aus Systematik und Wortlaut ergibt, bei der Ausgestaltung eines Eigentumsrechts mit seinen Belangen im Vordergrund<sup>600</sup>.

Allerdings ist der Gesetzgeber durch Art. 14 GG nicht gehindert, eine andere Gesetzessystematik zu wählen. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die deutsche Eigentumsordnung, wie sie im Grundgesetz manifestiert ist, schon keinen zwingen-

598 BVerfGE 31, S. 229 (241) = GRUR 1972, S. 481 (483) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 31, S. 248 (252) = GRUR 1972, S. 485 (486) – Bibliotheksgroschen; BVerfGE 79, S. 29 (40 f.) = GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten; NJW 1999, S. 414 (414).

599 A. A. Hoeren, MMR 2000, S. 3 (4); ders. GRUR 1997, S. 966 (870); Gutachten S. 26 ff. der meint, das Urheberrecht sei als Monopolrecht selbst die Ausnahme, welche einer Rechtfertigung bedürfe. Die Regel sei der „*free flow of information*“. Dies wird begründet mit dem Argument, dass die Information frei sei sowie mit historischen und traditionellen Argumenten. Von dieser Warte wäre eine gegenüber der geltenden Konzeption des Urheberrechts abweichende Systematik geboten. Dieses müsste gewissermaßen als Schranke einer ansonsten umfassenden Nutzungsfreiheit geregelt sein. Der Ausgangspunkt der Interessenabwägung im Urheberrecht läge in Art. 5 Abs. 1 GG. Hieran müsste sich der Schutz des Eigentums aus Art. 14 GG messen lassen und nicht umgekehrt. Ein Ausgleich sei im Rahmen der praktischen Konkordanz herzustellen. Ähnlich äußert auch Kröger, S. 224, der sich dieser These anscheinend anschließen will. Allerdings ist diese Auffassung mit der herrschenden Ansicht zum Gegenstand der Informationsfreiheit nicht vereinbar und begegnet auch vor dem Hintergrund der Eigentumsgarantie erheblichen Bedenken, vgl. hierzu sogleich und unten, Kapitel 2, Punkt II.A.3.a.aa). A. A. wohl v. Becker, GRUR 2004, S. 104 (108) der die These vom Urheberrecht als Schranke widerstreitender Grundrechte für vertretbar hält.

600 Siehe zur Zuordnungsproblematik unter Punkt bb).(4). „*Das Eigentum ist zunächst durch die Zuordnung eines Rechtsguts an einen Rechtsträger gekennzeichnet*“ heißt es in BVerfGE 42, 263 (294).

den Vorrang der Individualinteressen des Eigentümers enthält<sup>601</sup>. Aufgrund dieser Offenheit lässt sich ersehen, dass dem Grundgesetz in Bezug auf die Ausformung des Schutzes keine konkreten Bindungen entnommen werden können. Es ist daher z. B. dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen, eher durch Inhaltsbestimmung oder durch Schrankengesetz oder durch die Kombination von beidem zu regeln<sup>602</sup>. Hierbei handelt es sich lediglich um eine Frage der Gesetzestchnik<sup>603</sup>.

Hiervon geht auch das Bundesverfassungsgericht aus<sup>604</sup>, indem es klarstellt, dass der Schutzzumfang stets durch das Regelungsgefüge von Schutzrecht und Schranken bestimmt wird<sup>605</sup>. Das Verwertungsrecht aus § 15 UrhG besteht hiernach von vornherein nur insoweit, als die Regelungen des 6. Abschnitts des Urheberrechtsgesetzes dessen Umfang nicht einschränken. Aus Sicht der kollidierenden Grundrechte ergibt sich damit keine Verpflichtung, die Vermögensrechte als Regel und die Schranken als begründungsbedürftige „Ausnahmen“ zu verstehen. Vielmehr statuiert das Bundesverfassungsgericht, dass der Schutzbereich des Urheberrechts als Gegenstand der Eigentumsgarantie niemals umfassend zu Gunsten des Berechtigten gewährt sein kann, sondern in den Grenzen der zu berücksichtigenden Drittinteressen definiert werden muss.

Die Wahl der Gesetzestchnik bei der konzeptionellen Ausgestaltung ist damit nicht durch das Grundgesetz vorgegeben. Die Entscheidung liegt mithin bei dem Gesetzgeber. Ein Regelungsmodell, das dem Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers von vornherein nur bestimmte Verwertungsformen unterstellt, wäre damit ebenso mit Art. 14 GG vereinbar wie die geltende Systematik. Nicht auf die konzeptionelle Umsetzung, sondern allein auf die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit von Eingrif-

601 BVerfGE 21, 73 (83). Vielmehr stehen die Bestandsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 S. 1, der Regelungsauftrag nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG in einem unlöslichen Zusammenhang. Keiner dieser Faktoren darf über Gebühr vernachlässigt werden, vgl. BVerfGE 50, S. 290 (340). Dagegen *Schack*, Rdnr. 86, der Art. 14 Abs. 1 GG entnehmen will, „dass dem Urheber grundsätzlich Ausschließlichkeitsrechte an dem Ergebnis seiner schöpferischen Leistung gebühren“. Hieraus schließt *Schack*, dass alle Schranken des Urheberrechts in §§ 45 ff. UrhG eng auszulegen seien.

602 *Maunz/Dürig-Papier*, Art. 14, Rdnr. 300.

603 BVerfGE 49, S. 382 (393) = GRUR 1980, S. 44 (46) – Kirchenmusik; *Larenz/Canaris*, S. 80 f., 175 f. Allerdings verbirgt sich in der gewählten Systematik eine grundsätzliche Wertung des Gesetzgebers, die auch einen spezifischen Zweck erfüllt. Indem die Verwertungsrechte nicht schon von vornherein, sondern durch Ausnahmenvorschriften beschränkt werden, wird erreicht, dass eine Ausweitung der Schranken durch die Rechtsprechung dogmatisch nur in sehr engen Grenzen möglich ist. Ansonsten würde der Effekt eintreten, dass das Ausnahme-Regel-Verhältnis umgekehrt würde, was zu vermeiden ist. Ob dies durch den Gesetzgeber bezweckt war, bleibt zweifelhaft, da sich in den Motiven keinerlei Hinweis auf die Auslegung der normierten Schranken findet.

604 BVerfGE 49, 382 (393).

605 Dies implizieren auch die Ausführungen von *Schack*, Rdnr. 463 zum „Zusammenspiel von Inhalt und Schranken“ des Urheberrechts.

fen in das Recht des Urhebers am Werk kommt es aus Sicht der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG an.

## bb) Einzelne Regelungsaspekte

In seiner Entscheidung „Schallplatten“<sup>606</sup> hat das Bundesverfassungsgericht die Bindungen des Urheberrechtsgesetzgebers aus der Eigentumsgarantie detailliert herausgearbeitet. Zugrunde lag eine Verfassungsbeschwerde über die durch Einführung des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1965 abgewandelte Regelung der Schutzrechte von ausübenden Künstlern. Statt wie bisher durch ein Urheberrecht geschützt zu werden<sup>607</sup>, wurden diese nach dem reformierten Recht als Leistungsschutzberechtigte behandelt (vgl. §§ 73 ff. UrhG). In diesem Zuge hat der Gesetzgeber den Schutz der Darbietungen von ausübenden Künstlern von 50 auf 25 Jahre verkürzt. Nach § 135 UrhG sollten die neuen Rechte nicht nur auf nach Inkrafttreten des Gesetzes erbrachte, sondern auch für bereits geschützte Leistungen Anwendung finden.

Das Bundesverfassungsgericht sah in den neuen Regelungen keine verfassungswidrigen Eingriffe in den unantastbaren Kernbereich des Urheberrechts bzw. in die Institutsgarantie<sup>608</sup>. Bejaht wurde hingegen ein Verstoß gegen die Bestandsgarantie<sup>609</sup> durch einen nicht gerechtfertigten Eingriff in bestehende Rechtspositionen<sup>610</sup>. Die Entscheidung führte sodann zur Einführung des § 135a UrhG.

### (1) Urheber- oder Leistungsschutzrechte?

Interessant sind die Gründe der Entscheidung insoweit, als hier ausführlich auf die Thematik „Urheberrecht und Eigentumsgarantie“ eingegangen wird. Neben der oben genannten Statuierung der Verfassungsmäßigkeit von Änderungen an Ausgestaltungsbestimmungen, die das Eigentum betreffen, ist z. B. die Tatsache von Bedeu-

606 BVerfGE 31, S. 275 ff. = GRUR 1972, S. 491 ff.

607 Nach alter Rechtslage (§ 2 Abs. 2 LUG) wurden die ausübenden Künstler über ein fiktives Bearbeiter-Urheberrecht rechtlich als Urheber behandelt. Diese Gleichstellung führte unter anderem zu einer einheitlichen Schutzfrist für Urheber und ausübende Künstler. Mit Einführung des UrhG 1965 wurde diese Rechtsposition neu geregelt. Vgl. hierzu auch § 135 UrhG.

608 Siehe hierzu oben, Fn. 591.

609 Vgl. zur Bestandsgarantie, die auch als Rechtsstellungs- oder Individualgarantie bezeichnet wird *Pieroth/Schlink*, Rdnr. 912; *Oekonomides* in FS *Ulmer*, S. 25 (27); v. *Münch/Bryde*, Art. 14, Rdnr. 31.

610 Zur Rechtfertigung einer drastischen Verkürzung der Rechte ausübender Künstler durch das UrhG reichte nach Meinung des BVerfG das Argument der Rechtsvereinheitlichung nicht aus, vgl. GRUR 1972, S. 491 (495).

tung, dass das Bundesverfassungsgericht dem Einwand der Beschwerdeführer, die Rechte der ausübenden Künstler seien aus Sicht der deutschen Verfassung als Urheberrecht auszugestalten, nicht gefolgt ist. Die Umgestaltung des ehemals fiktiven Bearbeiter-Urheberrechts in ein Leistungsschutzrecht verstößt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht gegen die Eigentumsgarantie. Vielmehr liege hierin eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Ausübung des gesetzgeberischen Ermessens. Verfassungsrechtlich betrachtet genüge es, dass auch die §§ 75 ff. i.V.m. § 82 a. F. UrhG der Ausgestaltung geistigen Eigentums dienen würden<sup>611</sup>. Auch hierbei handle es sich um Ausgestaltungsnormen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG<sup>612</sup>. Da auch ansonsten der Kern geistigen Eigentums der ausübenden Künstler durch das neue Leistungsschutzrecht als gewährleistet angesehen wurde, sahen die Richter keine weiter gehende Bindung des Gesetzgebers an eine bestimmte Rechtsform. Ausreichend sei, dass dem Künstler die wirtschaftliche Auswertung seiner Leistung unter Herstellung praktischer Konkordanz mit den anderweitig bestehenden Gemeinwohlinteressen zugeordnet wird<sup>613</sup>. Die Verfassung ist also hinsichtlich der Rechtsschutzform neutral<sup>614</sup>.

## (2) Vergütungsanspruch oder Ausschließlichkeitsrecht

Auch in der Reduzierung mancher Ausschließlichkeitsrechte auf reine Vergütungsansprüche durch die Neuregelung 1965 sah das Bundesverfassungsgericht keine Verletzung der Eigentumsfreiheit<sup>615</sup>. Auch hierbei handle es sich um eine geringfügige Modifikation, die keinen grundgesetzlichen Bedenken begegne<sup>616</sup>. Diese Entscheidung wurde in einem *obiter dictum* in einem neueren Beschluss des Bundesverfassungsgerichts bestätigt<sup>617</sup>. Hier heißt es:

„Eine Beschränkung dieses Rechts {des Ausschließlichkeitsrechts} – etwa durch einen Kontrahierungszwang nach Maßgabe des § 61 UrhG oder eine gesetzliche Lizenz aufgrund von §§ 46, 49 I und § 52 UrhG – führt zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Wertes der geschützten Leistung, wenn die Möglichkeit der freien Honorarvereinbarung nicht durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch ersetzt wird.“

611 BVerfGE 31, S. 275 (286) = GRUR 1972, S. 491 (494) – Schallplatten.

612 Auch die Leistungsschutzrechte der ausübenden Künstler sind Eigentum gem. Art. 14 Abs. 1 GG, vgl. BVerfG GRUR 1990, S. 438 (441) – Bob Dylan.

613 BVerfG GRUR 1972, S. 491 (495) – Schallplatten.

614 Dementsprechend können auch die folgenden Schlussfolgerungen des Bundesverfassungsgerichts, obgleich sie sich auf die Rechte der ausübenden Künstler bezogen, für das Urheberrecht herangezogen werden.

615 Vgl. etwa § 78 Abs. 2 UrhG.

616 BVerfG GRUR 1972, S. 491 (494) – Schallplatten.

617 Vgl. BVerfG, NJW 1999, S. 414 (415). Diese Formulierung ist der Entscheidung „Kirchen- und Schulgebrauch“, BVerfGE 31, S. 229 (243) entlehnt.

Dem Vergütungsanspruch kommt also auch im Lichte der Verfassungsmäßigkeit von Einschränkungen des Ausschließlichkeitsrechts eine wichtige kompensatorische Wirkung zu. Allerdings ist hiermit noch nicht gesagt, inwieweit beide Instrumente sich als verfassungsrechtlich gleichwertig gegenüberstehen. Diese Frage ist bisher auch nicht abschließend durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geklärt worden. In der „Schallplatten-Entscheidung“<sup>618</sup> heißt es:

„Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Juli 1971 – I BvR 765/66<sup>619</sup> – kann der Urheber aus dem Grundgesetz nicht das Recht herleiten, dass ihm für jeden Fall der wirtschaftlichen Verwertung der geschützten Leistung ein Ausschließungsrecht eingeräumt werden müsste.“

Und weiter<sup>620</sup>:

„Es muss auch als eine geringfügige, aber sachlich berechtigte Änderung angesehen werden, wenn dem Künstler in § 76 Abs. 2 und § 77 UrhG<sup>621</sup> anstelle des bisherigen Verbotsrechts ein Vergütungsanspruch eingeräumt ist, wobei zu beachten ist, dass die Verfassung zwar die vermögensmäßige Zuordnung des wirtschaftlichen Erlöses, nicht aber bestimmte Rechtsformen der Verwertung gewährleistet.“

Art. 14 GG garantiert dem geistigen Eigentümer mithin nicht die Kontrolle über den Schutzgegenstand, sondern allein die Zuordnung des Werks<sup>622</sup>. Hieraus könnte man folgern, dass es verfassungsrechtlich unbedeutend wäre, ob dem Urheber nun ein Ausschließlichkeitsrecht oder nur ein Vergütungsanspruch zugesprochen wird. In der Entscheidung „Kirchen- und Schulgebrauch“<sup>623</sup> heißt es allerdings:

„Die Versagung des Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts für die in § 46 Abs. 1 Satz 1 UrhG genannten Sammlungen schmälert das Verfügungsrecht des Urhebers, da er der Verwertung seines Werkes nicht widersprechen und auch nicht die Bedingungen vereinbaren kann, unter denen er einer Verwertung zustimmen würde. Diese Beschränkung führt dann zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Wertes der geschützten Leistung, wenn die Möglichkeit der freien Honorarvereinbarung nicht durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch ersetzt wird, wenn also die Freigabe unentgeltlich erfolgt.“<sup>623</sup>

Hiernach besteht also zwischen dem Ausschließlichkeits- oder „Verfügungsrecht“ und Vergütungsansprüchen (oder „Verwertungsrecht“) durchaus ein verfassungs-

618 BVerfGE 31, S. 275 (286 f.) – Schallplatten = GRUR 1972, S. 491 (494).

619 Gemeint ist die Entscheidung „Kirchen- und Schulgebrauch“, BVerfGE 31, S. 229 (242) = GRUR 1972, S. 481 (484).

620 BVerfGE 31, S. 275 (291) – Schallplatten = GRUR 1972, S. 491 (495).

621 Diese Regelungen wurden durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“, das am 13. September 2003 in Kraft getreten ist, geändert. § 76 Abs. 2 a. F. UrhG ist nunmehr in § 78 Abs. 1 Nr. 2, § 77 a. F. in § 78 Abs. 2 Nr. 2 UrhG geregelt. Der Regelungsgehalt hat sich hierdurch indes nicht verändert.

622 Vgl. auch BVerfG NJW 1998, S. 3704 (3704) zu den Arbeitnehmererfindungen.

623 BVerfGE 31, S. 229 (243) = GRUR 1972, S. 481 (484)

rechtlich relevanter Unterschied<sup>624</sup>. In der „Vollzugsanstalten-Entscheidung“<sup>625</sup> wird hierauf näher eingegangen. Hier heißt es:

„Für das Urheberrecht ist dabei zu differenzieren. Eingriffe in das Verfügungsrecht sind eher mit Gemeinwohlgründen zu rechtfertigen als eine Beschränkung des Verwertungsrechts. Diese kann wegen der Intensität des Eingriffs nur durch ein gesteigertes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden. Das heißt indes nicht, dass der Gesetzgeber das Verfügungsrecht aufgrund jedweden staatlichen oder politischen Interesses entziehen darf. Denn historisch und wirtschaftlich stellt es für den Urheber das Mittel dar, mit dem Interessierten vor der Nutzung eine Vergütung aushandeln zu können. Ist die Nutzung bereits erfolgt, ist die Verhandlungsposition des Urhebers geschwächt. Ein gesetzlich festgelegter nachträglicher Vergütungsanspruch ist daher stets nur Ersatz. Dementsprechend hohe Anforderungen müssen an die Gemeinwohlbelange gestellt werden, die über den Entzug des Verfügungsrechts hinaus die Einschränkung des Verwertungsrechts rechtfertigen sollen.“<sup>626</sup>

Hiermit wird deutlich gemacht, dass das umfassende Verfügungsrecht sich von der Warte des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes als dogmatischer Regelfall einer urheberrechtlichen Schutzposition darstellt, demgegenüber die Reduktion auf das Verwertungsrecht ein Weniger, eine Beschränkung, darstellt. Es bedarf zur Verfassungsmäßigkeit dieser Begrenzung daher eines rechtfertigenden Grundes<sup>627</sup>:

Logische Folge dieser „Hierarchie“ zwischen Verfügungs- und Verwertungsrecht ist, dass an die Rechtfertigung von Beschränkungen der jeweiligen Rechtsposition unterschiedlich hohe, graduell abgestufte Anforderungen zu stellen sind<sup>628</sup>. Entfällt

624 So auch *Kröger*, S. 204, der auf die verfassungsrechtliche Unterscheidung von freiem und kostenlosem Zugang zu Informationen im Spannungsfeld zwischen Informationsfreiheit und Urheberrechtsschutz hinweist.

625 BVerfGE 79, S. 29 (41).

626 Der Bezug des letzten Satzes wird nicht ganz klar. Einerseits wird hier durch Verwendung des Wortes „dementsprechend“ suggeriert, man ziehe nun ein Fazit aus den vorher erfolgten Ausführungen zum Verhältnis Verfügungsrecht – Vergütungsanspruch. Inhaltlich wird dann aber auf die Frage eingegangen, unter welchen Voraussetzungen auch das Vergütungsrecht entzogen werden kann. Hierum geht es dann auch in den weiteren Ausführungen. Dass man sich hinsichtlich der „*hohen Anforderungen an die Gemeinwohlbelange*“ auf den Fall eines Totalentzugs der Schutzpositionen des Urheberrechts (also einschließlich Vergütungsanspruch) bezieht, wird in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus 1998 (NJW 1999, S. 414 (415)), in der die Formulierung weit gehend identisch übernommen wurde, deutlich. Hier heißt es: „*Dementsprechend hohe Anforderungen müssen an die Gemeinwohlbelange gestellt werden, wenn über das Verfügungsrecht hinaus auch das Verwertungsrecht eingeschränkt und die Benutzung ohne Vergütungsanspruch zugelassen werden soll.*“

627 Auch in einer neueren Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht (NJW 1999, S. 414 (415) m. w. Nachw.) die Bedeutung des Ausschließungsrechts für den Urheber noch einmal hervorgehoben. Hier heißt es: „*Das Verfügungsrecht als Ausschließungsrecht stellt für den Urheber das Mittel dar, um mit dem Interessenten vor der Nutzung eine Vergütung aushandeln zu können.*“

628 So auch der BGH, GRUR 1999, S. 707 (713) – Kopienversanddienst. Hier heißt es: „*Dabei gelten für Eingriffe in das Verbotrecht und für die Aberkennung von Vergütungsansprüchen gestufte Anforderungen.*“

das Verfügungsrecht, bleibt zunächst (aus Sicht der Eigentumsgarantie) noch der Anspruch auf Vergütung. Für eine Beschränkung dieses Rechts, die einer Reduzierung der vermögensrechtlichen Position des Urhebers auf null gleichkommt, muss ein gegenüber Beschränkungen des Verfügungsrechts „gesteigertes öffentliches Interesse“ streiten.

Von einem solchen Stufenverhältnis ist auch in dem genannten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1998 die Rede<sup>629</sup>. Eine konkrete Formel für die Frage, welche Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Reduzierung des Verbotsrechts auf einen Vergütungsanspruch zu stellen sind, ist den Entscheidungen indes nicht zu entnehmen. Auch der Bundesgerichtshof äußert sich hierzu nicht im Einzelnen. In der Kopienversand-Entscheidung heißt es lediglich, dass auch solche Beschränkungen aus Gemeinwohlaspekten geboten sein müssen und nicht weiter gehen dürfen, als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient<sup>630</sup>. Besteht also ein allgemeines Interesse daran, dass die Werknutzung dem Verbotsrecht des Urhebers nicht unterliegt, sondern zustimmungsfrei möglich ist, rechtfertigt sich auch eine dies regelnde Beschränkung.

Dass dieses allgemeine Interesse nicht von besonderem oder gar überragendem Gewicht sein muss und dass vor allem die zu rechtfertigende Diskrepanz bei einer Reduzierung des Verbotsrechts auf einen Vergütungsanspruch nicht als allzu schwerwiegend einzuschätzen ist, zeigt sich an der oben zitierten Aussage des Bundesverfassungsgerichts aus der „Schallplatten-Entscheidung“<sup>631</sup>.

### (3) Gewähr einer ewigen Schutzdauer

Die Eigentumsgarantie gebietet nach der Schallplattenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zudem auch nicht die Gewähr einer ewigen Schutzdauer<sup>632</sup>. Garan-

629 BVerfG NJW 1999, S. 414 (415).

630 So der BGH GRUR 1999, S. 707 (713) – Kopienversanddienst.

631 Dies ergibt sich unmittelbar daraus, dass das Bundesverfassungsgericht (GRUR 1972, S. 491 (495) die Entscheidung des Gesetzgebers, die Ausschließlichkeitsrechte der ausübenden Künstler auf Vergütungsansprüche zu reduzieren als „eine geringfügige, aber sachlich berechtigte Änderung“ bezeichnet hat. Dies wurde im besonderen Fall mit der praktisch untergeordneten Bedeutung dieser Reduzierung begründet. Der Künstler könne die gewerbsmäßige Verbreitung ja noch im Rahmen seines absoluten Vervielfältigungsrechts nach § 75 Satz 2 UrhG (a. F.) steuern. Der Eingriff sei aus dem Interesse an Rechtssicherheit im Urheberrecht gerechtfertigt.

632 BVerfG, GRUR 1972, S. 491 (494) – Schallplatten. Siehe hierzu die Ausführungen oben Punkt II.A.1.b) zu den Unterschieden zwischen Urheberrecht und Sacheigentum. Die Argumente sind weit gehend identisch, da die Begründung einer Forderung nach unbefristetem Urheberrechtsschutz sich im Wesentlichen darauf stützt, eine Ungleichbehandlung zum immer währenden Sacheigentum als Verstoß gegen Art. 3 GG darzustellen.

tiert werde durch die Eigentumsfreiheit lediglich eine – auch in Bezug auf die zeitliche Begrenzung der Schutzrechte – „angemessene“ Verwertung. Darüber hinaus enthalte die Verfassung keine Verpflichtung für den Gesetzgeber, die Geltungsdauer eines Schutzrechts auf einen bestimmten Zeitraum zu erstrecken<sup>633</sup>. Schon gar nicht müsse eine ewige Schutzdauer gewährt werden. Zur Begründung werden verschiedene Argumente angeführt. Gegen einen ewigen Schutz des Urheberrechts spricht danach zunächst ein historisches Moment.

„Das Urheberrechtsgesetz knüpft an die bisherige Rechtsentwicklung an, die nur befristete Rechte kennt.“

heißt es in der „Schallplatten-Entscheidung“<sup>634</sup>. Ohne hierauf weiter einzugehen, wird weiter ausgeführt, dass das Urheberrecht seiner Rechtsnatur und seinem Wesen nach ein Recht auf Zeit und darauf angelegt sei, frei zugänglich zu werden. Eine unendliche Schutzdauer sei überdies nicht praktikabel, da schon nach wenigen Erbgingen die für den Rechtsverkehr notwendige Klarheit über den Rechtsinhaber entfiel<sup>635</sup>. Schließlich ergebe sich aus der Begrenzung der Schutzdauer des Urheberrechts keine gegen Art. 3 GG verstoßende Ungleichbehandlung des geistigen gegenüber dem Sacheigentum. Vielmehr bestünden zwischen den beiden Regelungsgegenständen „gewichtige Unterschiede“<sup>636</sup>. Entsprechend sei auch bei der Frage nach der Zulässigkeit einer zeitlichen Begrenzung in wesentlichen Punkten zu differenzieren<sup>637</sup>. Hinsichtlich der Dauer des Urheberrechtsschutzes stehe dem Gesetzgeber jedenfalls ein erheblicher gesetzgeberischer Entscheidungsspielraum zu.

Verfassungsrechtlichen Bedenken könne die Festsetzung einer Schutzdauer nur begegnen, wenn hierdurch das Schutzrecht – z. B. im Vergleich zu gleichartigen, anderen Schutzrechten – übermäßig beschränkt würde. Im Falle der entscheidungsrelevanten Beschränkung der Künstlerschutzrechte auf 25 Jahre verneinte das Bundesverfassungsgericht eine Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführer. Die

633 So auch *Weber*, S. 24. In BVerfGE 79, S. 29 (42) = GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten heißt es zu den Anforderungen an eine Schutzfrist: „Mit der Veröffentlichung steht das geschützte Musikwerk nicht mehr allein seinem Schöpfer zur Verfügung. Es tritt vielmehr bestimmungsgemäß in den gesellschaftlichen Raum und kann damit zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmenden Faktor werden. Es löst sich mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit und wird geistiges und kulturelles Allgemeingut. Dies ist zugleich die innere Rechtfertigung für die zeitliche Begrenzung des Urheberschutzes durch § 63 Abs. 1 UrhG.“

634 BVerfGE 31, S. 275 (287) = GRUR 1972, S. 491 (494) – Schallplatten.

635 BVerfGE 31, S. 275 (287) = GRUR 1972, S. 491 (494) – Schallplatten. So auch die Motive, UFITA 65 (1965 II), S. 295.

636 Welche Unterschiede hiermit angesprochen werden sollten, wird hingegen nicht näher ausgeführt. Da sich die Entscheidung in ihren Gründen jedoch insgesamt eng an die Gesetzesbegründung anlehnt, ist wohl davon auszugehen, dass auch diesbezüglich darauf rekurriert wurde. Auf die obigen Ausführungen (vgl. Punkt II.A.1.b) kann damit verwiesen werden.

637 Nachweise siehe oben in Fn. 565.

Dauer des Rechts habe dessen Gegenstand und den daran bestehenden Interessen des Urhebers in Relation zu den Gemeininteressen Rechnung zu tragen<sup>638</sup>. Gemessen an diesem Grundsatz habe es sich bei der bis 1965 geltenden Dauer der Künstlerrechte gegenüber dem durch Art. 14 GG gebotenen Mindestschutzstandard um einen erhöhten Schutz gehandelt, dessen Verkürzung keinerlei verfassungsrechtlichen Bedenken begegne<sup>639</sup>.

#### (4) Zuordnung des Rechts zum Urheber

Die durch § 7 UrhG, das Schöpferprinzip, ausgedrückte Wertung, dass das Urheberrecht stets und ohne Ausnahme dem Schöpfer zuzuordnen ist, ist unumstritten<sup>640</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Entscheidungen zum Urheberrecht diese Regel ersichtlich nie überprüft<sup>641</sup>. Nach dessen stetiger Rechtsprechung gehört die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung zum Urheber zu den konstituierenden Merkmalen des Urheberrechts<sup>642</sup>. Hierbei handelt es sich also um den Kern des verfassungsrechtlich geschützten Urheberrechts. Gesetzgeberische Beschränkungen dieses Instituts sind mithin, wenn überhaupt, nur unter besonderen Umständen zu rechtfertigen. Als Bestandteil des urheberrechtlichen Kernbereichs entzieht sich die Zuordnungsfrage grundsätzlich der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit (s. o.). Dieser ist weitgehend unantastbar<sup>643</sup>.

Es stellt sich die Frage, ob die hierhinter stehenden Wertungen, angesichts der Umstände so manchen modernen Werkschaffens, auch heute noch als ausnahmslos zutreffend erscheinen. Um dies zu hinterfragen, muss man sich zunächst vom monistischen Prinzip<sup>644</sup> und ebenso von jeglicher naturrechtlichen Betrachtung des Urheberrechts lösen<sup>645</sup>.

638 BVerfGE 31, S. 275 (287) = GRUR 1972, S. 491 (494) – Schallplatten.

639 BVerfG, GRUR 1972, S. 491 (495) – Schallplatten.

640 Anschaulich *Kirchhof*, Verfassungsrechtlicher Gehalt, S. 1639 (1649).

641 BVerfGE 31, S. 229 (240 f.) = GRUR 1972, 481 (483) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 79, S. 29 (40 f.) = GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten; BVerfGE 49, S. 382 (392) = GRUR 1980, S. 44 (46) – Kirchenmusik.

642 BVerfG GRUR 1972, S. 481 (483).

643 Ausnahmen hiervon sind in Einzelfällen denkbar, wenn die Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG vorliegen.

644 Nur bei isolierter Betrachtung der materiellen Befugnisse scheint eine alternative Zuordnung des Urheberrechts zu einer anderen Person als dem Schöpfer denkbar. Der höchstpersönliche Charakter des Urheberpersönlichkeitsrechts (vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, vor § 12, Rdnr. 13) spricht ebenso gegen eine translative Übertragung desselben wie gegen dessen Zuordnung zu einem anderen Rechtsträger. Eine solche Betrachtung verbietet sich auch keineswegs schon aus „der Natur der Sache“. Dass der Monismus auch nach kontinentaleuropäischem Ver-

Zweifelhaft erscheint dies z. B. bei „unpersönlichen“, technisch-funktionalen Werken<sup>646</sup> aus dem Multimediabereich, die im Rahmen von großen Produktionen geschaffen werden. Kreiert beispielsweise ein Grafiker einzelne Elemente eines komplexen Multimediawerkes, unterliegt er hierbei zumeist strikten Anweisungen. Der Gestaltungsspielraum des Urhebers ist, trotz eines möglicherweise vielfältigen Formenschatzes, durch die Notwendigkeit einer kompositorischen Zusammenfügung aller, nicht selten von vielen Einzelpersonen geschaffener, Beiträge äußerst gering. Vor diesem Hintergrund besehen, scheint die Bedeutung der eigenkreativen, schöpferischen Leistungen des einzelnen Urhebers im Vergleich zu konzeptionellen, organisatorischen oder wirtschaftlichen Beiträgen eher gering. Während die Urheber selbst austauschbar werden, da diese im Wesentlichen nur noch ausführende Kräfte sind<sup>647</sup>, verlagern sich die maßgeblichen Beiträge für die Werkschöpfung auf Leistungsträger anderer Art.

Würde man die Zuordnungsfrage im Urheberrecht auf einer Wertungsebene lösen, wären mithin Alternativen zum Schöpferprinzip in solchen Fällen geboten. Denkbar wäre dann z. B., nicht jeder gestalterisch partizipierenden Person ein eigenes Urheberrecht zuzuordnen, sondern ein solches nur am Gesamtgut anzuerkennen, das dem Erbringer der maßgeblichen Kausalbeiträge bei der Herstellung des Schutzgutes zugeordnet würde. Dies hieße, den Begriff „Urheber“ im eigentlichen Wortsinne zu verstehen und hiermit Produzenten, Investoren, Art-Direktoren, Konzeptentwickler, Teamleiter etc. zu bezeichnen, auch wenn diese keinerlei gestalterischen Beiträge geleistet haben. Die hierhinter stehende Wertung, demjenigen das „Urheberrecht“ zuzuordnen, der an der Entstehung des Werkes maßgeblich mitgewirkt hat, ohne hierbei strikt auf bestimmte Arten von Leistungen abzustellen, ist immerhin nicht fern liegend.

Die Tatsache, dass durch das Urheberrecht<sup>648</sup> allein die gestalterischen Beiträge bei der Erschaffung von (urheberrechtlich geschützten) Geistesgütern honoriert wer-

ständnis des Urheberrechts kein zwingender Grundsatz ist, zeigt sich schon an der Tatsache, dass auch im Rechtsraum des *Droit D'auteur* die meisten Staaten – wie z. B. die Schweiz und Frankreich – ein dualistisches Konzept gewählt haben, vgl. hierzu *Dietz*, Europäische Gemeinschaft, S. 105; *Peifer*, S. 57; *Schack*, Rdnr. 308; siehe hierzu auch unten, Fn. 1791.

645 Sieht man das Werk tatsächlich als Stück „geronnener Persönlichkeit“ (so *Schack*, Rdnr. 41) und erkennt man – hierauf basierend – dem Urheberrecht einen naturrechtlichen Charakter zu, ist eine vom Schöpferprinzip abweichende Zuordnung nicht denkbar. Auf dieser Basis ist dieser Aspekt jeglicher Wertungsebene entzogen.

646 Zum Begriff der „persönlichen“ Werke im hier verstandenen Sinne, vgl. oben, Fn. 397.

647 Man könnte in solchen Fällen mit *Kotsiris*, UFITA 119 (1992), S. 5 von der Entpersönlichung des Werkes sprechen.

648 Zwar honorieren die verwandten Schutzrechte z. T. auch unternehmerische Leistungen und Investitionen (so zum Tonträgerherstellerrecht, *Dreier/Schulze-Schulze*, § 85, Rdnr. 1). Diese bestehen jedoch nicht am Werk selbst und erfassen derlei Belange nur ausschnittsweise, da hier – anders als im Urheberrecht – das Enumerationsprinzip gilt, vgl. *Schricker/Krüger*, vor

den<sup>649</sup>, scheint demgegenüber einseitig und nicht auf einer Bewertung der Einzelbeiträge und deren Bedeutung zu basieren. Würde man den eigentumsrechtlichen Wertungen die Arbeitstheorie von Locke zugrunde legen, könnte man durchaus zu anderen Ergebnissen gelangen. Hiernach soll die erbrachte Arbeit, also die maßgebliche Leistung, mit dem Eigentumsrecht honoriert werden. Dem Erbringer derselben müsste folglich auch das Recht zugeordnet werden. Man könnte dann statt von einem „Schöpferprinzip“ von einem „Leistungsprinzip“ als Zuordnungsmaxime des Urheberrechts sprechen.

Geht man von der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG aus, liegt diese Sicht keineswegs fern. Immerhin entspricht die Zuordnung des Eigentums über ein solches Leistungsprinzip jedenfalls bei dem Schutz subjektiv-öffentlicher Rechte<sup>650</sup> der ständigen Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts<sup>651</sup>. Nach dieser Rechtsprechung sind subjektiv-öffentliche Rechte nur in solchen Fällen den Eigentumsrechten gleichzustellen, in denen die hieraus erwachsene Rechtsposition der eines privatrechtlichen Eigentümers gleicht<sup>652</sup>. Dies ist nach dem Bundesverfassungsgericht der Fall, wenn ein öffentlich-rechtlicher Anspruch aufgrund einer eigenen Leistung anerkannt wird und dieser dem Berechtigten aus grundrechtlichen Erwägungen schlechterdings nicht wieder entzogen werden kann<sup>653</sup>. Auf der anderen Seite erstreckt sich der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit nicht auf solche subjektiv-öffentlichen Rechte, denen keine Eigenleistung zugrunde liegt<sup>654</sup>.

Deutlich wird hieran, dass es bei der Zuordnung von eigentumsrechtlichen Positionen auf das Erbringen einer eigenen Leistung ankommen muss. Dies betont auch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung „Kirchen- und Schulgebrauch“<sup>655</sup>, wenn es ausführt:

„Der Urheber hat nach dem Inhalt der Eigentumsgarantie grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass ihm der wirtschaftliche Nutzen seiner Arbeit zugeordnet wird, soweit nicht Gründen des gemeinen Wohls der Vorrang vor den Belangen des Urhebers zukommt. Hierbei ist zu be-

§§ 73 ff., Rdnr. 17. Es existiert kein allgemeines Schutzrecht für bei der Werkerstellung erbrachte Leistungen.

649 So auch *Peifer*, S. 87, der im Folgenden jedoch die Ansicht vertritt, dass die Berücksichtigung solcher Interessen durch das Urheberrecht auch nicht notwendig sei.

650 Beispielsweise Rentenansprüche, Rentenanwartschaften aus den gesetzlichen Rentenversicherungen oder Sozialversicherungsansprüche, Rückzahlungsansprüche zuviel gezahlter Steuern vgl. *Benda/Maihofer/Vogel-Badura*, § 10, Rdnr. 41 f.

651 BVerfGE 4, S. 219 (240 ff.); 16, S. 94 (113); 48, S. 403 (412 f.); 70, S. 278 (285); vgl. auch *Dreier/Wieland*, Art. 14, Rdnr. 61 ff.; *Benda/Maihofer/Vogel-Badura*, § 10, Rdnr. 40.

652 BVerfGE 16, S. 94 (112).

653 BVerfGE 48, S. 403 (412 f.).

654 BVerfGE 18, S. 392 (397).

655 BVerfGE 31, S. 229 (243). Siehe unter Fn. 622 auch das deutliche Abstellen des Bundesverfassungsgerichts auf das Leistungsprinzip bei Arbeitnehmererfindungen.

rücksichtigen, dass es um das Ergebnis der geistigen und persönlichen Leistung des Urhebers geht, nicht aber etwa um einen unverdienten Vermögenszuwachs.“

Dieses „Leistungsprinzip“ umfasst auch den Einsatz eigenen Kapitals<sup>656</sup>. Je stärker die Rechtsposition auf den Anteil der eigenen Leistung zurückzuführen ist, desto mehr muss dies auch Einfluss auf die Zuordnung des Eigentums und das zu berücksichtigende Interesse an einer Werkherrschaft nehmen. Die individuelle Leistung ist damit maßgeblich bei der Zuordnung eines Eigentumsrechts zu berücksichtigen<sup>657</sup>.

Die Bedeutung des Leistungsprinzips für die Zuordnung der Verwertungsbefugnis geistiger Eigentumsrechte zeigt sich an den im Folgenden genannten Beispielen. Diesen liegt gemeinsam die Erkenntnis zugrunde, dass – von einer leistungsbezogenen Wertungsebene betrachtet – eine strikte Zuordnung der Verwertungsbefugnis zum geistigen Leistungsträger nicht immer gerechtfertigt erscheint.

(a) Beispiel alternativer Zuordnungskonzepte des geistigen Eigentums nach geltendem Recht: Die Zuordnung des Leistungsergebnisses bei angestellten Programmierern zum Arbeitgeber

Die Freiheit, die sich dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Urheberrechts im Allgemeinen und bei der Zuordnung der vermögenswerten Befugnisse im Besonderen eröffnet, zeigt sich anschaulich an § 69b UrhG. Durch § 69b UrhG wird bestimmt, dass die Verwertungsbefugnis an Computerprogrammen, die in Arbeitsverhältnissen geschaffen werden, allein dem Arbeitgeber zusteht. Es handelt sich um eine *cessio legis* und nicht, wie bei den §§ 88, 89 UrhG, um bloße Vermutungsregelungen<sup>658</sup>. Die im sonstigen „Arbeitnehmerurheberrecht“<sup>659</sup> getroffene Wertung, dass das Spannungsfeld zwischen Urheber- und Arbeitsrecht<sup>660</sup> zu Gunsten des Ur-

656 Benda/Maihofer/Vogel-Badura, § 10, Rdnr. 40; Fechner, S. 203.

657 Wendt, S. 258 f. Nicht zu verwechseln mit dem Kriterium der Eigenleistung ist die hierfür erbrachte Arbeit. Durch die Eigentumsgarantie geschützt wird immer nur ein Leistungsergebnis, ein Produkt, nicht jedoch die hierfür aufgewendete (geistige) Arbeitsleistung. Diese führt erst dann zu einer Einbeziehung in den Schutzbereich des Art. 14 GG (und einem urheberrechtlichen Schutz), wenn sie sich in einer konkreten Gestaltung realisiert hat, vgl. Fechner, S. 205 ff.

658 Die Regel ist immerhin dispositiv. Siehe Näheres hierzu unten, Teil 3, Kapitel 2, Punkt II.

659 Ein „Arbeitnehmerurheberrecht“ in diesem Sinne existiert nicht. Das Urheberrechtsgesetz „regelt“ diesen Bereich, indem es schlicht auf die allgemeinen Vorschriften und den Vertragsweg verweist, § 43 UrhG.

660 Im Arbeitsrecht gilt der Grundsatz, dass dem Arbeitgeber das Leistungsergebnis der eingesetzten Arbeitskraft zusteht. Soweit im Rahmen der Tätigkeit jedoch geschützte Werke geschaffen werden, erhält der Arbeitgeber nur das Eigentumsrecht an einem etwaigen Werkstück, nicht jedoch auch die Verwertungsbefugnis, vgl. nur Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (571 f.). Vgl. vertiefend die Ausführungen unten, Teil 3, Kapitel 2, Punkt I.A).

heberrechts gelöst wird, gilt hier gerade nicht<sup>661</sup>. § 69b UrhG stellt eine im deutschen Urheberrecht einzigartige Vorschrift dar, die die naturrechtlichen Grundsätze des Schöpferprinzips als Zuordnungsregel – jedenfalls bei Computerprogrammen – relativiert, wenn nicht gar in Frage stellt.

Faktisch folgt aus § 69b UrhG in Bezug auf die Rechtszuordnung – neben anderem<sup>662</sup> –, dass dem angestellten Programmierer jegliche wirtschaftlich wertvolle Rechtsposition an seinem Werk entzogen wird. Der sog. Beteiligungsgrundsatz, nach dem der Urheber an jeder wirtschaftlichen Verwertung seines Werkes zu partizipieren hat, gilt in dieser speziellen Konstellation nicht<sup>663</sup>. Nicht einmal der Zweckübertragungsgrundsatz in § 31 Absatz 5 UrhG kann zu einem Verbleib von vermögenswerten Rechtspositionen des angestellten Programmierers führen, da dieser keine Anwendung findet<sup>664</sup>.

Das Außerkräftsetzen dieser urheberrechtlichen Maximen bei Computerprogrammen ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Regelungszwecks von § 69b UrhG bemerkenswert. Entgegen der ansonsten geltenden Ausrichtung des Urheber-

661 Nach der allgemeinen Bestimmung, die das Verhältnis des angestellten Urhebers zum Arbeitgeber zum Gegenstand hat (§ 43 UrhG), gelten hier keine Sonderregeln. Urheber und Arbeitgeber sind daher gehalten, die urheberrechtlichen Aspekte ihrer Rechtsbeziehung im Arbeitsvertrag zu regeln. Demgegenüber wird durch § 69b UrhG das Verhältnis umgekehrt und die Verwertungsrechte des Urhebers vollumfänglich dem Arbeitgeber zugeordnet. Die *cessio legis* geht dabei wesentlich weiter als eine bloße Auslegungsregel für Arbeitsverträge. Der Rechtserwerb des Arbeitgebers erfolgt zwar auch in diesem Fall nicht originär durch Zuordnung des Urheberrechts. Dies wäre mit dem Schöpferprinzip unvereinbar. Vielmehr erwirbt der Arbeitgeber das ausschließliche Nutzungsrecht an der Software derivativ, nach wohl h. M. aufgrund einer gesetzlichen Lizenz (*Schricker/Loewenheim*, § 69b, Rdnr. 11; *Bayreuther*, GRUR 2003, S. 570 (573), Fn. 11). Weitere Ausführungen zu den unterschiedlichen Regelungsansätzen und –wirkungen der §§ 43 und 69b UrhG finden sich unten, Teil 1, Kapitel 3, Punkt III.B) und in Teil 3, Kapitel 2, Punkt III).

662 Siehe zu den weiteren Wirkungen der Sonderregelungen der §§ 69a ff. UrhG unten, Teil 3, Kapitel 2, Punkt II.C).

663 Der arbeits- oder arbeitsvertragsrechtliche Anspruch auf den Arbeitslohn ist kein Äquivalent zum urheberrechtlichen Anspruch auf wirtschaftliche Beteiligung an der Werkverwertung. Der Lohnanspruch besteht hiervon völlig unabhängig. Er ist nicht an die Verwertung des Werkes geknüpft. Damit liegt der maßgebliche Unterschied zwischen Beteiligungs- und Entgeltanspruch. Diese Beurteilung ist auch unabhängig davon, ob bei der Bemessung des Letztgenannten der Umstand, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Nutzungsrechte an seinen Arbeitsergebnissen überträgt, berücksichtigt wurde. § 69b UrhG bewirkt einen gesetzlichen „buy-out“ ohne Gewinnbeteiligung. Allein der Anspruch aus dem „Bestsellerparagrafen“, § 32a UrhG wird auch dem angestellten Programmierer zustehen (*Dreier/Schulze-Dreier*, § 69b, Rdnr. 10; so auch der BGH zum alten § 36 UrhG, CR 2002, S. 249 – Wetterführungspläne).

664 Ganz h. M., vgl. *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69b, Rdnr. 9; *Schricker/Loewenheim*, § 69b, Rdnr. 12; *Bayreuther*, GRUR 2003, S. 570 (572). Gleiches sollte wegen der europäischen Harmonisierung auch für den alten § 31 Abs. 4 UrhG gelten, vgl. *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69b, Rdnr. 9.

rechtsgesetzes auf die Belange des Urhebers, dient die Vorschrift dazu, dem Arbeitgeber bzw. Dienstherrn die möglichst ungehinderte Verwertung des Computerprogramms zu ermöglichen<sup>665</sup>. Da § 69b UrhG einen Eingriff in die für das Urheberrecht nach der o. g. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich konstituierende Zuordnungsregel, nach der die vermögenswerten Ergebnisse der schöpferischen Leistung dem Urheber gebühren sollen, bewirkt<sup>666</sup>, stellt sich die Frage, wie dieser gerechtfertigt werden kann. Weder in der Begründung zum 2. Urheberrechtsänderungsgesetz<sup>667</sup>, durch das der § 69b UrhG in Umsetzung des Art. 2 Abs. 3 der Computerprogramm-Richtlinie eingeführt wurde<sup>668</sup>, noch ersichtlich in der einschlägigen Kommentar- und Lehrbuchliteratur finden sich indes Hinweise auf dieses Problem.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Schutz von Computerprogrammen nicht etwa abweichenden (urheberrechtlichen und verfassungsrechtlichen) Grundlagen unterliegt. Für das Urheberrecht ergibt sich dies aus § 69a Abs. 4 UrhG, der auf die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen über Sprachwerke verweist, soweit sich im achten Abschnitt des Urheberrechtsgesetzes keine Sondervorschriften finden. Damit finden die meisten allgemeinen Regeln, wie etwa § 64 UrhG über die Schutzdauer, das Schöpferprinzip nach § 7 UrhG, das monistische Prinzip gem. § 11 UrhG und die §§ 12 ff. über die Urheberpersönlichkeitsrechte grundsätzlich Anwendung<sup>669</sup>. Als durch das Urheberrecht zum Gegenstand des schöpferischen Eigentums erhobene Werkform ist mithin davon auszugehen, dass Computerprogramme auch im Lichte der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie nicht grundlegend anders zu beurteilen sind, als andere Werkarten<sup>670</sup>.

Der durch § 69b UrhG bewirkte vollständige Entzug der Verwertungsbefugnis aufgrund entgegenstehender – immerhin rein wirtschaftlicher – Interessen Dritter (auch juristischer Personen) könnte bei Zugrundelegung eines Leistungsprinzips als Zuordnungsregel gerechtfertigt sein. Sowohl der Arbeitgeber als auch der Urheber

665 Dreier/Schulze-Dreier, § 69b, Rdnr. 2.

666 Nicht ihm, sondern dem Arbeitgeber gebühren nach § 69b UrhG die Früchte der Werkschöpfung. Dem Urheber verbleibt nur der Anspruch auf das Arbeitsentgelt. Auf diese Weise wird sowohl das persönliche als auch das wirtschaftliche Band zwischen Urheber und Werk gelöst. Das Schöpferprinzip verbleibt als leere Hülle. Hierüber kann die rechtliche Konstruktion eines bloß derivativen, ipso iure vorgegebenen, Rechtsübergangs nicht hinwegtäuschen. Auch der Umstand, dass § 69b UrhG dispositiv ist, relativiert diese Erkenntnis – jedenfalls aus praktischer Sicht – nicht. Der Urheber dürfte kaum einmal über die Verhandlungsmacht bzw. den Erkenntnisstand verfügen, sich im Arbeitsvertrag eine gesonderte Vereinbarung vorzubehalten.

667 Abgedruckt in UFITA 123 (1993), S. 182 ff.

668 Siehe hierzu UFITA 123 (1993), S. 182 (190).

669 Siehe zu den Bestrebungen in der Literatur, die Urheberpersönlichkeitsrechte im Bereich des Softwareschutzes zurückzudrängen unten, Teil 3, Kapitel 2, Punkt IV.B).

670 So auch Schricker/Melichar, vor §§ 44a ff., Rdnr. 5a.

erbringen Leistungen, die für die Entstehung des Werkes konstitutiv sind. Der Arbeitgeber kann auf Gestaltung und Ausgestaltung des Werkes kraft seines Direktionsrechts<sup>671</sup> Einfluss nehmen. Auch stellt er die Arbeitsmittel zur Verfügung, tätigt die wesentlichen Investitionen, trägt das alleinige Amortisierungsrisiko<sup>672</sup> und hat die Organisationsherrschaft inne. Die Bedeutung des gestalterischen Beitrags des Urhebers kann sich in diesem Werkschöpfungsumfeld gegenüber den „flankierenden Leistungen“ des Arbeitgebers u. U. als geringfügig darstellen.

Vor diesem Hintergrund sind bei Zugrundelegung eines auf Wertungsgesichtspunkten basierenden Leistungsprinzips Fälle denkbar, in denen es interessengerecht erschiene, die Leistungen des Arbeitgebers mit der ausschließlichen Verwertungsbeugsnis am Werk zu honorieren und den Urheber selbst auf den Anspruch auf das Arbeitsentgelt zu beschränken. Ginge man indes unterschiedslos – mit dem naturrechtlichen Ansatz – von einer in jedem Fall vorrangig zu schützenden persönlichen Bindung zwischen Urheber und Werk aus, verschließt sich eine derart wertende Betrachtung. Auf die Bedeutung der erbrachten Leistungen kann es dann nicht ankommen.

#### (b) Ein weiteres Beispiel: Das Arbeitnehmererfindungsgesetz

Dass der Eigentumsgarantie keine zwingende Zuordnung des Eigentumsrechts an geistigen Erzeugnissen zum Schöpfer zu entnehmen ist<sup>673</sup>, wird auch durch die Regelungen des Arbeitnehmererfindungsgesetzes deutlich. Das Patentrecht fällt in seiner Gesamtheit als geistiges Eigentumsrecht ebenfalls unter Art. 14 GG<sup>674</sup>. Anders als im Urheberrecht unterscheidet man im Patentrecht strikt zwischen dem „Recht auf das Patent“ (auch Erfinderrecht genannt, vgl. § 6 PatG) und dem „Recht aus dem Patent“ (hierzu §§ 9-14 PatG). Letzteres umfasst die Verbotsrechte. Die hieraus erwachsenen Rechtspositionen sind dogmatisch den urheberrechtlichen Verwertungsrechten gleichzustellen.

671 Das Direktions- oder Weisungsrecht ergibt sich aus den Grundsätzen des Arbeitsrechts. Der Arbeitgeber kann über die Tätigkeit des Arbeitnehmers bestimmen und diesem Vorgaben erteilen, vgl. *Palandt-Weidenkaff*, § 611, Rdnr. 45 ff. Der Arbeitnehmer hat den Weisungen des Arbeitgebers Folge zu leisten. Für die Ausübung des Direktionsrechts gilt § 315 BGB.

672 Der Arbeitslohn wird schließlich unabhängig vom Verwertungserfolg des Werkes geschuldet und gezahlt. So auch *Bayreuther*, GRUR 2003, S. 570 (571); *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (993 ff.).

673 Dies vertritt auch *Hunziker*, UFITA 101 (1985), S. 49 (54).

674 Grundlegend BVerfGE 36, 281 (290 f.).

Dem urheberrechtlichen Stammrecht entspricht dagegen das Recht aus § 6 PatG<sup>675</sup>. Das Erfinderrecht ordnet dem Erfinder die geistige Leistung zu. Es entsteht – wie das Urheberrecht – ohne Formalitäten in der Person des Erfinders. Das Patentgesetz erkennt so das natürliche Recht an seiner schöpferischen Leistung an<sup>676</sup>. In diesem Sinne entspricht die Entstehung des Patentrechts dem o. g. Gedanken des geistigen Eigentums an schöpferischen Leistungen. Dennoch unterscheiden sich Patentrecht und Urheberrecht in der positivrechtlichen Ausgestaltung erheblich.

So entstehen – anders als im Urheberrecht – die ausschließlichen Verfügungs- und Verwertungsrechte aus dem Patent nicht mit der Schöpfung, sondern erst mit der Erteilung des Patents als einem staatlichen Verleihungsakt<sup>677</sup>. Wurde ein Patent nicht erteilt, kommt der Erfinder also nicht in den Genuss einer vermögensrechtlichen oder sonstigen Rechtsposition. Es gilt hier auch der Prioritätsgedanke (vgl. § 6 S. 3 PatG). Eine Anerkennung vermögensrechtlicher Ansprüche erhält, ganz gleich wie wertvoll die Leistung auch immer sein mag, nur der erste Anmelder des Patents.

Auch bei der Zuordnung der Verwertungsbefugnis ergeben sich z. T. Unterschiede zum Urheberrecht. Obschon ein geistiges Eigentumsrecht, werden Rechte an Erfindungen, die in Arbeitsverhältnissen entstanden sind – pauschal ausgedrückt -, dem Arbeitgeber zugestanden<sup>678</sup>. Das Arbeitnehmererfindungsgesetz kann als Summe der Kollisionsnormen bezeichnet werden, die das Spannungsfeld zwischen den arbeitsrechtlichen und den eigentumsrechtlichen Wertungen an der Erfindung regeln<sup>679</sup>. Im Arbeitsrecht gilt der Grundsatz der Zuordnung der Arbeitsergebnisse zum Arbeitgeber. Der Interessenwiderstreit zwischen Erfinder und Arbeitgeber in Bezug auf den Erwerb der wirtschaftlichen Befugnisse an der Erfindung wird im Patentrecht – anders als im Urheberrecht – zu Gunsten des Arbeitgebers gelöst<sup>680</sup>.

675 Auch das Erfinderrecht ist – nach nicht unumstrittener Ansicht – als geistiges Eigentumsrecht des Erfinders mit naturrechtlichen Wurzeln anerkannt. Hierfür *Benkard/Rogge*, PatG Einleitung 1, Rdnr. 2; wohl auch *Schulte*, GRUR 1985, S. 772 (774). Dagegen wohl *Busse*, Einleitung PatG, Rdnr. 47.

676 Das BVerfG hat hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Verortung des Patentrechts auf die „Kirchen- und Schulgebrauch“-Entscheidung zum Urheberrecht verwiesen (s. o. die Nachweise in Fn. 557) und das Erfinderrecht als „technisches Urheberrecht“ bezeichnet (vgl. BVerfGE 36, S. 281 (296). Hierdurch wird die Wesensverwandtheit beider Rechtspositionen herausgestellt.

677 Siehe etwa §§ 9, 34 PatG, siehe hierzu *Benkard/Scharen*, § 9, Rdnr. 3.

678 Gleiches gilt im Übrigen auch für das Geschmacksmusterrecht. Nach § 7 Abs. 2 GeschmMG n. F. wird das Recht auf das Geschmacksmuster dem Arbeit- oder Auftraggeber zugeordnet.

679 *Busse*, Einleitung ArbNErfG, Rdnr. 1.

680 Die Interessen des Arbeitnehmererfinders werden demgegenüber als nachrangig angesehen, vgl. BVerfG, NJW 1998, S. 3704 (3705 f.). Im Gegensatz zu der vehementen Weigerung, ein „Produzentenurheberrecht“ anzuerkennen (siehe hierzu Teil 3, Kapitel 2, Punkt II.B), scheint auf dem Gebiet des Patentrechts auch keine rechtspolitische Front gegen das Arbeitnehmerpatentrecht mobil zu machen. Ursache hierfür könnte sein, dass bei der Frage nach dem Sinn des Patentrechts im Gegensatz zum Urheberrecht stets im Vordergrund steht, ob und wie es

Nach § 5 ArbNErfG muss der Arbeitnehmer jede Dienstfindung melden. Der Arbeitgeber hat das Recht, durch einseitige Erklärung die Erfindung beschränkt oder unbeschränkt für sich in Anspruch zu nehmen (§ 6 ArbNErfG). Mit Zugang dieser Erklärung gehen alle Rechte an der Dienstfindung auf den Arbeitgeber über (§ 7 ArbNErfG)<sup>681</sup>. Zur Kompensation sichert § 9 ArbNErfG dem Erfinder einen Anspruch auf angemessene Vergütung.

Nach dem Bundesverfassungsgericht gelten in Bezug auf den eigentumsrechtlichen Schutz von Arbeitnehmererfindungen die für das Urheberrecht herausgearbeiteten Grundsätze<sup>682</sup>. Die „Entrechtung“ des angestellten Erfinders, also die Beschneidung seines Verfügungsrechts zu einem bloßen Vergütungsanspruch, begegnet hiernach keinerlei verfassungsrechtlichen Bedenken. Dem Entzug „der Befugnis zur freien Verfügung und Verwertung“ der Erfindung stehe als verfassungsrechtlich ausreichendes Äquivalent der Anspruch auf angemessene Vergütung gegenüber. Hierdurch werde den Anforderungen der Institutsgarantie Genüge getan. Konkret heißt es hier:

„Der Gesetzgeber hat in der Vergütungsregelung des § 9 ArbNErfG selbst die schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmer-Erfinders und die Belange des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn zu einem gerechten Ausgleich gebracht. § 9 II ArbNErfG trägt mit dem Kriterium der wirtschaftlichen Verwertbarkeit dem Grundsatz der Zuordnung des wirtschaftlichen Werts der Erfindung an den Erfinder Rechnung, während mit den Aufgaben und der Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb sowie dem Anteil des Betriebs am Zustandekommen die Besonderheiten der Erfindung im Arbeitsverhältnis berücksichtigt werden.“<sup>683</sup>

In neuer Deutlichkeit stellt die erste Kammer des Ersten Senats in dieser Entscheidung auf das „Leistungsprinzip“ als Zuordnungskriterium bei Gemengelagen von Interessen an geistigem Eigentum ab<sup>684</sup>. Ist eine andere Person neben dem Kreativen durch ihr Engagement an der Erzeugung des Leistungsergebnisses wesentlich beteiligt, ist dies bei der Zuordnungsfrage des geistigen Eigentums an diesem Produkt zu berücksichtigen.

Wenn man davon ausgehen kann, dass die pragmatische Ausgestaltung des Patentrechts auf den Mangel an idealisierenden Grundgedanken dieser Rechtsmaterie zurückzuführen ist, wäre interessant, ob eine Beurteilung von § 69b UrhG entsprechend ausgefallen wäre. Immerhin ist auch bei Software der ideelle, persönlichkeits-

den technischen und wirtschaftlichen Fortschritt am besten zu fördern geeignet ist. Vor dem Hintergrund, dass auch das Patent als geistiges Eigentum des Erfinders anerkannt ist, verdeutlicht die pragmatische Sicht des Patentrechts die Idealisierung des Urheberrechts. Hierauf weist auch *Schricker*, GRUR 1992, S. 242 (245) hin, der die Vernachlässigung rein kulturpolitischer Aspekte bei dem Schutz des Urheberrechts kritisiert.

681 Bei beschränkter Inanspruchnahme erhält der Arbeitgeber gem. § 7 Abs. 2 ArbNErfG ein Recht zur Benutzung der Dienstfindung.

682 BVerfG NJW 1998, S. 3704 (3705).

683 BVerfG NJW 1998, S. 3704 (3705).

684 BVerfG, NJW 1998, S. 3704 (3705). Siehe hierzu auch oben Fn. 651.

rechtliche Aspekt in den meisten Fällen zu vernachlässigen<sup>685</sup>. In diesem Regelungsbereich sind sich Patentrecht und Urheberrecht aus Sicht der Eigentumsgarantie sehr ähnlich.

Implizit spricht das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung auch die Wertungen der Eigentumsgarantie in Bezug auf die Frage nach Ausschließlichkeitsrecht und Vergütungsansprüchen an. Vor dem Hintergrund des Grundrechts kommt es in erster Linie auf die wirtschaftliche Zuordnung des Leistungsergebnisses durch das Patentrecht an. Ob dies durch Verfügungs- oder nur Verwertungsrecht geschieht, ist zweitrangig<sup>686</sup>. Im Vordergrund des Schutzes steht damit nicht die Kontrollfunktion des Rechts, sondern dessen Entlohnungsfunktion<sup>687</sup>.

### (c) Schlussfolgerungen für den Spielraum bei der Regelung der Zuordnungsmaxime des Urheberrechts

Die oben aufgeworfene Frage, ob die Eigentumsgarantie dem Gesetzgeber das Schöpferprinzip als Zuordnungsmaxime vorgibt, ist daher wie folgt zu beantworten: Art. 14 GG sieht vor, dass das Vermögensgut einem rechtlichen Individuum zugeordnet wird<sup>688</sup>. Dies kann gem. Art. 19 Abs. 3 GG auch eine juristische Person sein<sup>689</sup>. Erkennt man als rechtliche Basis der urheberrechtlichen Zuordnungsmaxime allein die Eigentumsgarantie an, lässt dabei idealisierende naturrechtliche Aspekte außer Betracht und löst sich überdies von der monistischen Verknüpfung mit dem

685 So auch *Lehmann* in *FG Schricker*, S. 543 (562 f.); ders. CR 1986, S. 373 (374); ders. CR 1990, S. 625 (630); ders. NJW 1988, S. 2419 (2421).

686 So auch im Urheberrecht, siehe oben unter Punkt (2).

687 Das heißt nicht, dass diese Frage verfassungsrechtlich keinerlei Bedeutung entfaltet. Immerhin wird dem Rechtsinhaber durch den Verlust der Kontrolle über sein Rechtsgut auch in weiten Teilen die Entscheidung über den wirtschaftlichen Gegenwert entzogen. Anschaulich wird dies auch bei der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Arbeitnehmererfindungsgesetz. Hier verlangte der Beschwerdeführer für die Inanspruchnahme seiner Erfindung durch die Bundespost die Zahlung einer „angemessenen Vergütung“, für deren Berechnung er Einsparungen der Post zugrunde legen wollte, welche diese durch die Nutzung der Erfindung erzielt hätte. Eingeklagt wurden vor den Zivilgerichten Summen von ca. 10 Millionen DM. Gezahlt wurden seinerzeit DM 51.038,95, ein Betrag, der durch die Post anhand „des Üblichen“ festgesetzt wurde (BVerfG NJW 1998, S. 3704 (3704)). Die erhebliche Diskrepanz weist zumindest darauf hin, dass der Erfinder bei freier Dispositionsmöglichkeit einen weit höheren Wert hätte erzielen können, als ihm durch die Erfindervergütung, die durch den Arbeitgeber selbst festgesetzt wurde, eingebracht hat. In solchen Fällen ist der gesetzliche Anspruch mithin kein Äquivalent zur Dispositionsfreiheit. Siehe zur Bedeutung des Verfügungsrechts auch unten Teil 3, Kapitel 3, Punkt I und II).

688 BVerfGE 42, 263 (294).

689 *Dreier/Wieland*, Art. 14, Rdnr. 68.

Persönlichkeitsrecht<sup>690</sup>, wäre eine Zuordnung nach dem Leistungsprinzip dem einseitigen Schöpferprinzip vorzuziehen<sup>691</sup>. Es wird an anderer Stelle dieser Arbeit zu erörtern sein, ob und inwieweit ein solcher Schritt einem modernen Urheberrecht dienlich sein könnte.

Jedenfalls hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Arbeitnehmererfindungsrecht deutlich gemacht, dass das Leistungsprinzip auch auf dem Gebiet des eigentumsrechtlichen Immaterialgüterrechtsschutzes eine maßgebliche Rolle spielt<sup>692</sup>.

### 3) Verfassungsmäßige Rechtfertigung von Beschränkungen des Urheberrechts

Beschränkungen des Urheberrechts sind nach den obigen Ausführungen immer dann gerechtfertigt, wenn sie verhältnismäßig, d. h. durch entgegenstehende, höherwertige Schutzinteressen geboten sind<sup>693</sup>. Bei der Abwägung der Interessen ist insbesondere die Funktion des betroffenen Eigentumsgegenstandes zu berücksichtigen. Der Eigentumsschutz wiegt umso schwerer, je mehr das Schutzobjekt der Sicherung der persönlichen Freiheit des Eigentümers dient<sup>694</sup>. Wird der Eigentumsgegenstand dagegen Dritten zur entgeltlichen Nutzung überlassen und dient er deren Freiheitssicherung, so muss auf die Belange des Gemeinwohls größere Rücksicht genommen werden<sup>695</sup>.

#### a) Den Urheberinteressen entgegenstehende Belange Dritter und der Allgemeinheit

##### aa) Kollidierende Grundrechtspositionen

Zunächst ist davon auszugehen, dass auch die Allgemeinheit ein Interesse an einem starken Urheberrechtsschutz haben kann, wenn man voraussetzt, dass dieser not-

690 Geschieht dies nicht, können Wertungswidersprüche auftreten, vgl. *Fechner*, S. 201 f.

691 Aus Sicht der Realisierbarkeit einer Abkehr vom Schöpferprinzip in Richtung eines Leistungsprinzips stellt sich jedoch Art. 5 Abs. 1 RBÜ problematisch dar. Auch hier – und damit in der wichtigsten internationalen Urheberrechtskonvention – ist das Schöpferprinzip verankert.

692 BVerfG NJW 1998, S. 3704 (3705). Siehe näheres hierzu sogleich unter Punkt (bb).

693 BVerfGE 83, 201 (212) m. w. Nachw.

694 Ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. E 70, 191 (200 f.); 95, 65 (84).

695 BVerfGE 95, 65 (84).

wendig ist, um Anreize zur Erzeugung von Werken zu schaffen<sup>696</sup>. Daneben sind jedoch auch die Interessen und Grundrechtspositionen Dritter bei der Beurteilung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu berücksichtigen, soweit diese den Interessen des Schöpfers entgegenstehen.

Als ein dem Urheberrecht widerstrebendes Grundrecht wird häufig die „Informations-“ oder „Informationszugangsfreiheit“ genannt<sup>697</sup>. Allerdings ist fraglich, ob es im Urheberrecht zu einer solchen Kollision dieser beiden Freiheitsgrundrechte tatsächlich kommt<sup>698</sup>. Das Grundrecht der Informationszugangsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG schützt nur die Beschaffung von Informationen aus frei zugänglichen Quellen<sup>699</sup>. Es eröffnet also nicht den Zugang zu Informationen, wenn dieser faktisch oder (urheber-)rechtlich begrenzt ist, sondern setzt erst an, soweit der Rechtsinhaber die Nutzung gestattet und der Zugang bereits eröffnet ist<sup>700</sup>. Die Information muss ohne einen Eingriff in eine rechtlich umhegte Position erlangt werden können<sup>701</sup>. Da das geltende Urheberrecht dem Berechtigten ein Zugangskontrollrecht verschafft, ist der Schutzbereich der Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 schon gar nicht eröffnet<sup>702</sup>. Urheberrechtlich geschützte Werke sind de lege lata

696 Vgl. etwa *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 13; *Rehbinder*, Rdnr. 79. Die Existenz einer solchen Anreizfunktion wird mittlerweile indes immer mehr angezweifelt (s. o. Fn. 111).

697 So z. B. *Hoeren*, MMR 2000, S. 3 (4) und GRUR 1997, S. 866 (868), ders. Gutachten, S. 26 ff. der meint, das Urheberrecht sei als Monopolrecht selbst die Ausnahme, welche einer Rechtfertigung bedürfe. Siehe hierzu auch oben, Fn. 599. Wie *Kröger*, S. 199 f. hierzu steht, ist nicht ganz eindeutig. Vgl. wegweisend zu dem Ansatz der Beschränkung des Urheberrechts durch die Informationsfreiheit *Löffler*, NJW 1980, S. 201 ff.

698 Dies bezweifelt auch *Bornkamm* in FS Piper, S. 641 (641 f.).

699 *Pieroth/Schlink*, Rdnr. 564; *Fechner*, S. 348 ff; *Kröger*, S. 201. Gleiches gilt im Übrigen auch für das Grundrecht der Informationsfreiheit wie es sich aus Art. 10 EMRK ergibt, vgl. hierzu sogleich, Fn. 702.

700 *AK-Hoffmann-Riem*, Art. 5 Abs. 1/2, Rdnr. 103.

701 Vgl. BVerfG, EuGRZ 2001, S. 59 (63 f.). In diesem Zusammenhang fiel die genannte Entscheidung des Bundesverfassungsgericht einstimmig aus, vgl. ebd. S. 67. In den Schutzbereich der Informationsfreiheit kann ein Begehren auf Eröffnung einer Informationsquelle hiernach allenfalls unter bestimmten Umständen in solchen Konstellationen fallen, da der Zugang zu einer im staatlichen Verantwortungsbereich liegenden Informationsquelle begehrt wird, vgl. BVerfG, ebd., S. 64. Dies trifft auf die meisten urheberrechtlich geschützten Inhalte indessen nicht zu. Eine Ausnahme könnten amtliche Werke bilden, wären diese nicht gem. § 5 UrhG bereits von jeglicher urheberrechtlichen Befugnis ausgeschlossen.

702 Zu dem gleichen Ergebnis kommt *Wand*, S. 90 – 93 in seiner Untersuchung der Vereinbarkeit von Zugangsbeschränkungen mit den „Europäischen Grundrechten“ und der EMRK (Recht auf Meinungsfreiheit und der Information, vgl. Art. 10 S. 2 EMRK). Auch hier gelten die gleichen Grundsätze; nur die Information aus frei zugänglichen Quellen ist garantiert (*Wand*, S. 92 m. w. Nachw.). Eine a. A. vertrat der Cour d'appell de Paris in einer neueren Entscheidung. Hiernach steht das Urheberrecht und die Informationsfreiheit aus Art. 10 EMRK in einem Spannungsverhältnis (GRUR Int. 2002, S. 329 m. Anm. *Geiger*). Der Fernsehsender France 2 hatte in jenem Fall im Rahmen einer Nachrichtensendung über eine Ausstellung des Malers Utrillo berichtet und in diesem Zuge einige dessen Gemälde kurz gezeigt. Hierfür ver-

keine „allgemein zugänglichen Quellen“, da deren Zugang rechtlich begrenzt, mit anderen Worten: der Verfügungsbefugnis des Urhebers unterworfen, ist<sup>703</sup>.

Auch zu Kollisionen mit der Meinungsfreiheit dürfte der Urheberrechtsschutz nur in Ausnahmefällen führen. Vereinzelt wurden solche darin gesehen, dass durch jede (urheberrechtlich bedingte) Monopolisierung von Geistesgütern eine Gestaltungsmöglichkeit und damit eine Art, einen Inhalt frei zu kommunizieren, dem Allgemeingut entzogen wird<sup>704</sup>.

Im Allgemeinen wird die Auswirkung der urheberrechtlichen Monopolisierung auf die Meinungsäußerungsfreiheit dann marginal sein, wenn der Formenschatz, also der Gestaltungsspielraum bei der Formulierung seiner Meinung, vielfältig ist. Grundsätzlich hat das Urheberrecht zum Ziel, zwischen Allgemeingut und schutzfähigem Gut abzugrenzen, damit das weitere Werkschaffen nicht behindert wird<sup>705</sup>.

langte der Nutzungsrechtsinhaber die Zahlung einer Lizenz. Der Sender vertrat die Ansicht, zur Abbildung der Werke in diesem Umfang aufgrund der Informationsfreiheit aus Art. 10 Abs. 1 EMRK ohne Zustimmung (und vergütungsfrei) berechtigt zu sein. Das Gericht folgte dieser Argumentation nicht. Es entschied, dass das Urheberrecht eine nach Art. 10 Abs. 2 EMRK zulässige Einschränkung der Informationsfreiheit sei. *Dittrich/Öhlinger* (UFITA 135 (1997), S. 5 (62 ff.)) meinen hingegen, aus Art. 10 EMRK ergebe sich ein umfassender Schutz der Informationsfreiheit. Urheberrechtlich geschützte Inhalte seien durch den in Art. 10 EMRK genannten Begriff der „Information“ geschützt. Nach einer Entscheidung des EGMR ergebe sich hieraus auch ein Recht der Öffentlichkeit, Zugang zu Informationen und Ideen zu bekommen.

703 *Kröger*, S. 199 f, der allerdings darauf abstellt, ob der Urheber von seinem Bestimmungsrecht Gebrauch macht. „*Wenn der Urheber sein Bestimmungsrecht nicht zur Verhinderung der Zugänglichkeit der Informationsquelle einsetzt*“, sei der Zugang zur Quelle durch die Informationsfreiheit geschützt. Es bleibt unklar, worauf *Kröger* sich mit dieser Einschränkung bezieht. Dies könnte ebenso implizieren, dass der Schutzbereich der Informationsfreiheit solange eröffnet sei, wie der Urheber die Nutzung nicht untersagt, wie – im Gegenteil –, dass die Informationsfreiheit greife, sobald der Urheber der Nutzung zugestimmt hat. Beide Interpretationen können indes im Regelfall nicht überzeugen. Im Allgemeinen wird der Rechtsinhaber nur bestimmten Formen der Nutzung durch bestimmte Personen (die Lizenznehmer) zustimmen und nicht jeder Art Nutzung durch Jedermann. Es ist daher nicht anzunehmen, dass ein Werk mit Veröffentlichung oder Vergabe von Verwertungsrechten zu einer „allgemein zugänglichen Quelle“ wird. Etwas anderes könnte anzunehmen sein, wenn der Urheber das Werk unter eine Open Source- oder Open Content-Lizenz stellt. Hierdurch räumt er jedermann ein einfaches Nutzungsrecht an seiner Schöpfung ein, vgl. Näheres unten, Fn. 1017. In diesem Fall könnte man sagen, da jedem gestattet wird, das Werk auf bestimmte Weise zu verwerten, dass dieses „allgemein zugänglich“ gemacht wurde.

704 So *Macciachini*, UFITA 2000/III, S. 683 (684 ff.); *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 2004, S. 96 (97), der allerdings zu dem Schluss kommt, dass das Urheberrecht die Freiheit der Meinungsäußerung „respektiert“ und umgekehrt.

705 Nach *Macciachini*, UFITA 2000/III, S. 683 (685) soll dieses Argument allerdings „*Ursache und Wirkung*“ verkennen, da die Bestimmung schutzunfähiger Freiheitsräume bereits das Resultat einer Interessenabwägung zwischen Urheberrecht und Meinungsfreiheit darstelle, die eben in einer Beschränkung des Urheberrechts ausgefallen sei.

Geschützt wird immer nur ein bestimmtes Erzeugnis. Einschränkungen ergeben sich daher auch nur in Bezug auf diese konkreten Ausdrucksformen/Gestaltungen, was bei einem großen Formenschatz, wie er z. B. bei den klassischen Sprachwerken zu-  
meist bestehen wird, kaum ins Gewicht fallen dürfte. Der gewünschte Effekt ist, dass durch den Werkschutz das Allgemeingut, also die einem geschützten Werk zugrunde liegenden Ideen, Konzepte oder Lehren nicht monopolisiert werden können. Versagt die Abgrenzung zwischen dem individuellen und dem allgemeinen Gut, was angesichts der Schwierigkeiten der Beurteilung und der fließenden Grenzen nicht selten der Fall sein wird, können Meinungsäußerungsfreiheit und Urheberrechtsschutz allerdings in ein Spannungsfeld geraten<sup>706</sup>.

Auch in solchen Bereichen, in denen der Formenschatz, der für die Gestaltung bestimmter Inhalte zur Verfügung steht, sehr gering ist, kann es zu relevanten Einschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit kommen. Dies ist – wie gesagt – denkbar in Bereichen sehr funktionalen, gebundenen Werkschaffens<sup>707</sup>. Eine Abwägung der grundrechtlich aus Art. 5 Abs. 1 GG sich ergebenden Interessen des Nachschöpfenden gegenüber denen des Urhebers aus Art. 14 GG wäre in solchen Fällen erforderlich.

Das Urheberrecht kann damit in bestimmten Fällen zu Eingriffen in die Meinungsfreiheit führen.

706 Zu berücksichtigen ist jedoch andererseits, dass das Urheberrecht kein wirkliches Monopol entfaltet. Dies zeigt sich daran, dass es zufällige Doppelschöpfungen nicht verbietet, sondern nur die Verwendung, die ungefragte Übernahme fremden Geistesgutes. Allein aus rechtlicher Sicht ist damit denkbar, dass zwei Personen das gleiche Werk in identischer Gestaltung zweimal erschaffen und jeder hieran ein eigenständiges Urheberrecht erwirbt. In diesem Fall könnte keiner der Urheber den anderen an einer Verwertung des Werkes hindern. Auch diese Abschwächung ist hingegen eher von theoretischer Bedeutung, da von dem später geschaffenen Werk vermutet wird, dass es ein Plagiat, also eine – bewusste oder unbewusste – abhängige Schöpfung, darstellt (siehe oben, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(dd)). Faktisch gilt damit das Prioritätsprinzip, da es dem Doppelschöpfer kaum jemals möglich sein wird, diese Vermutung zu widerlegen (die Rechtsprechung geht diesbezüglich von einem Anscheinsbeweis aus).

707 So wird an verschiedenen Stellen dieser Arbeit zum Ausdruck gebracht, dass gerade der Schutz von Computerprogrammen sich wegen der hier häufig bestehenden engen Abhängigkeit von Idee und Form nicht selten auf einen Schutz des dahinterstehenden Konzepts und der Idee erstrecken wird. Auf diese Weise wird einer der elementaren Grundgedanken des Urheberrechts in einem praktisch sehr bedeutsamen Bereich des Urheberrechtsschutzes eklatant vernachlässigt.

bb) Ansonsten zu berücksichtigende Interessen Dritter und der Allgemeinheit

Zudem besteht ein anerkannt schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit und des einzelnen Nutzers an einer möglichst ungehinderten Nutzung von Werken<sup>708</sup>. Dieses genießt nach Art. 14 Abs. 2 GG auch verfassungsrechtlichen Schutz und ist somit bei der Ausgestaltung des Eigentumsrechts am Werk zu berücksichtigen. Es genießt zudem nach Art. 27 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 menschenrechtlichen Schutz<sup>709</sup>.

Gegenstand dieses Interesses des Einzelnen an einem „*free flow of information*“ ist zum einen, über geäußerte Meinungen und Inhalte aller Art umfassend informiert zu werden<sup>710</sup>. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von dem „Interesse an einer schnellen und vollständigen Berichterstattung“ oder wiederum – wie dies häufig getan wird – von der Informationsfreiheit<sup>711</sup>. Dies wird durch das Urheberrechtsgesetz in den Regelungen der §§ 48 ff. über die freie Berichterstattung sowie durch

708 Vgl. BGH GRUR 1999, S. 707 (714) – Kopienversanddienst; bestätigt in BGH GRUR 2003, S. 956 (957) – Gies-Adler.

709 Nach Absatz 1 hat jeder das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben. Dieses Recht steht in einem eindeutigen Spannungsfeld zu dem nach Abs. 2 des Art. 27 verbürgten Menschenrechts: hiernach hat jeder auch das Recht auf Schutz seiner geistigen und materiellen Interessen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen.

710 Diesbezüglich hat das Bundesverfassungsgericht in der Kurzberichtserstattungs-Entscheidung (BVerfGE 97, S. 228 (257 ff.)) entschieden, dass das nach Art. 5 GG geschützte Interesse an der umfassenden Berichterstattung über Sachverhalte von allgemeinem Interesse, durch eine Monopolisierung (z. B. durch die Leistungsschutzrechte des Sendeunternehmens) bei nur einem einzelnen Rundfunkveranstalter gefährdet würde. Monopole seien im Informationssektor der freien Meinungsbildung abträglich, da sie uniforme Information begünstigten. Ein Eingriff in das Recht auf freie Kurzberichterstattung lag in dem dort entschiedenen Fall zwar schon deshalb nicht vor, da die Leistungsschutzrechte der Sendeanstalt durch die angegriffene Regelung im WDR-G nicht betroffen waren, sodass sich das Bundesverfassungsgericht über dieses Spannungsfeld gar nicht grundlegend geäußert hat (kurz hierauf eingegangen wird a. a. O., S. 264 f.). Dennoch heißt es hier ausdrücklich: „*Ob die Möglichkeit, die Fernsehübertragungsrechte an einer Veranstaltung oder einem Ereignis der in § 3 a WDR-G/LRG gemeinten Art zu veräußern, eine von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentumsposition darstellt, kann offen bleiben. Selbst wenn Art. 14 Abs. 1 GG durch die angegriffene Regelung berührt wäre, würde die Prüfung am Maßstab der Eigentumsgarantie nicht zu einem anderen Ergebnis führen als die Prüfung am Maßstab der Berufsfreiheit oder der allgemeinen Handlungsfreiheit.*“ Aus Sicht der letztgenannten Grundrechtsgarantien hatte man die Beschränkung des Monopolrechts vor dem Hintergrund des Informationsinteresses der Allgemeinheit als gerechtfertigt angesehen solange für die Kurzberichterstattung eine Vergütung geschuldet würde.

711 Vgl. statt vieler *Rehbinder*, Rdnr. 498 ff.; *Leinemann*, S. 97. Allerdings ist dieser Begriff in diesem Zusammenhang missverständlich, da das hiermit ausgedrückte Interesse nicht der eigentlichen Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG entspricht.

§ 5 UrhG über amtliche Werke und einige andere Vorschriften<sup>712</sup> berücksichtigt<sup>713</sup>. Hiermit eng verwandt ist das Interesse der Allgemeinheit „an der Befriedigung kultureller Bedürfnisse“<sup>714</sup> und an einer „ungehinderten Teilnahme am Geistesleben“, das durch die Schaffung gewisser Zugriffsmöglichkeiten auf geschützte Werke realisiert werden muss. Diesem Anliegen dient zuletzt auch die Begünstigung des privaten und sonstigen eigenen Gebrauchs<sup>715</sup>. Diese Interessen und die Notwendigkeit eines Ausgleichs mit den individuellen Belangen des Urhebers erkennt auch der Gesetzgeber an. In der Begründung für den Regierungsentwurf zur Gesetzesnovelle 1985 heißt es<sup>716</sup>:

„Kulturelle Schöpfung bedarf daher stets eines gegenseitigen Austauschs, eines Gebens und Nehmens. Dem Recht des Urhebers an der Nutzung seines Werkes steht daher das Recht der Allgemeinheit an dem ungehinderten Zugang zu den Kulturgütern gegenüber. Aufgabe des Urheberrechts ist deshalb auch, diese Interessen angemessen auszugleichen.“

Auf Seiten der Interessen der Allgemeinheit und der einzelnen Werknutzer ist weiterhin zu berücksichtigen, dass der Einzelne aufgrund seines durch Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein Interesse hat, vor einer Kontrolle seiner Privatsphäre geschützt zu werden<sup>717</sup>. Auch hieraus erwächst das Bedürfnis nach urheberrechtlichen Beschränkungen für Nutzungshandlungen im privaten Bereich (siehe v. a. § 53 UrhG). Wollte man diese kontrollieren oder unterbinden, wäre eine unverhältnismäßige Überwachung des privaten Bereichs unerlässlich<sup>718</sup>.

All diese Interessen sind durch das auf Art. 14 GG basierende ausschließliche Urheberrecht, teils nur aufgrund der Werkherrschaft, teils auch aufgrund der hiermit einhergehenden Vergütungspflicht oder den angestrebten Methoden zur Registrierung und Abrechnung urheberrechtlich relevanter Nutzungsvorgänge, betroffen. Gemäß Art. 14 Abs. 2 GG ist das Interesse der Allgemeinheit und der einzelnen Nutzer an einem möglichst ungehinderten Zugang zu und einer unkontrollierten Nutzung von urheberrechtlich geschützten Inhalten mithin zu berücksichtigen<sup>719</sup>.

Hiermit ist indessen nicht gesagt, dass dem Grundgesetz auch ein gesetzgeberischer Auftrag zu entnehmen wäre, der bei der Gestaltung des materiellen Urheberrechts in Bezug auf dessen Beschränkungen eine bestimmte Ausformung geböte.

712 Siehe *Rehbinder*, Rdnr. 499 – 515.

713 Vgl. auch BGH GRUR 1999, S. 707 (714) – Kopienversanddienst

714 BVerfG, GRUR 1990, S. 438 (441) – Bob Dylan.

715 *Schack*, Rdnr. 494; *Metzger/Kreutzer*, MMR 2001, S. 139 (139). Vgl. zur neueren Entwicklung auf diesem Gebiet, *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (198).

716 BT-Drcks. 10/837 vom 22.12.1983, S. 9.

717 BVerfG GRUR 1990, S. 183 (184) – Vermietungsvorbehalt.

718 BVerfG GRUR 1990, S. 183 (184) – Vermietungsvorbehalt. Siehe eingehend zum Spannungsfeld zwischen dem Schutz der Privatsphäre und dem Interesse des Urhebers an einer Kontrolle der Werknutzung BGHZ 17, S. 266 (277 ff.) – Grundig-Reporter.

719 BGH GRUR 1997, S. 459 (463) – CB-Infobank I; *Dreier/Schulze-Dreier*, § 53, Rdnr. 1; *Leinemann*, S. 101.

Eine abstrakte Antwort auf diese Frage scheint kaum möglich. Da eine detaillierte Erörterung im vorliegenden Kontext entbehrlich erscheint, soll im Ergebnis allein festgehalten werden, dass der Urheberrechtsschutz die genannten Interessen Dritter tangiert, die z. T. auch in den Schutzbereich verfassungs- oder grundrechtlich geschützter Güter fallen können.

Ist dies der Fall, wird dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum bei der Wahl der Mittel und der Entscheidung über den Ausgleich der Interessen eröffnet. Entscheidet er sich im Rahmen einer Interessenabwägung dem einen oder anderen Interesse den Vorzug zu gewähren, ist dies – auch wenn das überwiegende Interesse zu einer Einschränkung des Urheberrechts führt – verfassungsrechtlich grundsätzlich legitim<sup>720</sup>. Dies gilt jedenfalls bis zur Grenze des Kernbereichs.

## b) Maßstab für die Interessenabwägung

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung von Beschränkungen der Eigentumsfreiheit sind die verschiedenen Belange im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gegeneinander abzuwägen. Hierbei gilt: Je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Gefüge, ausgestattet mit sozialen Funktionen, steht, desto weitreichender sind gesetzliche Begrenzungen verfassungsmäßig gerechtfertigt<sup>721</sup>. Bei der Beurteilung sind gesellschaftliche und wirtschaftliche Verhältnisse unter Berücksichtigung ihrer Entwicklung in die Abwägung einzubeziehen. *„Die Grenzen der Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers sind nicht für alle Sachbereiche gleich und auch nicht ein für allemal starr festgelegt“*<sup>722</sup>.

Die Institutsgarantie bildet diesbezüglich die einzig rigide Schranken-Schranke<sup>723</sup>. Daneben verbleibt die Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Beschränkungen des Urheberrechts der Entscheidung im Einzelfall, wobei zu berücksichtigen ist, dass gerade auf dem Gebiet des Urheberrechts der sozialen Eingebundenheit den Gemeinwohlbelangen besonders große Bedeutung zukommt und

720 Die Problematik des Ausgleichs durch den Urheberrechtsschutz kollidierender Interessen wird an verschiedenen Stellen der Arbeit behandelt (siehe v. a. Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.C). Vgl. zudem unten, Teil 3, Kapitel 1, Punkt II.C), in dem die Problematik mit Blick auf die Rechtsanwendung unter dem Aspekt der Analogiefeindlichkeit der Schrankenvorschriften weiter vertieft wird. Hingewiesen sei an dieser Stelle v. a. auf die richtungsweisende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts „Germania 3“ (vgl. NJW 2001, S. 598 und hierzu Metzger, ZUM 2000, S. 924 ff., Näheres unten, Fn. 1463) Das Bundesverfassungsgericht hat hier ausdrücklich statuiert, dass bei Kollisionen von Urheberrecht und verfassungsrechtlich geschütztem Drittinteresse ein Vorrang des Letzterem bestehen kann, dem u. U. mit einer extensiven Anwendung von Schrankenvorschriften Rechnung zu tragen ist.

721 Vgl. etwa BVerfGE 95, 64 (84).

722 So das Bundesverfassungsgericht, vgl. BVerfGE 70, 191 (201); 95, 64 (84).

723 Pieroth/Schlink, Rdnr. 952.

dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt.

#### 4) Zwischenergebnis

Die Ausführungen zur verfassungsrechtlichen Dimension des Urheberrechts haben gezeigt, dass dies grundsätzlich durch die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG geschützt ist. Dennoch belässt die Verfassung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf dem Gebiet des Urheberrechts zumindest hinsichtlich Ausgestaltung, Wahl der Rechtsform und Dauer der Rechte einen weit reichenden Spielraum. Die Institutsgarantie setzt diesem zwar gewisse Grenzen, bedingt jedoch letztlich nur einen minimalen Grundbestand von Normen und hat so bislang kaum eine Bedeutung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erlangt<sup>724</sup>. Grenzen für die gesetzgeberische Ausgestaltungsfreiheit ergeben sich hieraus nur für die Zuordnung des Urheberrechts, was nicht bedeutet, dass in dem Schöpferprinzip die einzige Zuordnungsregel liegt, die mit der Eigentumsfreiheit vereinbar wäre.

Die Bindungen aus der Bestandsgarantie sind dagegen enger. Für den Fall eines Entzuges oder einer Beschränkung bereits erworbener Eigentumspositionen durch Neuregelungen wurde in der Vergangenheit daher zumeist mit Übergangsvorschriften gearbeitet, die derartige Eingriffe abmilderten<sup>725</sup>. Jedenfalls ist es möglich, durch Gesetzesänderungen, wenn dies aus Gründen des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt erscheint, in die bisherigen Rechte und Rechtsverhältnisse beschränkend einzugreifen<sup>726</sup>, ohne hierdurch den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum zu überschreiten. Die Eigentumsgarantie gebietet es nicht, einmal ausgestaltete Rechtspositionen für alle Zukunft in ihrem Inhalt unangetastet zu lassen<sup>727</sup>. Selbst die völlige Beseitigung bisher bestehender, durch die Eigentumsgarantie geschützter Rechte kann unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein<sup>728</sup>.

Im Vergleich zu den Bindungen, die das traditionelle Verständnis vom Leitbild des Urheberrechts unter Zugrundelegung der Lehre vom geistigen Eigentum und der ideell geprägten Naturrechtslehre *Hartmanns* entfaltet, stellt sich die deutsche Verfassung also als flexibler dar. Angesichts der stetigen Veränderung der Rechtstatsachen und damit auch des urheberrechtlichen Schutzbereichs<sup>729</sup> drängt sich die Frage

724 *Pieroth/Schlink*, Rdnr. 952.

725 Vgl. die §§ 129 ff. UrhG.

726 BVerfGE 70, 191 (201 f.).

727 BVerfGE 83, 201 (212).

728 BVerfGE 78, 58 (75).

729 Vgl. die Ausführungen in Teil 2.

auf, ob nicht ein differenzierendes Schutzkonzept sinnvoll wäre, das naturrechtlich geprägte Schutzgedanken jedenfalls in solchen Konstellationen ausblendet, in denen diese sinnwidrig sind und das in diesem Bereich allein auf der Eigentumsgarantie fundiert<sup>730</sup>.

B) Vorgaben aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG an die Ausgestaltung des Urheberrechts

### 1) Verfassungsrechtliche Einordnung des Urheberpersönlichkeitsrechts

Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1, GG garantieren nach ganz h. M. in Literatur und Rechtsprechung das Urheberpersönlichkeitsrecht<sup>731</sup> in dessen unterschiedlichen Ausprägungen<sup>732</sup>. Der Schutz der ideellen Interessen des Urhebers am Werk basiert also nicht nur auf dem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG, sondern ebenfalls auf dem absoluten Schutz der Menschenwürde<sup>733</sup>. Nur aus der Gesamtbetrachtung dieser beiden Grund-

730 Vgl. hierzu die Ausführungen in Teil 3, Kapitel 1; Teil 4, Kapitel 1.

731 Vgl. BGH GRUR 1955, S. 201 (204) – Cosima Wagner und die ganz h. M., statt vieler *Rehbinder*, Rdnr. 136; *Schack*, Rdnr. 44, 81, *Loewenheim-Vogel*, S. 15. Vgl. weiter die Nachweise oben, Fn. 556. Daneben kann in einzelnen Fällen auch die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG die verfassungsrechtliche Grundlage für urheberpersönlichkeitsrechtliche Belange darstellen. Diese Fälle sollen an dieser Stelle jedoch nicht vertieft werden. Die hieraus erwachsene verfassungsrechtliche Dimension für den Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts ist von eher untergeordneter Bedeutung. Vgl. hierzu *Fechner*, S. 258 ff. (259). Interessanter scheint die Frage, unter welchen Umständen die Kunstfreiheit ein dem Urheberrechtsschutz entgegenstehendes Interesse darstellt. Vgl. hierzu BVerfG NJW 2001, S. 598 (598) – *Germania 3* sowie *Metzger*, ZUM 2000, S. 924 ff. und unten, Fn. 1463.

732 Nach einer Ansicht im Schrifttum wird es den Facetten der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzvorschriften nicht gerecht, diese pauschal dem Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG zuzurechnen. Hiernach überschneiden sich die verfassungsrechtlichen Schutzbereiche ebenso wie die der urhebergesetzlichen Schutznormen. Eine klare verfassungsrechtliche Trennung zwischen dem Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG einerseits und dem des Art. 14 Abs. 1 GG andererseits wird hiernach kaum möglich sein, da die persönlichkeitsrechtlichen Schutznormen zumeist eine Doppelfunktion aufweisen und nicht nur ideelle, sondern auch vermögensrechtliche Gesichtspunkte in sich tragen, vgl. wegweisend *Schricker* in FS GRUR Bd. II, S. 1095 ff., Rdnr. 54. *Metzger*, S. 79 f., folgert hieraus eine Verknüpfung von verfassungsrechtlichem Eigentums- und Persönlichkeitsschutz. Eine strikte Trennung beider Positionen verbiete sich. Komme persönlichkeitsrechtlichen Positionen im jeweiligen Fall wirtschaftliche Bedeutung zu (etwa im Falle der Erstveröffentlichung als Ausgangspunkt der Verwertung eines Werkes), sei auch der Schutzbereich von Art. 14 GG eröffnet.

733 Ob diese pauschale Einordnung der Urheberpersönlichkeitsrechte unter die grundrechtliche Garantie zutreffend ist, wird neuerdings angezweifelt. Nach *Metzger*, S. 75 ff. müssen dage-

rechtspositionen und deren Schranken kann sich das Maß der möglichen Einschränkungen des Urheberpersönlichkeitsrechts ergeben<sup>734</sup>.

Anders als im Bereich der Vermögensrechte liegen zu den verfassungsrechtlichen Zusammenhängen des Urheberpersönlichkeitsrechts bislang kaum höchstrichterliche Entscheidungen vor. Um Inhalt und Umfang der Anforderungen von Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG an die positivrechtliche Ausgestaltung des Schutzes ideeller Interessen des Urhebers am Werk zu ergründen, soll die Untersuchung sich zunächst an der Judikatur zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (aPR) orientieren (siehe Punkt 2). Das Bundesverfassungsgericht hat den Schutzbereich und die Eingriffsproblematik des aPR in einer Fülle von Entscheidungen behandelt<sup>735</sup>. Ausgehend von der engen Verwandtschaft der beiden Rechte soll dann unter Punkt 3) versucht werden, die zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht gewonnenen Erkenntnisse für die verfassungsrechtliche Herleitung des Urheberpersönlichkeitsrechts fruchtbar zu machen.

gen die einzelnen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Positionen jeweils auf ihren verfassungsrechtlichen Gehalt hin überprüft werden. Siehe soeben in Fn. 732.

734 Dennoch unterscheidet sich der Schutz, den Art. 2 Abs. 1 GG einerseits und Art. 1 Abs. 1 GG andererseits in Bezug auf die des Urheberpersönlichkeitsrechts entfalten, durchaus. Dies zeigt sich besonders am postmortalen Urheberpersönlichkeitschutz. Nach der Rechtsprechung des BVerfG endet der persönlichkeitsrechtliche Schutz der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Tod (BVerfGE 30, 173 (193) – Mephisto). Dieses Grundrecht stehe nur lebenden, handlungsfähigen Personen zu (kritisch insoweit *Fechner*, S. 418). Dagegen vermittelt die Menschenwürde auch dem Verstorbenen fortwirkenden Schutz (BVerfG, ebd.). „*Es dürfte mit dem verfassungsverbürgten Schutz der Menschenwürde, das allen Grundrechten zugrunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personenseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte*“ heißt es in dem Mephisto-Beschluss. Aus diesem wesentlichen Unterschied zwischen den beiden Grundrechten aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG in Bezug auf den Urheberpersönlichkeitsrechtsschutz wird gefolgert, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG das Persönlichkeitsrecht zwar mit dem Tod ende, aus der Menschenwürde indes ein postmortaler Persönlichkeitschutz abgeleitet werden könne, der insbesondere gegen die grobe Entstellungen des Lebensbildes und Schaffens eines Verstorbenen schütze (so *Fechner*, S. 416).

735 Vgl. etwa BVerfGE 27, 344 (350 ff.); 34, 269 (281 ff.); 54, 148 (153 ff.); 65, 1 (41 ff.).

## 2) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

### a) Der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die Würde des Menschen, die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen<sup>736</sup>. Es ergänzt als „unbenanntes Freiheitsrecht“ die speziellen („benannten“) Freiheitsrechte, indem es persönlichkeitsrechtliche Belange schützt, die sich durch konkrete Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen<sup>737</sup>. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht hat sowohl eine grundrechtliche<sup>738</sup> als auch eine zivilrechtliche Dimension<sup>739</sup>. Es entfaltet somit Schutz auch zwischen Privatrechtssubjekten<sup>740</sup>. Beide Aspekte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts weisen – ähnlich dem oben beschriebenen Verständnis von der Eigentumsgarantie – nicht nur z. T. unterschiedliche Funktionen, sondern mitunter auch einen unterschiedlichen Umfang auf<sup>741</sup>.

Zivilrechtlich schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht, wo spezielle Schutzrechte nicht vorhanden oder nicht ausreichend sind<sup>742</sup>, und tritt so ergänzend neben die besonderen Persönlichkeitsrechte (Ergänzungsfunktion)<sup>743</sup>. Das Urheberpersönlichkeitsrecht ist *lex specialis* gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht<sup>744</sup>. Es schützt den Urheber in seinen geistigen Beziehungen zu einem bestimmten<sup>745</sup>, bereits geschaffenen<sup>746</sup> Werk. Hiervon nicht erfasste Interessen unterfallen – soweit gem. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG geschützt und nicht einem anderen speziellen Per-

736 BVerfGE 54, 148 (153).

737 BVerfGE 54, 148 (153).

738 Vgl. BGHZ 13, 334 (338) – Leserbriefe; v. Münch/Kunig, Art. 2, Rdnr. 30 f.

739 Vgl. zu dieser Doppelbedeutung des Begriffs aPR auch Jarass, NJW 1989, S. 857 (858).

740 BVerfGE 34, 269 (281 f.); BGHZ 24, 72 (76) – Krankenpapiere; BGH GRUR 1971, 525 (526) – Petite Jaqueline.

741 Z. B. ist die Sicherung der Unverletzlichkeit der Wohnung zwar Gegenstand des privatrechtlichen (vgl. Jarass, NJW 1989, S. 857 (858)), nicht aber des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, da auf Grundrechtsebene Art. 13 GG eingreift und Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG verdrängt, vgl. BVerfG NJW 1979, S. 1539 (1539).

742 Palandt/Sprau, § 823, Rdnr. 84 f.; Arnold, S. 72.

743 Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 172. Eingehend im Einzelnen auch Bullinger, Kunstwerkfälschung, S. 130 ff. für eine Ergänzungsfunktion des aPR bei den Künstlerpersönlichkeitsrechten spricht sich Rüßl, S. 170 aus.

744 Schricker/Dietz, vor §§ 12 ff., Rdnr. 15; Schack, Rdnr. 45; Rehbinder, UFITA 66 (1973), S. 125 (145 f.); Fromm/Nordemann-Hertin, vor § 12, Rdnr. 8.

745 Zu der Frage, ob das Urheberpersönlichkeitsrecht den Schöpfer auch vor persönlichkeitsrechtlich relevanten Eingriffen in sein gesamtes Werkschaffen schützt, vgl. BGH GRUR 1995, S. 668 ff. – Emil Nolde.

746 Nicht dagegen den Prozess des Werkschaffens, vgl. Schricker/Dietz, vor §§ 12 ff., Rdnr. 16.

sönlichkeitsrecht zugeordnet – dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht<sup>747</sup>. Die zivilrechtlichen Zusammenhänge zwischen allgemeinem Persönlichkeitsrecht und Urheberpersönlichkeitsrecht sollen hier jedoch nicht näher beschrieben werden. Wenn im Folgenden vom „allgemeinen Persönlichkeitsrecht“ die Rede ist, wird darunter die grundrechtliche Dimension des aPR verstanden.

Urheberpersönlichkeitsrecht und allgemeines Persönlichkeitsrecht haben gemeinsame verfassungsrechtliche Wurzeln. Wie sich das grundrechtliche Abhängigkeitsverhältnis der beiden Rechte dagegen im Einzelnen verhält ist umstritten<sup>748</sup>. Es wird einerseits vertreten, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht eine besondere Erscheinungsform, also ein Ausschnitt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sei. Aufgrund seiner Funktion als umfassendes „Quellrecht“, aus dem heraus sämtliche persönlichkeitsrechtlichen Belange geschützt werden<sup>749</sup>, gewährt das aPR – nach dieser Ansicht unter anderem<sup>750</sup> – auch das Urheberpersönlichkeitsrecht als eine „besondere Erscheinungsform“, einen speziellen Ausschnitt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>751</sup>. Diese Ansicht vertreten der Bundesgerichtshof<sup>752</sup> und die h. M. in der Literatur<sup>753</sup>. Auch der Gesetzgeber scheint hiervon auszugehen<sup>754</sup>. Nach anderer Ansicht stehen beide Rechte, obgleich aus den gleichen Normen des Grundgesetzes hergeleitet, selbstständig nebeneinander<sup>755</sup>. Die Entscheidung dieses Meinungsstreits kann hier dahinstehen. Aufgrund der unstreitig identischen verfassungsrechtlichen Herleitung von aPR und UPR aus den Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG ergeben sich auch gleiche verfassungsrechtliche Anforderungen an deren Beschränkung. Beide Ansichten

747 *Fechner*, S. 267. Beispiele für diese „Auffangfunktion des aPR“ siehe bei *Schack*, Rdnr. 45; *Schricker/Dietz*, vor §§ 12 ff., Rdnr. 15 f.

748 Umfassend zu diesem Streit *Osenberg*, S. 10 ff. und *Fechner*, S. 266.

749 BGHZ 24, 72 (78) – Krankenpapiere; ähnlich *Wronka*, UFITA 69 (1973), S. 71 (75 ff.); ablehnend *Schack*, Rdnr. 44.

750 Ebenfalls als Schutzgüter des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wurden im Rahmen der Einzelfalldogmatik des BVerfG unter anderem herausgearbeitet: das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person (BVerfGE 35, 202 (219 ff.)); das Recht am eigenen Bild und am gesprochenen Wort (BVerfGE 34, 238 (246)); das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (BVerfGE 65, 1 (41 ff.)); das Abwehrrecht gegen die Unterschlebung nicht getaner Äußerungen (BVerfGE 34 269 (282 ff.) – Soraya). Vgl. hierzu ausführlich BVerfGE 54, 148 (154).

751 Vgl. etwa BGHZ 13, 334 (339) – Leserbriefe; kritisch *Schack*, Rdnr. 44. Nach BGH GRUR 1971 S. 525 (526) – Petite Jaqueline, m. Anm. *Kleine*, wurden daher Schadensersatzansprüche für die Verletzung der Urheberpersönlichkeit, welche vor dem Inkrafttreten des UrhG stattgefunden hatten, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht hergeleitet.

752 GRUR 1955, S. 197 (198) – Hjalmar Schacht (= Leserbriefe); GRUR 1971 S. 525 (526) – Petite Jaqueline, m. Anm. *Kleine*.

753 *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 12; ders. GRUR 1991, S. 645 (646); v. *Gamm*, Einleitung, Rdnr. 93; *Ulmer*, § 6 III 1; *Arnold*, S. 72; *Fechner*, S. 274.

754 In den Motiven, UFITA 45 (1965 II), S. 240 (258), ist die Rede von der „Zugehörigkeit des Urheberpersönlichkeitsrecht zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht“.

755 *Schack*, Rdnr. 44. So wohl auch *Schricker/Dietz*, vor §§ 12 ff., Rdnr. 14.

sind sich zudem einig, dass die beiden Formen grundrechtlichen Persönlichkeitschutzes sehr eng zusammenhängen. Letztlich ist daher aus Sicht des Verfassungsrechts eine Unterscheidung von allgemeinem Persönlichkeitsrecht und Urheberpersönlichkeitsrecht nicht von Bedeutung. Das Urheberpersönlichkeitsrecht stellt keine eigenständige verfassungsrechtlich geschützte Position dar<sup>756</sup>. Die vom Bundesverfassungsgericht durch das Volkszählungs- und andere Urteile herausgearbeiteten Grundsätze des (grundrechtlichen) allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind daher jedenfalls vom Sinngehalt auch auf das Urheberpersönlichkeitsrecht anwendbar<sup>757</sup>.

#### b) Verfassungsrechtlicher Schutzauftrag gegenüber dem Staat bei der Gewährung und der Ausgestaltung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Das aPR wirkt wie eine objektive Schutznorm und verlangt damit gesetzgeberische und administrative Vorkehrungen mit dem Ziel, Beeinträchtigungen von Seiten Dritter vorzubeugen<sup>758</sup>. Dieser Schutzauftrag hat neben der objektivrechtlichen auch eine subjektivrechtliche Dimension, die dem Einzelnen einen Schutzanspruch gewährt<sup>759</sup>. Verletzt der Staat seinen Schutzauftrag, so verletzt er grundsätzlich auch das betreffende subjektive Grundrecht, wogegen sich der Betroffene mit der Verfassungsbeschwerde wehren kann<sup>760</sup>. Die Folge kann dann eine Verpflichtung des Gesetzgebers sein, das unzureichend geschützte Rechtsgut einer Neuregelung zuzuführen<sup>761</sup>.

Diese Grundsätze, die das Bundesverfassungsgericht zu den Gütern Leben und Gesundheit entwickelt hat, lassen sich auch auf die anderen durch Art. 2 Abs. 1 und 2 Abs. 2 Satz 2 GG garantierten Freiheitsgrundrechte und insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die damit umfassten Rechtspositionen übertragen<sup>762</sup>.

756 *Fechner*, S. 274 f.

757 So auch *Arnold*, S. 73 ff. Mit dem Tod des Urhebers entfällt indes die grundrechtliche Absicherung des Urheberpersönlichkeitsrechts durch Art. 2 Abs. 1 GG (BVerfGE 30, 173 (193) – Mephisto; vgl. hierzu oben, Fn. 734).

758 Vgl. BVerfGE 34, S. 269 (281 f.); 79, S. 51 (63 ff.); 83, S. 130 (140); v. *Münch/Kunig*, Art. 2, Rdnr. 40; *Sachs/Murswiek*, Art. 2, Rdnr. 25.

759 Vgl. *Sachs/Murswiek*, Art. 2, Rdnr. 24 f.

760 BVerfGE 77, S. 170 (214).

761 Realisiert hat sich dies z. B. bei der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Vorschriften der Gegendarstellung, vgl. BVerfGE 63, S. 131 (142 f.); 73, S. 118 (199/201). Dieses Recht, dass das Gericht als aus Gründen des Persönlichkeitsrechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) geboten ansieht, um dem Einzelnen die Selbstbestimmung über die Darstellung seiner Person in der Öffentlichkeit zu gewährleisten, wurde in Bezug auf verschiedene Punkte als verfassungswidrig beurteilt, da es keinen ausreichenden Schutz dieser Grundrechtsposition gewährleiste.

762 *Sachs/Murswiek*, Art. 2, Rdnr. 25.

Die hieraus zu ziehenden Schlüsse beziehen sich damit auch auf das Urheberpersönlichkeitsrecht.

Der sich aus Art. 2 Abs. 1 GG ergebende verfassungsrechtliche Schutzauftrag hat zwei Dimensionen. Zum einen ergibt sich hieraus eine materiellrechtliche Verpflichtung für den Gesetzgeber, die Verletzung grundrechtlicher Schutzgüter durch Dritte generell zu verbieten (Frage nach der Schutzgewähr). Zum anderen wird dem Staat auferlegt, diese Verbote auch effektiv durchzusetzen<sup>763</sup> (Frage nach der Schutzverwirklichung).

Hinsichtlich des Regelungsermessens gelten bei den beiden Dimensionen des Schutzauftrags unterschiedliche Maßstäbe. Die Pflicht zur Schutzgewähr gebietet dem Gesetzgeber Verletzungen grundrechtlich geschützter Positionen durch (private) Dritte vom Staat zwingend zu verhindern<sup>764</sup>. Sie stellt damit das Äquivalent zu der Pflicht dar, staatliche Eingriffe zu unterlassen. Stehen solche Eingriffe von Seiten Dritter im Raum, hat der Staat kein Handlungsermessens; er muss diese unterbinden.

Die Pflicht zur Schutzverwirklichung ist dagegen flexibler. Die staatlichen Organe und damit auch der Gesetzgeber sind grundsätzlich frei, mit welchen Mitteln sie den Schutz realisieren<sup>765</sup>. Sie befinden darüber, welche Schutzmaßnahmen zweckdienlich und geboten sind, um den verfassungsrechtlichen Schutzaufträgen und -pflichten Gestalt zu verleihen<sup>766</sup>. Dieser Gestaltungsspielraum kann sich allenfalls dann auf eine einzige Maßnahme verengen, wenn diese als zum effektiven Schutze des Rechtsgutes einzig in Betracht kommt.

Man kommt damit zu ähnlichen Ergebnissen wie bei der Eigentumsgarantie. Hinsichtlich des „Ob“ der zu schaffenden Regelungen zu einzelnen grundrechtlich geschützten Positionen ist der Gesetzgeber durch die Verfassung streng gebunden. Er hat für den Schutz zu sorgen. Die Nichtregelung, das gesetzgeberische Unterlassen, kann einen Verstoß gegen den staatlichen Schutzauftrag bedeuten. Bei der Ausgestaltung des Schutzes, z. B. hinsichtlich dessen Intensität oder anderer Faktoren, verbleibt dem Gesetzgeber hingegen ein weiter Ermessensspielraum.

### c) Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Aufgrund der kumulativen Herleitung des Persönlichkeitsrechtsschutzes aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG unterliegt das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht

763 *Sachs/Murswiek*, Art. 2, Rdnr. 27.

764 Vgl. hierzu und zu Nachstehendem die ausführlichen Erörterungen bei *Sachs/Murswiek*, Art. 2, Rdnr. 29 ff.

765 BVerfGE 46, S. 160 (164 f.) – Schleyer.

766 BVerfGE 46, S. 160 (164 f.) – Schleyer.

der strikten Schrankenlosigkeit des Schutzes der Menschenwürde. Vielmehr markiert die Unantastbarkeit der Menschenwürde die äußerste Grenze zulässiger gesetzgeberischer Eingriffe<sup>767</sup>. Innerhalb dieser Grenzen sind gesetzliche Einschränkungen insoweit zulässig, als sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der sonstigen verfassungsmäßigen Ordnung genügen<sup>768</sup>. Ein Eingriff in den Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wäre wegen des hiermit einhergehenden Eingriffs in die Menschenwürde verfassungswidrig. Den Wesensgehalt des aPR nicht betreffende Maßnahmen sind dagegen bei Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig. In diesem Bereich kommt dem Gesetzgeber ein erhebliches Regelungsmerksens zu.

#### d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von staatlichen Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Das Bundesverfassungsgericht beurteilt die Zulässigkeit von Eingriffen in den geschützten Bereich der individuellen Persönlichkeit nach deren Intensität für den Betroffenen. H. M. und Rechtsprechung differenzieren zwischen verschiedenen Sphären persönlicher Lebensgestaltung auf die sich Eingriffe mit unterschiedlicher Intensität auswirken („Sphärentheorie“)<sup>769</sup>. Auch das Bundesverfassungsgericht unterscheidet im Rahmen der Eingriffsproblematik begrifflich verschiedene Sphären<sup>770</sup> privater Lebensgestaltung<sup>771</sup>, ohne indes diesbezüglich einer einheitlichen Terminologie zu folgen<sup>772</sup>.

Die „Intimsphäre“<sup>773</sup> ist ein für den Staat „*unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung, welcher der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist*“<sup>774</sup>.

767 v. Münch/Kunig, Art. 1, Rdnr. 10 m. w. Nachw. Somit verstärkt der Schutz der Menschenwürde das Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit im Bereich der Persönlichkeitsrechte, vgl. Jarass, NJW 1989, S. 857 (857).

768 Vgl. zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht in der Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung BVerfGE 65, 1 (43 ff.); 78, 77 (85 ff.); BGH, NJW 1991, S. 1532 (1533) und zum Urheberpersönlichkeitsrecht *Rehbinder*, Rdnr. 136.

769 Vgl. statt vieler *Staudinger/Hager*, § 823, Abschnitt C, Rn. 187 ff. m. w. Nachw.

770 Vorrangig unterschieden werden die Privatsphäre und die Intimsphäre. Manche Autoren wollen hiervon noch eine dritte Ebene der Eingriffsintensität unterscheiden. Als „Individual- oder Sozialsphäre“ wird mitunter ein öffentlichkeitsnaher Bereich mit relativ geringerer Sensibilität gegenüber Eingriffen bezeichnet. Vgl. hierzu *Geis*, JZ 1991, S. 112 (112). Vgl. auch *Palandt/Sprau*, § 823, Rdnr. 87: „Die Individualsphäre schützt das Selbstbestimmungsrecht und bewahrt die persönliche Eigenart des Menschen in seinen Beziehungen zur Umwelt, seinem öffentlichen wirtschaftlichen, beruflichen Wirken.“

771 Vgl. BVerfGE 34, 238 (245 f.); 38, 312 (320).

772 Kritisch daher: v. Münch/Kunig, Art. 2, Rdnr. 41.

773 Vgl. *Jarass/Pieroth*, Art. 2, Rdnr. 62.

Eingriffe sind per se und unabhängig von jeglicher Interessen- oder Güterabwägung nicht zu rechtfertigen, da in diesem Bereich dem unbeschränkbar Schutz der Menschenwürde besonderes Gewicht zukommt. Als Intimsphäre wird der besonders sensible Bereich der Privatsphäre bezeichnet und damit der Wesensgehalt, der Kernbereich<sup>775</sup> des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>776</sup>.

Weniger sensibel gegenüber Eingriffen ist die (sonstige) Privatsphäre<sup>777</sup>. Außerhalb des Kernbereichs privater Lebensgestaltung geht der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts weniger weit, sodass Eingriffe nicht generell unzulässig sind<sup>778</sup>. Der „*gemeinschaftsbezogene und gemeinschaftsgebundene Bürger*“ müsse staatliche Maßnahmen hinnehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes getroffen werden<sup>779</sup>. Somit erstreckt sich die Privatsphäre – gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bildberichterstattung räumlich betrachtet<sup>780</sup> – u. U. auch über den häuslichen Raum auf Bereiche der Öffentlichkeit, die erkennbar abgeschieden sind<sup>781</sup>.

774 BVerfGE 6, 34 (41); 27, 1 (6); 27, 344 (350); 34, 238 (245), 80, 367 (373 f.). Den konkreten Schutzzumfang der Intimsphäre hat das BVerfG allerdings bis heute nicht bestimmt, da hierfür noch nie Notwendigkeit bestand, vgl. *Pieroth/Schlink*, Rdnr. 376.

775 Näheres hierzu vgl. bei *Geis*, JZ 1991, S. 112 (112 f.).

776 BVerfGE 80, 367 (373 f.).

777 Die Intimsphäre ist nach der Terminologie des Bundesverfassungsgerichts Bestandteil der Privatsphäre (vgl. BVerfGE 38, 312 (32): „*Die Untersuchungsergebnisse gehören nicht zum unantastbaren Bereich der Privatsphäre, der nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG jedem Zugriff der öffentlichen Gewalt entzogen ist.*“).

778 BVerfGE 27, 1 (7); 27, 344 (351); 32, 365 (379); 34, 238 (246); 35, 35 (39 f.).

779 BVerfGE 34, 238 (246).

780 Nach BVerfGE 101, S. 361 (382) – Prinzessin Caroline von Monaco, ist die Sphärentheorie aber nicht allein räumlich zu verstehen. Hier heißt es: „*Im Unterschied zum Recht am eigenen Bild bezieht sich der Schutz der Privatsphäre, der ebenfalls im allgemeinen Persönlichkeitsrecht wurzelt, nicht speziell auf Abbildungen, sondern ist thematisch und räumlich bestimmt. Er umfasst zum einen Angelegenheiten, die wegen ihres Informationsinhalts typischerweise als „privat“ eingestuft werden, weil ihre öffentliche Erörterung oder Zurschaustellung als unschicklich gilt, das Bekanntwerden als peinlich empfunden wird oder nachteilige Reaktionen der Umwelt auslöst, wie es etwa bei Auseinandersetzungen mit sich selbst in Tagebüchern, bei vertraulicher Kommunikation unter Eheleuten, im Bereich der Sexualität, ... der Fall ist.*“

781 Vgl. BVerfGE 101, S. 361 (auch 383 ff.), 1. Leitsatz – Prinzessin Caroline von Monaco.

### 3) Übertragung der für das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewonnenen Erkenntnisse auf das Urheberpersönlichkeitsrecht

#### a) Prüfungsfolge für Eingriffe in das Urheberpersönlichkeitsrecht

Ausgehend von der Eingriffsproblematik beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht könnte man in Bezug auf das Urheberpersönlichkeitsrecht folgende Schlüsse ziehen: Die Eröffnung und die Intensität des grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes hängen vom Vorliegen und vom Maß der persönlichen und geistigen Beziehungen des Urhebers zum Werk, mithin von der Schutzbedürftigkeit der persönlichkeitsrechtlichen Belange selbst, ab<sup>782</sup>. Wie sich an den Ausführungen in Kapitel 1 gezeigt hat, kann die Beurteilung dieser Frage, gerade angesichts moderner Werkformen, von Fall zu Fall sehr stark variieren<sup>783</sup>.

Für die Eingriffsproblematik ergibt sich weiterhin Folgendes: Da das Urheberpersönlichkeitsrecht ebenso wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG hergeleitet wird, gelten auch hier die allgemeinen, oben zum aPR dargestellten, verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit von Eingriffen. Auch das Urheberpersönlichkeitsrecht ist nicht unantastbar<sup>784</sup>, sondern kann gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG durch Gesetz eingeschränkt werden<sup>785</sup>. Eingriffe sind zulässig, wenn sie dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit genügen<sup>786</sup> und solange sie nicht eine Verletzung der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG oder der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG nach sich ziehen<sup>787</sup>. In einer Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht auch für das Urheberpersönlichkeitsrecht entschieden, dass die Beurteilung, ob eine Beschränkung des Rechts mit Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG im Einklang steht, am Einzelfall im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung getroffen werden muss<sup>788</sup>.

Konkret ausgedrückt könnte, um einen Rahmen verfassungsrechtlich gerechtfertigter Eingriffe zu skizzieren, auch hier nach Sphären unterschieden werden und in diesem Zusammenhang, ob überhaupt eine persönliche Sphäre betroffen ist, und wenn, wie nah diese dem Kernbereich des Persönlichkeitsschutzes steht (Intim-, Pri-

782 Ähnlich *Arnold*, S. 75 zum UPR, der hier im Rahmen der Sphärentheorie argumentierend, die Ansicht vertritt, dass die Intimsphäre des Urhebers bei Eingriffen in sein UPR nur dann berührt wird, wenn dessen Beziehungen zum Werk typischerweise besonders intensiv seien.

783 So auch *Fechner*, S. 256.

784 Siehe hierzu *Arnold*, S. 73.

785 Siehe zum aPR: BVerfGE 32, 373 (379); 34, 238 (246); v. *Münch/Kunig*, Art. 2, Rdnr. 41.

786 *Rehbinder*, Rdnr. 136; BVerfGE 65, 1 (43 ff.); 78, 77 (85 ff.).

787 BVerfGE 80, S. 367 (373 f.).

788 BVerfG, NJW 2001, S. 600 (600) – Urheberschutz und Kunstfreiheit bei Filmproduktionen.

vat- oder Individualsphäre). Da diese Abgrenzung in Bezug auf das Urheberrecht jedenfalls terminologisch nicht passt, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls inwiefern den für das aPR entwickelten Sphären Implikationen für den Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts entnommen werden können. Genauer, ob man hieraus abstraktere Aussagen über die Zulässigkeit von Einschränkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ableiten kann, die auf das Urheberpersönlichkeitsrecht übertragen werden könnten.

Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist zu entnehmen, dass der geschützte Lebensbereich umso sensibler gegenüber Eingriffen ist, je eher diese als eine Beeinträchtigung der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG zu werten sind. Überführt man diese Grundsätze in die Materie des Urheberrechts, ist zu prüfen, inwiefern ein Eingriff in das Urheberpersönlichkeitsrecht, also eine Beeinträchtigung des Werkes, auch einen Eingriff in die Persönlichkeit des Urhebers selbst bedeutet. Da das Werk von der Person des Urhebers verschieden – ein „Eigenwesen“, ein immaterielles Gut – ist<sup>789</sup>, kann ein verfassungsrechtlich begründeter Persönlichkeitsrechtsschutz des Werkes als Teil der Persönlichkeit allenfalls dann greifen, wenn das Werk ein gewisses Maß derart „extrahierter Individualität“ auch enthält, sofern das Werk also als „Emanation der Schöpferpersönlichkeit“<sup>790</sup> zu qualifizieren ist.

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnis bietet es sich an, das Urheberpersönlichkeitsrecht potenziell beeinträchtigende Maßnahmen in einem vierstufigen Prüfungsaufbau auf deren Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG zu untersuchen.

Zunächst ist in einem ersten Schritt festzustellen, ob Persönlichkeit und Werk überhaupt eine Verbindung erkennen lassen. Nur wenn ein solches Verhältnis als gegeben anzusehen ist, kann ein Eingriff in sein Werk den Urheber auch in seinem Persönlichkeitsrecht treffen. Erst dann ist, mit anderen Worten, der Schutzbereich des verfassungsrechtlichen Urheberpersönlichkeitsrechtsschutzes überhaupt eröffnet. Ist dies nicht der Fall, kann ein Eingriff in ein nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG geschütztes Grundrecht nicht vorliegen.

Kann eine persönliche Beziehung zwischen Schutzobjekt und -subjekt festgestellt werden, ist auf zweiter Stufe zu prüfen, wie intensiv diese Beziehungen sind. Hieraus ergibt sich ein starker Anhaltspunkt für die Nähe des Werkes (als Ausdruck persönlicher Züge des Schöpfers) zu der durch Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG geschützten Person des Urhebers. Bezogen auf die Dogmatik zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht steht diesem Prüfungspunkt die Zuordnung zu den einzelnen Sphären gleich, womit ein erstes, recht grobes Raster für die Rechtfertigungsproblematik gesetzt wird. Bei höchstpersönlichen Werken, z. B. einem Tagebuch<sup>791</sup>, liegt dann u. U.

789 Vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 30.

790 Wie es *Delp*, Abschnitt II, Rdnr. 1 ausdrückt.

791 Sofern dies überhaupt schutzfähig ist. Dies ist der Fall, wenn es nicht nur alltägliche Aufzeichnungen, sondern individuelle Formulierungen und Gedankengänge enthält, vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 90 m. w. Nachw. Fehlt es an der Schutzfähigkeit, kann sich ein

auch eine Zugehörigkeit zum Kernbereich des Persönlichkeitsrechts (oder der Intimsphäre) im Bereich des Möglichen<sup>792</sup>.

In einem dritten Schritt ist die Eingriffsintensität an der beschränkenden Maßnahme zu messen. Nicht jeder Eingriff in ein höchstpersönliches Werk wirkt zwangsläufig so schwer, dass von einer nicht zu rechtfertigenden Verletzung der Intimsphäre auszugehen ist. Vielmehr sind hier graduelle Unterschiede denkbar.

Auf vierter Ebene muss dann der Eingriff anhand der Grundsätze des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf seine Rechtfertigung überprüft werden, wobei u. U. auf die von Bundesgerichtshof<sup>793</sup> und Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kriterien zur Zulässigkeit von Eingriffen in die persönliche Lebensgestaltung zurückgegriffen werden kann<sup>794</sup>. Wie sich an § 5 UrhG zeigt, der bestimmt, dass an amtlichen Werken keine urheberrechtlichen Befugnisse bestehen<sup>795</sup>, kann sich schließlich durchaus ergeben, dass das allgemeine Interesse an der Veröffentlichung bestimmter Inhalte so bedeutend einzuschätzen ist, dass es gegenüber jedem entgegenstehenden Interesse des Schöpfers überwiegt<sup>796</sup>.

b) 1. Schritt: Eröffnung des Schutzbereichs, gemessen am Vorliegen persönlicher Beziehungen des Urhebers zum Werk

Die Ermittlung der Schutzbedürftigkeit persönlichkeitsrechtlicher Belange des Urhebers hat sich *de lege lata* nach den in Kapitel 1 gewonnenen Erkenntnissen<sup>797</sup> daran zu orientieren, ob der Urheber persönliche Beziehungen an seinem Werk hegt.

Persönlichkeitsrechtsschutz auch aus dem aPR ergeben. Nach dem BGH sind etwa private Aufzeichnungen auch dann gegen eine ungenehmigte Veröffentlichung geschützt, wenn an ihnen kein Urheberrecht besteht (vgl. BGHZ 13, 334 (338 f.)).

792 Es zeigt sich an dieser Stelle bereits, dass die Beurteilung der verfassungsmäßigen Rechtfertigung von Eingriffen in das Urheberpersönlichkeitsrecht „*inhaltsbezogen*“ ist, wie auch *Macciacchini*, UFITA 2000/III, S. 683 (687) feststellt.

793 Vgl. etwa BGH NJW 2000, S. 1021 ff. Weitere Nachweise bei *Palandt/Sprau*, § 823, Rdnr. 96. Vergleiche zur Entwicklung der Rechtsprechung zum Persönlichkeitsrecht auch *Seifert*, NJW 1999, S. 1889 ff.

794 Dies soll auch hier im Einzelnen nicht weiter vertieft werden, da man eine Prüfung nur anhand konkreter gesetzgeberischer Maßnahmen vornehmen könnte.

795 *Arnold*, S. 73 ff. (86) hält dies für verfassungsrechtlich unbedenklich.

796 Dies geht bei § 5 UrhG so weit, dass eine Einzelfallentscheidung über Schutz oder „Nichtschutz“ gar nicht mehr getroffen werden kann. Die in § 5 Abs. 1 UrhG genannten amtlichen Werke (v. a. Gesetze, Verordnungen etc.) sind gänzlich vom Urheberrechtsschutz ausgenommen (vgl. *Dreier/Schulze-Dreier*, § 5, Rdnr. 1). Für „andere amtliche Werke“ nach § 5 Abs. 2 UrhG gilt dies im Übrigen nicht. Hier gelten jedenfalls die Regelungen über Änderungsverbote (§ 62 UrhG) und Quellenangaben (§ 63 UrhG).

797 Nicht von Relevanz für die Eingriffsintensität ist hingegen der Aspekt der Schöpfungshöhe. Diese stellt lediglich ein Mindestmaß für die Individualität des Werkes auf. Werke, die dieses

Unpersönliche, technisch-funktionale Werke<sup>798</sup>, deren Bezug zur Person des Schöpfers nur sehr gering ist, dürften daher vom Schutzbereich des aPR schon gar nicht erfasst werden<sup>799</sup>. Ob und inwieweit dies zutrifft, ist jedoch Frage des Einzelfalls. Strikt pauschale, etwa auf eine bestimmte Werkart bezogene, Wertungen verbieten sich<sup>800</sup>. Zur Beurteilung der Frage, ob ein Personenbezug vorhanden und damit der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG eröffnet ist, könnte man sich verschiedener Indizien bedienen. So spricht ein hohes Maß an wirtschaftlicher und technisch-funktionaler Bestimmung und ein geringer Gestaltungsspielraum eher gegen einen Personenbezug, eine weit gehende Gestaltungs- und Zweckfreiheit dagegen für einen solchen<sup>801</sup>.

Deutlich wird dies besonders bei Computerprogrammen. Diese unterliegen zumeist strengen Anforderungen an ihre Funktion, da ihre Bestimmung in der Lösung einer datenverarbeitungstechnischen Aufgabe besteht. Nicht der Einsatz kreativer, individueller Kräfte, sondern Perfektion bestimmt mithin das gestalterische Werk-schaffen. Die Einflussnahme von persönlichen Eigenheiten wird zumeist eher störend wirken, da diese der wirtschaftlichen Verwendungsfähigkeit des Programms – in der zumeist dessen Bestimmung liegen wird – eher abträglich ist. Für eine innere Verbundenheit, die auf dem Einfluss persönlicher Züge des Urhebers basiert, dürfte daher regelmäßig kein Raum vorhanden sein<sup>802</sup>.

Maß nicht erreichen, sind ungeschützt. Dies bedeutet hingegen nicht, dass weniger individuelle oder originelle Werke (im werkbezogenen Sinne) nicht dem Schöpfer nahe liegen oder Eigenschaften der Person aufweisen. Hier zeigt sich wiederum deutlich der elementare Unterschied zwischen den werkbezogenen und urheberbezogenen Theorien des Individualitätsbegriffes.

798 Zum Begriff, s. o., Fn. 397.

799 Der BGH hat – ohne explizit auf „Zweckschöpfungen“ Bezug zu nehmen, in einem älteren Urteil die Auffassung vertreten, dass „jede sprachliche Festlegung eines bestimmten Gedankeninhalts“ Ausfluss der Persönlichkeit des Verfassers sei (BGHZ 13, 334 (338)). Daher stehe dem Autor in jedem Fall – unabhängig ob ein Urheberrecht an der „sprachlichen Festlegung“ bestehe – aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die alleinige Befugnis zu, über die Veröffentlichung der Ausführungen zu entscheiden. Ob diese sehr weitreichende, pauschale Annahme von einem schutzwürdigen Personenbezug zwischen sprachlichen Äußerungen und Äußerndem wirklich zutrifft, ist zumindest fraglich. Zweifelhaft ist überdies, ob der Bundesgerichtshof auch etwa Computerprogrammen oder HTML-Seiten als derartige Äußerungen bezeichnet und diesen den gleichen Schutz zuerkannt hätte. Für einen Großteil der hier als unpersönlich oder technisch-funktional bezeichneten Erzeugnisse dürfte dem Urteil des Bundesgerichtshof aus dem Jahr 1954 (ergangen in Bezug auf persönliche Aufzeichnungen) keine Aussage zu entnehmen sein.

800 Dies muss auch für Computerprogramme gelten, die eigentlich den Prototyp des unpersönlichen, technisch-funktionalen Werkes darstellen. Siehe hierzu sogleich.

801 Siehe näher zu diesen Faktoren, mittels derer man den Versuch unternehmen könnte, einen „Personalisierungsquotienten“ zu bilden, unten, Teil 3, Kapitel 1, Punkt B).

802 So sind Softwareprodukte sicherlich generell eher den unpersönlichen Werkarten zuzuordnen. Mehr noch als andere „Gebrauchsschöpfungen“, also technisch-funktionale Werkarten, lassen

Generell werden damit die genannten Indizien bei Computerprogrammen gegen einen Schutz durch Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG sprechen. Dass die hieran bestehenden Beziehungen so eng sind, dass sie der Intimsphäre des Urhebers zuzurechnen wären, dürfte entsprechend kaum denkbar sein<sup>803</sup>, mit der Folge, dass staatliche Eingriffe – z. B. in Form einer Aberkennung des Urheberpersönlichkeitsrechts an Computerprogrammen – auch keinen Eingriff in den Kernbereich des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes bedeuten würden.

Dies kann indes bei sehr persönlichen Werken durchaus einmal der Fall sein. In solchen Fällen wäre im folgenden 2. Schritt zu überprüfen, wie eng das Werk mit der Person des Urhebers und dessen Schutzinteressen verbunden ist.

### c) 2. Schritt: Intensität des Eingriffs

#### aa) Eingriffsintensität gemessen am Maß persönlicher Beziehungen

Sind persönliche Interessen vorhanden, sind Beschränkungen derselben grundsätzlich als verfassungsrechtlich zu rechtfertigende Eingriffe zu qualifizieren.

hier die funktionalen Anforderungen häufig keinen Raum für die Verwirklichung individueller Züge (auf denen die „innere Verbundenheit“ nach den Erkenntnissen des Kapitels 1 schließlich beruht). Dennoch kann dies im Einzelfall denkbar sein, etwa wenn das Ergebnis der gestalterischen Tätigkeit einmal nicht streng vorgegeben ist und die kreative Programmierung im Vordergrund steht. Auch *Peukert* (Die psychologische Dimension des *Droit Moral*, Rehbinder (Hrsg.): Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113 (144) stellt die These auf, dass zwischen dem Einfluss, den eine Person auf ihre Schöpfung ausüben kann und der persönlichen Beziehung zum Werk ein direkter Zusammenhang bestehe. Er meint, „dass die Beziehung zum außerpersönlichen Gut umso intensiver ist, je größer der individuelle Einfluss einer Person auf die konkrete Gestaltung sein kann und tatsächlich auch ist.“ Hierbei komme es insbesondere auf den Gestaltungsspielraum, die Relevanz individueller Gestaltungselemente für die Ausfüllung dieses Spielraums und auf das Maß an kognitiver und emotionaler Anstrengung bei der Erstellung des jeweiligen Produktes an. *Peukert* folgert hieraus, dass zwischen dem Autor und seinem jenseits äußerer Einflüsse verfassten Roman ein engere persönliche Beziehung bestehe als zu einem Standardcomputerprogramm, das „im Team innerhalb einer Woche an die persönlichen Bedürfnisse des Kunden angepasst wird.“ Die von *Peukert* herausgearbeiteten Belege für diese These aus der empirischen Psychologie bekräftigen gleichsam die hier vertretene These, dass eine innere Verbundenheit zwischen Werk und Urheber nicht stets, jedenfalls nicht stets in gleicher Intensität, vorausgesetzt werden kann.

803 Damit kann auch – zumindest in manchen Fällen – die Art des Werkes Indizwirkung für die Frage nach der Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG entfalten.

Überträgt man die hinter dem Sphärengedanken stehenden Überlegungen auf die Prüfung von Eingriffen in das Urheberpersönlichkeitsrecht einer Rechtfertigung wäre zunächst die Intensität der persönlichen Beziehungen zum Werk festzustellen. Auch hier können die eben genannten Indizien herangezogen werden. Ergibt die Prüfung, dass die persönlichen Interessen als gering einzustufen sind, dürften die Anforderungen von Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung schon nach der Prüfung im ersten Schritt generell kaum strenger zu bewerten sein als gegenüber Eingriffen in die Individualsphäre, evtl. sogar die Sozialsphäre.

bb) Eingriffsintensität gemessen an der beeinträchtigenden Maßnahme: Indizien für eine Qualifikation der Schwere von Eingriffen in das Urheberpersönlichkeitsrecht am Beispiel der Veröffentlichung des Schutzgegenstandes

(1) Erstveröffentlichung als Indiz für eine Abschwächung der Eingriffsintensität

Bei der Prüfung des zweiten Schritts geht es – wie gesagt – darum, die Intensität der Eingriffshandlung in die Interessen des Urhebers festzustellen. Es bietet sich auch hier an, soweit möglich, Indizien zu ermitteln, die für eine solche Beurteilung relevant sein könnten.

Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, z. B. zur Bildberichterstattung, aber auch zum Urheberrecht selbst, ist zu entnehmen, dass es bei der Bemessung der Intensität von Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht von Bedeutung ist, ob Sachverhalte in Rede stehen, die sich im öffentlichen oder im privaten Bereich zuge tragen haben<sup>804</sup>.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Urheberrecht lockert sich mit der Veröffentlichung das schutzwürdige Verhältnis zwischen Urheber und Werk. Es heißt:

„Mit der Veröffentlichung steht ein Werk nicht mehr allein seinem Inhaber zur Verfügung. Vielmehr tritt es bestimmungsgemäß in den gesellschaftlichen Raum und kann damit zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmenden Faktor werden. Es

804 Vgl. BVerfGE 101, S. 361 (384 f.) und oben zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Der 1. Senat führt hier aus, dass der Schutz der Privatsphäre entfällt, wenn die Person sich nach eigenem Willen in eine Öffentlichkeit begibt, die nicht abgeschieden ist, wo sich z. B. viele Menschen aufhalten.

löst sich mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit und wird geistiges und kulturelles Allgemeingut.“<sup>805</sup>

Hieraus kann man einerseits den Schluss ziehen, dass nach Veröffentlichung Eingriffe in das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht mehr so stark wirken und dass andererseits die Interessen der Allgemeinheit an einer freien Verwendung des Werkes (bzw. Auseinandersetzung mit dem Werk) einen Bedeutungszuwachs erfahren. Dies gilt es bei einer verfassungsrechtlichen Prüfung zu berücksichtigen.

Die Wertung findet sich auch im einfachen Recht (§ 12 Abs. 2 UrhG) wieder. Man könnte sagen – ein entsprechendes Interesse des Schöpfers einmal vorausgesetzt – dass das Urheberrecht vor Erstveröffentlichung durch den Urheber primär Persönlichkeitsrecht sei<sup>806</sup>. Grundsätzlich steht dem Schöpfer vor Veröffentlichung das Recht zu, selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte (also z. B. ein persönliches Werk) offenbart werden<sup>807</sup>.

Entscheidet sich der Urheber dafür, sein Werk aus persönlichen Gründen – und nicht etwa, weil sich keine wirtschaftliche Verwertung realisieren lässt – nicht der Öffentlichkeit preiszugeben, wird dies ein starkes Indiz für eine erhöhte Schutzbedürftigkeit darstellen<sup>808</sup>. Er muss dann zumindest über das „Ob“ einer Veröffentlichung frei entscheiden können. Das Erstveröffentlichungsrecht könnte damit als „Kernbereich“ des Urheberpersönlichkeitsrechts bezeichnet werden<sup>809</sup>. Eine staatliche Maßnahme, die zu einer Pflicht zur Veröffentlichung führen würde<sup>810</sup>, ist aufgrund des unzulässigen Eingriffs in diesen unantastbaren Bereich urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzes regelmäßig unzulässig<sup>811</sup>.

805 BVerfG NJW 2001, S. 598 (599) – Germania 3; BVerfGE 58, 137 (148 f.); BVerfGE 79, S. 29 (42) = GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten m. w. Nachw.; vgl. auch *Pahud*, S. 52 m. w. Nachw.

806 So *Oekonomides*, S. 31.

807 Dies ergibt sich aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, wie es durch das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts festgestellt wurde, vgl. BVerfGE 65, 1 (41 f.). So auch BVerfGE 80, 367 (373) zur Frage der Verwertbarkeit tagebuchartiger Aufzeichnungen eines Beschuldigten im Strafverfahren.

808 Auch hier gilt dann zunächst zu berücksichtigen, ob es sich überhaupt um ein „persönliches Werk“ handelt, das mit dem Namen, der Ehre, dem Ansehen und insgesamt der Person des Urhebers verbunden ist.

809 So die h. M., vgl. *Schricker/Dietz*, § 12, Rdnr. 1, der das Veröffentlichungsrecht die „Grundnorm des Urheberrechtsschutzes“ nennt und damit die Bedeutung dieses Rechts für das gesamte Urheberrecht hervorhebt.

810 Wobei fraglich ist, ob es sich mit *Oekonomides*, S. 32 hierbei um eine Enteignung handeln würde.

811 So auch *Oekonomides*, S. 32. Allerdings reicht dies noch nicht aus, den Kernbereich des verfassungsrechtlichen Urheberpersönlichkeitsrechtsschutzes zu definieren. Immerhin hat das Bundesverfassungsgericht diesbezüglich (aus Sicht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) entschieden, dass Tagebücher nicht per se schon dem staatlichen Zugriff entzogen seien, sondern die Zulässigkeit einer Erstveröffentlichung bzw. einer Kenntnissgabe vom Inhalt auch

Dies entspricht einer Ansicht in der Literatur, nach der das Erstveröffentlichungsrecht – jedenfalls aus zivilrechtlicher Sicht – als unantastbar oder „sakrosankt“ ist<sup>812</sup>. Nach hier vertretener Ansicht ist dies dagegen nur insoweit zutreffend, als auf erster Stufe überhaupt das Vorliegen persönlicher Interessen am Werk festgestellt werden konnte, da ansonsten schon kein Eingriff in das Urheberpersönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG vorliegt.

Dieser „Kernbereich“ wird verlassen, wenn sich der Rechtsinhaber für eine Veröffentlichung entschieden hat. Mit diesem Akt erlischt sein vorher noch geschütztes Interesse daran, das Werk in der persönlichen Sphäre zu bewahren, ganz gleich, ob es sich um ein persönliches oder ein unpersönliches Werk handelt.

gegen den Willen des Autors von Charakter und Bedeutung des Inhalts für die Verfolgung bestimmter Allgemeininteressen abhängig sei. Die Zugänglichmachung von Tagebuchaufzeichnungen in einem Mordverfahren sei daher nicht generell verfassungswidrig (BVerfGE 80, 367 (373 ff.)). Nichts anderes kann hinsichtlich einer mit der Kenntnissgabe des Inhalts gegen den Willen des Autors einhergehenden Beeinträchtigung des Erstveröffentlichungsrechts an einem höchstpersönlichen Werk gelten, da das Interesse des Urhebers an einer bestimmten Nutzung auch eines solchen Schutzgutes nicht weiter gehen kann, als das an der Bestimmung über (andere) höchstpersönliche Lebensbereiche. Damit ergibt sich, dass auch höchstpersönliche Werke, die nicht einmal zur Verwertung bestimmt sind, noch nicht zum unantastbaren Bereich des Urheberpersönlichkeitsrechts zu zählen sind. Auch das Erstveröffentlichungsrecht als elementares Recht im Kontext des Urheberrechtsgesetzes ist einem staatlichen Zugriff nicht per se entzogen. Eine generelle Unzulässigkeit von Eingriffen kann sich damit nur unter Hinzuziehung weiterer Faktoren, also insbesondere der gewählten Eingriffsform, ergeben. Berücksichtigt man, dass urheberrechtlich geschützte Werke nahezu immer zur Veröffentlichung und Verwertung bestimmt sind, ergibt sich, dass der unantastbare Bereich sich auf seltene Sonderfälle, bezogen auf Werkart und Eingriffshandlung, beschränkt, die abstrakt in der Tat kaum zu bestimmen sind. Hierbei ist wiederum die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu berücksichtigen, nach der es bei der Bestimmung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung darauf ankommt, ob der Betroffene einen Lebenssachverhalt geheim halten will oder nicht. Dort, „wo der Betroffene auf Geheimhaltung selbst keinen Wert legt, ist der Kernbereich schon wegen dieses Umstands in aller Regel nicht berührt“ (BVerfGE 80, 367 (374)). Unter Einbeziehung all dieser Faktoren erscheint der unantastbare Bereich des Urheberpersönlichkeitsrechts sehr eng. Im Zweifel ist anzunehmen, dass der abstrakt-generelle Entzug des Erstveröffentlichungsrechts an „persönlichen“ Werken hierunter fallen wird, da dies – trotz der denkbaren Beschränkung dieses Rechts in Sonderfällen – kaum zu rechtfertigen wäre. Dies gilt jedenfalls für den Bereich der „höchstpersönlichen“ Werke, die nicht einmal zur Veröffentlichung bestimmt sind.

812 Schrickler/Melichar, vor §§ 44a ff., Rdnr. 12; Reh binder, Rdnr. 137; Ulmer in FS Hubmann, S. 435 (443); Bornkamm in FS Piper, S. 641 (652); a. A. jedoch das KG, NJW 1995, S. 3392 (3394) – Botho Strauß. Allerdings wird hier nicht, wie vorliegend als erforderlich erachtet, danach differenziert, ob persönliche Beziehungen überhaupt feststellbar sind. Dies wäre aber vor dem Hintergrund eines Schutzes des Erstveröffentlichungsrechts durch Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG unerlässlich. Etwas anderes kann gelten, wenn man dieser Rechtsposition eine vermögensrechtliche Dimension zuerkennt und Beschränkungen an Art. 14 GG misst.

## (2) Vor allem: Veröffentlichung aus materiellen Interessen

Nach dem Bundesverfassungsgericht ist bei der Beurteilung der Eingriffsintensität in das aPR zudem der Aspekt einer „Kommerzialisierung der eigenen Person“ zu berücksichtigen<sup>813</sup>. Hiernach kann der Schutz der Privatsphäre entfallen, wenn private Angelegenheiten vom Geschützten selbst öffentlich gemacht werden, etwa indem dieser Exklusivverträge mit Medien abschließt.

„Der verfassungsrechtliche Privatsphärenschutz aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG ist nicht im Interesse einer Kommerzialisierung der eigenen Person gewährleistet.“

heißt es in der „Caroline von Monaco“-Entscheidung aus dem Jahr 1999<sup>814</sup>. Die Erwartung, dass die Umwelt die Angelegenheiten oder Verhaltensweisen in einem Bereich mit Rückzugsfunktion nur begrenzt oder nicht zur Kenntnis nimmt, muss danach „*situationsübergreifend und konsistent zum Ausdruck gebracht werden*“.

Ohne diese Rechtsprechung über zu interpretieren, lässt sich hieraus wohl zumindest ein Schluss ziehen. Wendet sich jemand mit an sich persönlichen, nicht für die Öffentlichkeit bestimmten Angelegenheiten aus kommerziellen Gründen an die Öffentlichkeit, verliert er seinen Persönlichkeitsschutz zumindest teilweise. Dies kann auch für vergleichbare Fälle in der Zukunft gelten.

Die hinter dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stehende Wertung scheint im Rahmen der Eingriffsproblematik im Urheberpersönlichkeitsrecht ebenfalls zutreffend. Auch die Kommerzialisierung des Werkes als Persönlichkeitsgut, soweit dies als Ausdruck der Person qualifiziert werden kann, muss sich danach mindernd auf die Schutzbedürftigkeit und damit die Anforderungen an Eingriffe in das Urheberpersönlichkeitsrecht auswirken. Der Urheber muss, wenn er sein Werk der Öffentlichkeit aus kommerziellen Interessen überlassen hat, gewisse Abstriche seiner an sich schutzwürdigen Interessen gegenüber den entgegenstehenden Belangen Dritter hinnehmen<sup>815</sup>.

813 BVerfGE 101, S. 361 (384 f.) – Caroline von Monaco.

814 BVerfGE 101, S. 361 (385).

815 Auch bei der Werkverwertung, zumeist begründet auf vertraglichen Vereinbarungen, ist es übliche Praxis, sich diesbezüglich zu verständigen. So werden Texte freier Autoren, z. B. zur Veröffentlichung in Zeitschriften und Zeitungen, häufig redaktionell bearbeitet und nach Bedarf den jeweiligen Anforderungen angepasst.

### (3) Werkart als Indiz für die Eingriffsintensität

Auch die Art des Werkes entfaltet in Bezug auf die Frage nach der Intensität persönlicher Beziehungen des Urhebers zum Werk indizielle Wirkung. Bei bestimmten Werkarten stellt die persönliche Komponente eher ein wesensbildendes Merkmal dar als bei anderen<sup>816</sup>.

All diese – und andere denkbare – Faktoren könnte man bei der konkreten Beurteilung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer staatlichen Maßnahme, die nach dem Ergebnis aus Prüfungsschritt 1) einen Eingriff in Urheberpersönlichkeitsrecht bedeutet, prüfen, um hieran deren Eingriffsintensität zu bemessen.

### d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in das Urheberpersönlichkeitsrecht

Nach alledem ist für die Rechtfertigung von staatlichen Eingriffen in das Urheberpersönlichkeitsrecht festzuhalten, dass eine solche lediglich im Kernbereich ausgeschlossen ist. Bedeutende Beschränkungen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit bei der Ausgestaltung der Urheberpersönlichkeitsrechte dürften sich hieraus kaum ergeben. Es ist in dieser Arbeit schon vermehrt zum Ausdruck gekommen, dass es bei vielen Werken schon an einer intimen Beziehung des Urhebers zum Werk fehlen wird. Eingriffe in die Intimsphäre einer (Schöpfer-)Persönlichkeit durch Beschränkungen des Urheberpersönlichkeitsrechts werden daher regelmäßig nicht vorkommen.

Geht man von dieser Prämisse aus, würde es zumindest aus Sicht der Kerntheorie keinen grundlegenden Bedenken begegnen, die Gewähr des Urheberpersönlichkeitsrechts im Gegensatz zur geltenden Rechtslage nur für solche Fälle vorzusehen, in denen ein solcher Schutz wegen der inneren Verbundenheit zwischen Urheber und Werk auch geboten ist. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben, wie sie den Art. 2

816 Dies wird am Ehesten für den Bereich der klassischen Kunst, Literatur und Musik angenommen werden können. Allerdings verbietet sich auch hier eine pauschale Beurteilung. So können die schutzwürdigen Interessen auch innerhalb einer Werkart stark schwanken. So hat das Bundesverfassungsgericht in der Germania-3-Entscheidung (NJW 2001, S. 598 (598 f.)) festgestellt, dass – hier aus Sicht der Interessen der Allgemeinheit betrachtet – das zu berücksichtigende Interesse an einer freien Verwendung von geschütztem Material in einem Sprachwerk (es ging um den Umfang des Zitatrechts) daran zu messen sei, ob es sich bei diesem um ein künstlerisches oder nicht-künstlerisches Sprachwerk handle. Interessant wäre angesichts dieser Entscheidung, ob das Bundesverfassungsgericht auch aus Sicht der urheberrechtlichen Interessen Differenzierungen bei der Eingriffsintensität als notwendig erachtet hätte. Vgl. Näheres zum Umfang des Zitatrechts u. a. BGH GRUR 1987, S. 362 – Filmzitat; *Ulmer*, GRUR 1972, S. 323 (325 ff.); *Schulz*, ZUM 1998, S. 221 (231 ff.).

Abs. 1, 1 Abs. 1 GG entnommen werden können, fordern mithin keine werkunabhängige, pauschale Zuerkennung von persönlichkeitsrechtlichen Schutzpositionen, wie sie das Urheberrechtsgesetz *de lege lata* vorsieht. Differenzierende Regelungen erschienen daher im Bereich des Urheberpersönlichkeitsrechts möglich. Dies gilt umso mehr, als das allgemeine Persönlichkeitsrecht quasi als Auffangschutzrecht greift, soweit ein Schutz aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht nicht gegeben ist<sup>817</sup>

Eine solche Erkenntnis scheint sich auch in der neueren Lehre allmählich durchzusetzen. Ohne zumeist auf die Wesensgehalts- oder Kernbereichslehre oder die verfassungsrechtlichen Vorgaben überhaupt einzugehen, wird heute vermehrt vertreten, dass die persönlichkeitsrechtlichen Belange auf dem Gebiet des Schutzes von Computerprogrammen als derart untergeordnet angesehen werden müssen, dass die Urheberpersönlichkeitsrechte (teleologisch) zu reduzieren seien oder unter Umständen ganz abgeschafft werden sollten<sup>818</sup>.

Im Umkehrschluss können – unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht – Eingriffe in das Urheberpersönlichkeitsrecht verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn dies der Interessenlage entspricht und/oder durch das Gebot der Herstellung praktischer Konkordanz erforderlich erscheint. Dem Gesetzgeber steht mithin auch bei der Ausgestaltung des Schutzes der ideellen Interessen am Werk ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.

### C) Zusammenfassung der sich aus der verfassungsrechtlichen Prüfung ergebenden Erkenntnisse

Das deutsche Verfassungsrecht belässt dem Gesetzgeber einen verhältnismäßig weiten Spielraum bei der positivrechtlichen Regelung des Urheberrechts. Eingriffe sowohl in das Vermögens- als auch das (Urheber-)Persönlichkeitsrecht können damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, soweit diese nicht den Kernbereich des Eigentums- bzw. des Persönlichkeitsrechtsschutzes betreffen.

Bestimmte gesetzgeberische Mittel werden durch den grundrechtlichen Schutz nicht vorgegeben. Entscheidet sich der Gesetzgeber für ein Schutzkonzept, das den

817 Vgl. BGHZ 13, 334 (338), wonach sich ein Schutz gegen die ungenehmigte Veröffentlichung von persönlichen Aufzeichnungen (der eigentlich Gegenstand des Urheberpersönlichkeitsrechts wäre) aus dem aPR auch dann ergibt, wenn diese keinen Urheberrechtsschutz genießen.

818 Vgl. mit unterschiedlicher Ausprägung dieses Ansatzes *Lehmann* in FG *Schricker*, S. 543 (562 f.); ders. CR 1986, S. 373 (374); ders. CR 1990, S. 625 (630); ders. NJW 1988, S. 2419 (2421); *Haberstumpf* in *Computerprogramme II*, Rdnr. 109. Einschränkung *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 69b, Rdnr. 3; *Buchner* in *Computerprogramme II*, S. 421 ff., Rdnr. 70 ff.; *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 70 f.

Kernbereich der Freiheitsgrundrechte garantiert, ist dies verfassungsrechtlich unbedenklich.

### Kapitel 3: Copyright und Urheberrecht – Unterschiede und Gemeinsamkeiten zweier Rechtsfamilien

#### I) Einleitung: Die Annäherung der Urheberrechtssysteme im europäischen Gemeinschaftsrecht

Innerhalb der EU konkurrieren wie auch im internationalen Rahmen zwei unterschiedliche Systeme zum Schutz des Urheberrechts miteinander – Copyright und *Droit D’Auteur*. Um zu verhindern, dass die aus dieser Dichotomie entstehenden erheblichen konzeptionellen wie positivrechtlichen Abweichungen in den nationalen Rechtsordnungen innerhalb der Union negative Auswirkungen – z. B. in Form der Entstehung von Handelsschranken oder sonstigen Störungen des Binnenmarktes – entfalten, galten die vorrangigen Bestrebungen der Urheberrechtsentwicklung sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene seit Ende der achtziger Jahre der Harmonisierung der Urheberrechtsordnungen in den Mitgliedsstaaten der EU. Solche Gefahren zu beobachten und Gegenmaßnahmen einzuleiten wurde als erforderlich angesehen, um die wirtschaftliche, kulturelle und soziale Dimension der Informationsgesellschaft möglichst effektiv und Gewinn bringend auch auf dem Gebiet der Verwertung von urheberrechtlich geschütztem Material umzusetzen<sup>819</sup>.

Schon früh, konkret im Jahre 1988, wurden erste Erkenntnisse über den durch die neuen Technologien entstehenden Handlungsbedarf von der EU-Kommission dem Rat in Form eines ersten Grünbuchs<sup>820</sup> vorgelegt. In der Folgezeit wurde dann ein umfassender Konsultationsprozess zu Fragen der Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft eingeleitet, nach dessen Abschluss die EU-Kommission 1995 ein weiteres Grünbuch veröffentlichte<sup>821</sup>. Seit 1991 sind aufgrund der im Laufe der Jahre gewonnenen Erkenntnisse acht Harmonisierungsrichtlinien der EU auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte verabschiedet worden<sup>822</sup>. Bereits heute kann das Gemein-

819 Vgl. hierzu *Kreutzer*, § 3, Abschnitt III (S. 83 ff.).

820 Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung, vom 23.08.1988, KOM (88) 172 endg., abgedruckt in UFITA 110 (1989), S. 113-292.

821 Grünbuch Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM (95) 382 endg.

822 *Richtlinie 91/250/EWG* des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Amtsblatt EG (Abl. EG) Nr. L 122 vom 17.05.1991 S. 42 = GRUR Int. 1991, S. 545; *Richtlinie 92/100* des Rates vom 19.11.1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums; Abl. EG Nr. L 346 vom 27.11.1992 = GRUR Int. 1993, S. 144; *Richtlinie 93/83* des Rates vom 27.09.1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher

schaftsrecht mit einem beachtlich hohen Harmonisierungsniveau aufwarten, was verdeutlicht, dass dem Schutz des geistigen Eigentums im Umfeld der Informationsgesellschaft seitens der EU eine besondere Bedeutung beigemessen wird<sup>823</sup>.

Der so durch die Initiative der europäischen Gesetzgebungsorgane erreichte *acquis communautaire* im europäischen Urheber- und Leistungsschutzrecht hat neben der kohärenten Einführung neuer Schutznormen nicht zuletzt auch dazu geführt, dass sich die beiden konkurrierenden Systeme des Urheberrechtsschutzes, *Droit D'Auteur* und Copyright<sup>824</sup>, einander angenähert haben<sup>825</sup>. Auch im internationalen Umfeld wird es als eine der Hauptaufgaben der Entwicklungssteuerung angesehen, die Divergenzen zwischen den beiden Regelungsmodellen abzubauen<sup>826</sup>.

Ein Urheberrecht der Zukunft wird nach überwiegender Ansicht in wesentlichen Punkten dem Zwang der internationalen Harmonisierung folgen müssen. Die Annäherung der beiden großen Rechtsfamilien steht hierbei im Vordergrund. Beleuchtet man dieses Ziel vom Standpunkt der europäischen Integration und der globalen Informationsgesellschaft, wird dessen Bedeutung offensichtlich. Ein international einheitliches Recht scheint neben neuen Mechanismen der Rechtsdurchsetzung als Mit-

Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, Abl. EG Nr. L 248 vom 06.10.1993, S. 15 = GRUR Int. 1993, S. 936; *Richtlinie 93/98* des Rates vom 29.10.1993 zur Harmonisierung des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (Schutzdauer-Richtlinie), Abl. EG Nr. 290 vom 24.11.1993, S. 9 = GRUR Int. 1994, S. 141; *Richtlinie 96/9* des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Abl. EG Nr. L 77 vom 27.03.1996, S. 20 = GRUR Int. 1996, S. 806; *Richtlinie 2001/29/EG* des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts zum Urheberrecht und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22.05.2001, Abl. L 167/10-19 vom 22.06.2001 = GRUR Int. 2001, S. 745 ff.; *Richtlinie 2001/84/EG* des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.09.2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, Abl. EG Nr. L 272 vom 13.10.2001 = GRUR Int. 2001, S. 745 ff., S. 32; *Richtlinie 2004/48/EG* des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Abl. EG L 195/16 vom 02.06.2004.

823 Vgl. ausführlich über den Harmonisierungsprozess im europäischen Urheberrecht *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 83 ff.; ders. Geistiges Eigentum – Immaterialgüter in der Wissensgesellschaft, passim, 2007 ([http://www.dgb.de/themen/themen\\_a\\_z/abisz\\_doks/i/immaterialgueterrechte\\_wissensgesellschaft.pdf/file\\_view\\_raw](http://www.dgb.de/themen/themen_a_z/abisz_doks/i/immaterialgueterrechte_wissensgesellschaft.pdf/file_view_raw)); *Schippan*, Die Harmonisierung des Urheberrechts in Europa im Zeitalter von Internet und digitaler Technologie, passim.

824 In Europa haben nur Großbritannien und Irland ein Copyright-System, vgl. *Leistner*, Dissertation, S. 5.

825 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 25-66 ff.

826 Vgl. „*Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*“, *Bruce A. Lehman*, Chair Information Infrastructure Task Force, Sept. 1995, S. 155: „*To attain the needed level of protection internationally, ways to span differences between the continental Droit D'auteur and neighboring rights systems and the Anglo-American copyright systems must be developed.*“

tel gegen die besondere Verletzlichkeit des Urheberrechts im Internet eines der vorrangigsten, weil effektivsten Mittel zu sein.

Diese Aufgabe stellt für die Verantwortlichen eine schwierige Herausforderung dar. Copyright und *Droit D'Auteur* unterscheiden sich, wie im Folgenden näher ausgeführt werden wird, nicht nur in wesentlichen materiellrechtlichen Aspekten, sondern auch in ihrer Regelungsphilosophie, Ausrichtung und ihren Zielen elementar<sup>827</sup>. Für den Integrationsprozess bedeutet dies aus Sicht des deutschen Urheberrechts, dass aus dem Copyright zum Zwecke der Harmonisierung übernommene Einzelregelungen regelmäßig systemfremd sein werden und es bei einer solchen „Punkt-für-Punkt-Angleichung“ zu negativen Effekten für die innere Logik des Gesetzes kommen kann. Wie sich in den weiteren Ausführungen herausstellen wird, ging man bislang bei der Umsetzung des EU-Rechts in das deutsche Urheberrecht auf diese Weise vor. Eine an den Grundzügen ansetzende Reform des Urheberrechts – etwa unter Einbeziehung wesentlicher systematischer und/oder rechtstheoretischer Modifikationen – wurde ersichtlich bislang nicht in Erwägung gezogen.

In diesem Abschnitt soll das Copyright-System in kurzer Darstellung beschrieben werden, und zwar soweit es bezüglich der in dieser Arbeit problematisierten Regelungsfelder vom deutschen Urheberrecht auffallend abweicht. Auf diese Weise sollen die theoretischen und konzeptionellen Alternativen zum deutschen Urheberrechtsmodell aufgezeigt werden. Hieraus mögen sich wiederum Erkenntnisse für die weitere Abhandlung ergeben, insbesondere in Bezug auf die Überlegungen, evtl. Elemente beider Systeme im Rahmen eines überarbeiteten Schutzkonzepts zu kombinieren. Gegenstand des Vergleichs sollen das deutsche Urheberrechtsgesetz und der britische *Copyright, Designs and Patents Act* von 1988 (CDPA) sein, das US-amerikanische Copyright wird an mancher Stelle ebenfalls erwähnt<sup>828</sup>.

## II) Punktuelle Unterschiede zwischen den Schutzkonzepten des Copyright- und des Urheberrechts-Systems

Besieht man die Grundansätze von *Droit D'Auteur* und Copyright, zeigen sich Unterschiede, die es rechtfertigen, von zwei verschiedenen Urheberrechtsfamilien zu sprechen<sup>829</sup>. Dies wird an schon angesichts der divergierenden Zielrichtung beider

827 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 25-67 beschreiben dies anschaulich: „*The copyright harmonisation programme of the Commission thus has to steer a difficult course between the copyright and author's right approaches.*“

828 Das materielle Recht weicht auch innerhalb der beiden Rechtsfamilien in verschiedenen Ländern z. T. erheblich voneinander ab, vgl. *Strowel* in *Dittrich* (Hrsg.), Beiträge zum Urheberrecht IV, S. 1 (2). Im Grundsatz, also v. a. in ihren wesentlichen Leitlinien und Zielrichtungen, ähneln sich die Copyright-Systeme indes. Dies mag auf den gemeinsamen Ursprung, der in der Tradition der *common law systems* liegt, zurückzuführen sein, vgl. *Copinger & Skone James*, Rdnr. 1-05.

829 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 25-67.

Systeme deutlich<sup>830</sup>. Diese erklären nicht zuletzt auch die Abweichungen des geschriebenen Rechts.

### III) Beispiele für die positivrechtliche Umsetzung des Copyright-Ansatzes im CDPA

#### A) Schutzgegenstand und Werkbegriff im britischen Copyright

Schutzgegenstand des britischen Copyright sind Werke dreier Gattungen, wie sie in Sec. 1 (1) genannt werden<sup>831</sup>. Der Werkbegriff beschränkt sich auf die Aufzählung der einzelnen Werkarten. Eine Formulierung wie in § 2 Abs. 2 UrhG, die auf besondere qualitative oder gar urheberbezogene Tatbestandsmerkmale hinweisen würde, findet sich im CDPA nicht.

Einzig Sec. 1 (1) (a) CDPA enthält eine Tatbestandsvoraussetzung, die an den deutschen Werkbegriff erinnert. Hiernach müssen geschützte Werke der Literatur, Musik oder Kunst „originell“ sein. Mit der in Kapitel 1 herausgearbeiteten Interpretation des deutschen Individualitätsbegriffs hat dieser Aspekt indes nichts gemein<sup>832</sup>. Weder die Existenz individualrechtlicher Elemente wird hierdurch zum Schutzerfordernis erhoben noch eine besondere Schöpfungshöhe. Geschützt ist, was einerseits nicht bloß anderswo kopiert wurde, und andererseits, wessen Schöpfung einen gewissen Aufwand an „*labor, skill and judgment*“ erfordert hat<sup>833</sup>. Ein bestimmtes oder bestimmbares generelles Maß existiert nicht, doch besteht Einigkeit darüber, dass die Anforderungen an den Werkerstellungsaufwand sehr gering sind<sup>834</sup>. Wie im

830 Die Unterschiede der theoretischen Hintergründe und Regelungsansätze wurden bereits dargestellt, siehe oben, Kapitel 1, Kapitel 1, Punkt I.A).

831 Hier heißt es: „*Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work: a) original literary, dramatic, musical or artistic works, b) sound recordings, broadcasts or cable Programms, and c) the typographical arrangement of publishers editions.*“

832 Auch ist der englische Rechtsbegriff „*originality*“ nicht synonym mit dem Schutzfähigkeitsmerkmal der „*Originalité*“ im französischen Urheberrecht. Hierbei handelt es sich wie im deutschen Recht um einen urheberbezogenen Aspekt. Nach französischem *Droit D'auteur* begreift man das Werk ebenfalls als schöpferischen Ausdruck der Persönlichkeit des Autors, vgl. *Schack*, Rdnr. 163. Zum Begriff im französischen Recht vgl. *Dreier* in Quellen, Bd. 2, Frankreich, S. 8.

833 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 2-01.

834 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 3-93, m. w. Nachw. führen aus: „*It is clear that the standard of originality required by the Copyright Acts is a low one.*“ Als ein Beispiel beschreibt *Leistner*, Dissertation, S. 6 f., m. w. Nachw. die Judikatur der englischen Gerichte in Bezug auf den Copyright-Schutz an Faktensammlungen. Es genügt hier, wenn bei der Schöpfung ein

deutschen Recht entscheiden die britischen Gerichte über die Schutzfähigkeit im Einzelfall<sup>835</sup>.

Originalität bemisst sich damit ausschließlich an objektiv feststellbaren werk- oder werkschöpfungsbezogenen Faktoren, ohne jeden idealisierenden oder romantisierenden Inhalt. In Ermangelung eines ergänzenden Wettbewerbs-<sup>836</sup> oder Leistungsschutzes dient das Copyright als Auffangbecken für jegliche Form schützenswerter, also „investitionsträchtiger“ Immaterialgüter, die nicht anderen (gewerblichen) Schutzrechten wie dem Patent- oder dem Designschutz unterfallen.

Charakterisierend für die geringen Schutzanforderungen im englischen Copyright hat sich der folgende Ausspruch eines englischen Richters erhalten:

„What is worth copying is prima facie worth protecting.“<sup>837</sup>

Die Unterschiede zu den Schutzanforderungen im deutschen Urheberrecht werden, trotz der immer großzügigeren Handhabung des Schutzbereichs, schon angesichts der rechtlichen Grundlagen deutlich<sup>838</sup>.

Die Wesenverschiedenheit der Systeme zeigt sich weiterhin deutlich an der Gleichstellung von Werken und Leistungen durch den CDPA. Nach Sec. 1 (1) (b) und (c) werden z. B. auch Radiosendungen und Musikaufnahmen als „*copyright work*“ bezeichnet. Die in den *Droit D’Auteur*-Systemen als verwandte Schutzrechte oder Leistungsschutzrechte bezeichneten Rechtspositionen sind – soweit geschützt – Gegenstand des Copyrights<sup>839</sup>. Diese Tatsache ist durch den utilitaristischen und investitionsschutzrechtlich ausgerichteten Ansatz – auch des Kunst- und Literatur-schutzes – des Copyrights vorbestimmt und spricht im Umkehrschluss wiederum für das Fehlen persönlich-individueller Schutzanforderungen des Rechts.

Aufgrund dieser Ausrichtung ist das Schutzrecht sehr flexibel gegenüber der Einbeziehung neuer technischer oder sonstiger Werk- oder Verwertungsformen<sup>840</sup>, die aufgrund vermögensrechtlicher Erwägungen schützenswert sind, ohne hierdurch seine innere Logik zu gefährden. Das Copyright unterliegt insofern keinen rechtsphilosophisch basierten Restriktionen, als es sich nicht als Schutzrecht des Urhebers

geringes Maß an Aufwand erbracht wurde und es sich nicht um die bloße Kopie eines fremden Werks handelt. Ähnlich niedrig sind nach *Haedicke*, S. 11 f. auch die Schutzanforderungen im amerikanischen Recht. Hier spricht man von der sog. „*sweat-of-the-brow*-Doktrin“, die im Ergebnis dem *labor, skill and judgment* vergleichbar ist, vgl. hierzu auch *Leistner*, Dissertation, S. 9 f.

835 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 3-93 und 25-67.

836 *Ellins*, S. 97 f.

837 Zit. nach *Strowel* in *Dittrich* (Hrsg.), S. 1 (8).

838 Siehe hierzu ausführlich oben in Kapitel 1.

839 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 1-04.

840 So auch *Ellins*, S. 100.

und dessen individuellen Erzeugnissen versteht, sondern als Schutz der geleisteten Arbeit und Investition<sup>841</sup>.

## B) Inhaber des Urheberrechts

Im Grundsatz unterscheiden sich CDPA und Urheberrechtsgesetz bei der Frage der Urheberschaft nicht. Nach Sec. 11 (1) ist erster Inhaber des Urheberrechts („owner“) im Allgemeinen dessen Schöpfer („author“<sup>842</sup>). *authorship* und *ownership* fallen danach auch im Copyright regelmäßig zusammen, können aber dennoch – anders als im deutschen Urheberrecht – auseinander fallen. Im Gegensatz zum Urheberrechtsgesetz<sup>843</sup> sieht der CDPA vom Schöpferprinzip (echte) Ausnahmen vor. Nach Sec. 11 (2) CDPA<sup>844</sup> steht das Copyright an einem Werk der Literatur, Musik oder Kunst, das im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses geschaffen wurde, originär dem Arbeitgeber zu, wenn nichts anderes vereinbart wurde („work-made-for-hire“)<sup>845</sup>.

Auch diese Unterscheidung zwischen Urheber- und Inhaberschaft basiert auf den unterschiedlichen Grundvorstellungen der beiden Schutzrechtssysteme. Während das Individualschutzrecht des Urhebers nur beim Schöpfer entstehen kann, wird das Copyright als Investitionsschutzrecht demjenigen zugerechnet, der das finanzielle Risiko trägt<sup>846</sup>.

841 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 4.-04: „The framers of the 1988 Act had no ideological difficulty in describing such persons as authors“ (gemeint sind diejenigen, die bei der Herstellung von Tonaufnahmen, Filmen oder Radiosendungen das finanzielle Risiko tragen).

842 „Author“ ist nach Sec. 9 (1) CDPA die Person, die das Werk geschaffen hat.

843 Vgl. hierzu *Dietz* in *Internationale Gesellschaft für Urheberrecht (INTERGU)* (Hrsg.), *Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft*, S. 83 (88). Näheres zum Schöpferprinzip im deutschen Urheberrecht vgl. unten, Teil 3, Kapitel 2, Punkt I.A).

844 Hier heißt es: „Where a literary, dramatic, musical or artistic work is made by an employee in the course of his employment, his employer is the first owner of any copyright in the work subject to any agreement to the contrary.“

845 Auch im amerikanischen Recht existiert eine ähnliche Regelung (§ 201 (b) USCA). Die hier geregelte „work-made-for-hire-doctrine“ besagt, dass bei einem Auftragswerk der Arbeitgeber oder Auftraggeber „als Urheber im Sinne dieses Gesetzes gilt“. Die Vorschrift lautet: „In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights in the copyright.“ Eine deutsche Übersetzung findet sich in *Quellen*, Bd. 6, USA II. Anders als im englischen Recht fallen also *authorship* und *ownership* hier nicht auseinander, da der Arbeitgeber unmittelbar auch als *author* gilt. Im Ergebnis liegt hierin allerdings kein relevanter Unterschied. Entscheidend ist, dass beide Regelungen zu einem originären, gesetzlichen Urheberrechtserwerb des Arbeitgebers führen. Vgl. zum amerikanischen Recht *Braveman*, *UFITA* 82 (1978), S. 77 ff.

846 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 4-04.

Diese Grundwertungen und deren positivrechtlichen Folgen realisieren sich auch im Bereich des angestellten Programmierers. Anders als im Rahmen des durch § 69 b Abs. 1 UrhG vorgesehenen derivativen Rechtserwerbs des Arbeitgebers ist ein vertragliches Abweichen vom originären Rechtserwerb des Investors bei *works-made-for-hire* nicht vorgesehen. Diese britische „*first ownership*-Regel“ ist nicht disponibel<sup>847</sup>. Während nach deutschem Recht also selbst der angestellte Programmierer sich zumindest theoretisch Sonderbedingungen aushandeln kann und ihm auch nach geltendem Recht das Urheber- und die Urheberpersönlichkeitsrechte belassen werden<sup>848</sup>, verbleibt dem englischen Arbeitnehmerurheber (und zwar unabhängig von der Art des Werkes) keine Rechtsposition.

Noch erheblicher ist der Unterschied der beiden Rechte in Bezug auf Schöpfungen angestellter Kreativer außerhalb des Software-schutzes. Fehlt es an ausdrücklichen Abreden über die Verwertungsbefugnis kann sich der deutsche Arbeitnehmerurheber nach § 43 UrhG i.V.m. den Auslegungsregeln des Urhebervertragsrechts, insbesondere des Zweckübertragungsgrundsatzes in § 31 Abs. 5 UrhG, auf solche Rechtspositionen berufen, an denen der Arbeitgeber im Hinblick auf seine betrieblichen Zwecke keine berechtigten Interessen geltend machen kann<sup>849</sup>. Ist der Arbeitnehmer im Einzelfall durch arbeitsrechtliche Treuepflichten oder Wettbewerbsverbote an der Eigenvermarktung gehindert, kann er zumindest für Verwertungsformen, die nicht dem Betriebszweck des Arbeitgebers dienen, eine über das Arbeitsentgelt hinausgehende Vergütung fordern. So bleibt das Band zwischen angestelltem Urheber und Werk nach dem Urheberrecht auch in vermögensrechtlicher Hinsicht bestehen, während der *author* im Arbeitsverhältnis nach dem CDPA (und auch nach dem USCA) *ipso iure* rechtlos gestellt ist. Immerhin verbleibt dem Urheber damit eine Verhandlungsposition.

### C) Einzelne Unterschiede hinsichtlich der Übertragbarkeit des Copyrights und des Urhebervertragsrechts

Das *copyright work* definiert sich als Handelsware, als ein vom Schöpfer losgelöstes, immaterielles Wirtschaftsgut<sup>850</sup>. Dies wiederum bedingt, dass durch die Ausgestaltung des Rechts eine möglichst ungehinderte Verkehrsfähigkeit gewährleistet werden muss. Vor diesem Hintergrund erklärt sich, dass das Copyright ohne Weiteres übertragbar ist (Sec 90 (1) CDPA)<sup>851</sup>.

847 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 4-02.

848 Diese sind nicht Gegenstand der *cessio legis* in § 69b Abs. 1 UrhG, vgl. *Möhring/Nicolini-Hoeren*, 2. Auflage, § 69b, Rdnr. 17.

849 So z. B. *Ulmer*, § 33 II.

850 So auch *Ellins*, S. 78.

851 Neben der Vollrechtsübertragung ist auch nach englischem Copyright die Einräumung von einfachen („*non-exclusive*“) und ausschließlichen („*exclusive*“) Lizenzen möglich (vgl. Sec. 92 CDPA).

Schon die grundsätzlichen Schutzgedanken sowie das Regelungsgefüge des *Common Law*, in dessen Licht der CDPA steht, bedingen, dass der Übertragbarkeit weder ideologisch noch praktisch begründete vertragsrechtliche Hürden entgegenstehen<sup>852</sup>. Zum einen sind die *Moral Rights* – soweit überhaupt anerkannt – eigenständig und nicht monistisch mit den Copyrights verbunden, sodass sich hieraus keinen Hemmnisse für die Übertragung der vermögensrechtlichen Schutzpositionen ergeben. Zum anderen beherrschen in der *Common Law*-Tradition die Vertragsfreiheit und der freie Wettbewerb als oberste Maxime auch den Urheberrechtsschutz<sup>853</sup>. Als eine der wenigen Einschränkungen mag die in Sec. 90 (3) CDPA geregelte Schriftform angesehen werden. Diese dient – ähnlich wie im deutschen Zivilrecht –, neben der hiermit intendierten Beweisfunktion, dazu den Urheber vor allzu unüberlegten Dispositionen über sein Recht zum Nachdenken zu verleiten (Warnfunktion)<sup>854</sup>.

#### D) *Moral Rights* im Copyright

Trotz der gegenüber der Schöpferpersönlichkeit neutralen Ausgestaltung des Copyrights finden sich auch im CDPA Vorschriften über *Moral Rights*<sup>855</sup>. Deren Existenz ist maßgeblich auf den Beitritt zur RBÜ zurückzuführen, nach deren Art. 6<sup>bis</sup> ein Mindestmaß an Persönlichkeitsrechtsschutz zu gewähren ist<sup>856</sup>. Diese Norm bedingt unter anderem das unabtretbare Recht, „die Urheberschaft am Werk für sich in Anspruch zu nehmen und sich jeder Entstellung, Verstümmelung, sonstiger Änderung

852 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 4-04. Sehr anschaulich ist diesbezüglich das Zitat bei Reimer, GRUR Int. 1977, S. 85 (89): „*Es gibt keinen besonderen gesetzlichen Status für Urheberrechtsverträge und auch keine gesetzlichen Vermutungen, die dazu bestimmt wären, einen Urheber vor den Folgen seiner eigenen Unvorsichtigkeit zu schützen. Ein Urheber kann sich der Urheberrechte an seinem Lebenswerk mit nur ein paar Worten entäußern: „Ich übertrage hiermit alle meine gegenwärtigen und künftigen Urheberrecht auf X.“*“ Vgl. auch Ellins, S. 165 f. zum Fehlen der Notwendigkeit einer Zweckübertragungslehre bei einer Vollrechtsübertragung nach englischem Copyright.

853 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 4-04.

854 Vgl. Reimer, GRUR Int. 1977, S. 85 (87 f.).

855 Chapter IV CDPA: Secs. 77-79 („*right to be identified as author or director*“), Secs. 80-83 („*right to object to derogatory treatment of work*“), Sec. 84 (Schutz gegen „*false attribution of work*“), Sec. 85 („*right to privacy of certain photographs and films*“). Im amerikanischen Recht finden sich urheberpersönlichkeitsrechtliche Regelungen in § 106 A USCA 1976, die nach dem Beitritt der USA zur RBÜ am 1. März 1989 eingeführt wurden. Vgl. zu den Umständen *Baumgarten/Meyer*, GRUR Int. 1989, S. 620 ff.; *Dreier*, GRUR Int. 1985, S. 525 ff.; *Strowel* in *Dittrich* (Hrsg.), S. 1 (10).

856 Vgl. zur Entwicklung der *Moral Rights* im Vereinigten Königreich, *Copinger & Skone James*, Rdnr. 11-02. Siehe auch *Baumgarten/Meyer*, GRUR Int. 1989, S. 620 (622 f.).

oder Beeinträchtigung des Werkes zu widersetzen, die seiner Ehre oder seinem Ruf nachteilig sein könnten“, zu gewähren.

Umgesetzt wurden die Vorgaben im britischen Recht durch den CDPA von 1988<sup>857</sup>. Als eigentliche Urheberpersönlichkeitsrechte wurden in erster Linie ein Recht der *authors* von literarischen, dramatischen und musikalischen Werken sowie Werken der bildenden Kunst auf Anerkennung der Urheberschaft<sup>858</sup> und ein Recht derselben auf Schutz gegen Beeinträchtigungen des Werkes<sup>859</sup> implementiert<sup>860</sup>.

Der Gefahr systemfremder Eingriffe in das Copyright durch die Einführung von *Moral Rights* scheint der englische Gesetzgeber auf verschiedene Weise aus dem Weg gegangen zu sein. Konzeptionell wird dies von vornherein dadurch deutlich, dass die *Moral Rights*, obwohl im Copyright-Abschnitt des CDPA geregelt, nicht im eigentlichen Sinne Gegenstand des Copyrights sind<sup>861</sup>. Es handelt sich um zwei unterschiedliche Rechte, die weit gehend unabhängig und nur zum Teil verbunden sind. Eine Beziehung zwischen Copyright und *moral right* wird dadurch hergestellt, dass Letztere nur an solchen Werken bestehen können, die auch Copyrightschutz genießen<sup>862</sup>. Unabhängig sind dagegen die beiden Rechtspositionen im Hinblick auf deren Schicksal und zwar sowohl bei der Frage nach der Rechtsinhaberschaft<sup>863</sup> als auch des Verbleibs. Hierin ähnelt das System des CDPA den dualistischen *Droit-D'Auteur*-Konzeptionen.

857 Chapter IV – Moral Rights.

858 Sec. 77 CDPA.

859 Sec. 80 CDPA.

860 Zwei weitere Rechtspositionen wurden als *Moral Rights* in den CDPA aufgenommen. Bei dem Recht gegen *false attribution of work* („Recht auf falsche Zuschreibung“, Sec. 84.) handelt es sich lediglich um das Negativ des Namensnennungsrechts, das nicht dem Urheber, sondern gerade dem Nichturheber eines Werkes zusteht. Das „*Right to privacy of certain photographs and films*“ (Sec. 85 CDPA) ist lediglich ein negatives Abwehrrecht, das dem Urheber eines Films oder einer Fotografie Rechtsschutz gegen eine unerlaubte Veröffentlichung ermöglicht.

861 Dies wird als Umkehrschluss aus Sec. 103 (1) CDPA gefolgert, nach dem eine Verletzung der *Moral Rights* keine Verletzung des Copyrights darstellt, sondern die „*Verletzung einer gesetzlich auferlegten Pflicht*“, vgl. *Cornish*, GRUR Int. 1990, S. 500 (500). Sec. 103 (1) besagt: „*An infringement of a right conferred by chapter IV (Moral Rights) is actionable as a breach of statutory duty owned to the person entitled to the right.*“

862 *Copinger & Skone James*, Rdnr. 11-05. Dies bedingt z. B., dass auch die Schutzdauer der *Moral Rights* an die des Copyrights geknüpft ist, vgl. Sec. 86 (1). Eine Ausnahme zu diesem Grundsatz ergibt sich aus Sec. 86 (2) in Bezug auf das Recht, sich gegen die falsche Zuschreibung fremder Werke zu schützen. Dies währt 20 Jahre, ist aber auch kein Urheberpersönlichkeitsrecht im eigentlichen Sinne, da es unabhängig von jeglicher „*authorship*“ jedermann schützt (so auch *Copinger & Skone James*, Rdnr. 11-05).

863 Die *Moral Rights* stehen immer dem *author* zu, der nach dem oben, Punkt B) sowie Fn. 845 Gesagten, vom *owner* häufig personenverschieden sein wird, vgl. auch *Copinger & Skone James*, Rdnr. 11-05.

Auch inhaltlich wurde bei der Regelung der *Moral Rights* auf systematische Stringenz geachtet. So sind diese unter den verschiedenen denkbaren Rechtsinhabern eines Copyrights nur den Urhebern von literarischen, dramatischen und musikalischen Werken, also den klassischen WerkGattungen, zugänglich<sup>864</sup>. Hierdurch wird verdeutlicht, dass das *Moral Right* einem anderen Grundansatz, einer anderen Legitimationsgrundlage, unterliegt als das Copyright und nicht ein bloßer Unteraspekt des Copyright ist<sup>865</sup>.

Im Übrigen gehen die *Moral Rights* nicht allzu weit. Sie unterliegen, zur Stärkung der investitionsschutzrechtlichen Interessen des Copyrights, verschiedenen, z. T. erheblichen Beschränkungen<sup>866</sup>. So kann das Namensnennungsrecht nur geltend machen, wer sich dieses in bindender Weise schriftlich z. B. in einem Lizenzvertrag oder einer sonstigen Erklärung vorbehalten hat („*assertion*“)<sup>867</sup>. Gegenüber Rechtsnachfolgern ist eine Geltendmachung des Namensnennungsrechts nur im Falle einer vertraglichen Vereinbarung oder – im Falle eines anderweitig vereinbarten Vorbehalts – bei Kenntnis des Rechtsnachfolgers von einem solchen Vorbehalt möglich<sup>868</sup>. Das Namensnennungsrecht aus den Sec. 77 ff. CDPA ist damit kein dem deutschen Urheberpersönlichkeitsrecht vergleichbares, aus übergesetzlichen Erwägungen gewährtes „Natur- oder Menschenrecht“. Es entsteht nicht unabhängig von Formalien durch den Schöpfungsvorgang, was u. a. die Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 2 der RBÜ in Frage stellt<sup>869</sup>.

864 Vgl. Sec. 77 (1) und 80 (1) CDPA. Daneben wirken die *Moral Rights* auch zu Gunsten von Filmregisseuren. Die Gründe für die Ausweitung der *Moral Rights* auf die Regisseure liegen darin, dass zum damaligen Zeitpunkt noch kein Copyright für Filmregisseure existierte. Die Einführung der *Moral Rights* förderte die Bestrebungen nach einem eigenen Copyright für diese Art Leistungen, vgl. *Cornish*, Rdnr. 12-69.

865 *Cornish*, Rdnr. 12-69.

866 Es finden sich aufgrund dieser schwachen Ausprägung Stimmen in der Literatur, die meinen, die englischen Urheber stünden im Hinblick auf die weit reichenden Schranken- und Ausnahmenvorschriften der *moral rights* schlechter als nach altem Common-Law-Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte, vgl. *Ginsburg*, GRUR Int. 1991, S. 593 (602).

867 Sec. 77 (1) 2. HS; Sec. 78 CDPA. Bei diesem Erfordernis der „*assertion*“ sind einige Aspekte unklar. Etwa ist zweifelhaft, ob der *author* sein Namensrecht auch nach einer Nichtnennung noch mit Rückwirkung geltend machen kann (vgl. *Ellins*, Harmonisierung, S. 203 f.). Angesichts der Tatsache, dass der Zweck des Erfordernisses der *assertion* nach Sec. 77, 78 CDPA darin liegt, dem Nutzer Rechtssicherheit über seine Stellung im Verhältnis zum Rechtsinhaber zu verschaffen (vgl. *Copinger & Skone James*, Rdnr. 11-18), wird hiervon wohl nicht ausgegangen werden können. Andernfalls könnte der Berechtigte nach einer Verwertungshandlung diese durch einseitige Handlung zur Rechtsverletzung erklären. Nach Sec. 78 (5) CDPA ist es sogar Pflicht des *authors*, seine *assertion* ohne verschuldete Verzögerung auszusprechen. Tut er dies nicht, wird die Verzögerung bei Verletzungsprozessen gegen den Rechtsinhaber verwendet (z. B. mit der Folge einer Minderung des Schadensersatzes, vgl. *Ellins*, S. 204).

868 Vgl. Sec. 78 (4) CDPA.

869 So auch *Cornish*, Rdnr. 12-70

Weitere Einschränkungen der *Moral Rights* finden sich in Sec. 79, nach der umfangreiche bereichs- und nutzungsspezifische Ausnahmen vom Namensrecht bestimmt werden<sup>870</sup>. Erheblich entkräftet wird die Schutzwirkung des Namensnennungsrechts schließlich dadurch, dass es möglich ist, sich dessen durch pauschalen, sogar formlos und im Voraus erklärbaren Globalverzicht zu entledigen<sup>871</sup>. Ohne Rücksicht auf die im deutschen Recht so häufig hervorgehobene Verhandlungsdisparität des Urhebers oder die übliche Praxis von *buy-out*-Verträgen lässt sich der Schutz des Namensnennungsrechts sowie der anderen *Moral Rights* ohne Weiteres abbedingen.

Ähnlich stark eingeschränkt ist auch das Recht auf Werkintegrität. Wenn dessen Geltendmachung auch nicht auf Fälle des ausdrücklich erklärten Vorbehalts beschränkt ist, finden sich hier ebenfalls umfangreiche Ausnahmen<sup>872</sup>.

Es besteht wohl weit gehend Einigkeit darüber, dass durch die umfangreichen gesetzlichen Ausnahmen und die Möglichkeiten vertraglicher Verzichtserklärungen der Schutz der *Moral Rights* nach englischem Recht sehr kurz greift<sup>873</sup>. Entgegen der augenscheinlichen Angleichung des englischen Copyrights an die kontinentaleuropäischen Systeme im Bereich des Urheberpersönlichkeitsrechts sind sich die Systeme in diesem Aspekt weiterhin sehr fern<sup>874</sup>.

Dies ist allerdings aus Sicht des englischen Schutzsystems nur konsequent. Die Unterschiede sind aufgrund der divergierenden Grundausrichtung der beiden Rechtsfamilien vorbestimmt. So sind einem Recht, das einzig dem Investitionsschutz und den partikulären und kollektiven wirtschaftlichen Interessen dienen soll,

870 So bei Computerprogrammen und typografischen Schriftzeichen, Arbeitnehmerwerken, Filmwerken, wenn das Copyright dem Produzenten zusteht etc.

871 Sec. 87 (1) und (2) CDPA. Vgl. hierzu *Cornish*, z. B. Rdnr. 12-71; *Ginsburg*, GRUR Int. 1991, S. 593 (603) mit Hinweis auf Sec. 87 (2); *Ellins*, S. 227. Somit können auch aus der Tatsache, dass nach Sec. 94 CDPA die *Moral Rights* nicht abtretbar sind, keine Schlüsse auf einen besonderen Schutz des Urhebers gezogen werden.

872 Sec. 80 (5 ff.) CDPA.

873 *Ginsburg*, GRUR Int. 1991, S. 593 (604) spricht von den urheberpersönlichkeitsrechtlichen Bestimmungen des CDPA als „zynisch oder zumindest halbherzig“. Es ist in der Tat zweifelhaft, ob diese Regelungen mit allen möglichen Ausnahmen und Beschränkungen überhaupt den (geringen) Anforderungen der RBÜ entsprechen, zu deren Umsetzung sie einzig implementiert wurden (so *Ellins*, S. 226 f.; *Ginsburg*, GRUR Int. 1991, S. 593 (604)). So heißt es in Art. 6bis RBÜ etwa, dass die Kernpositionen des Urheberpersönlichkeitsrechts auch nach einer Abtretung der vermögensrechtlichen Positionen noch dem Urheber verbleiben müssen. Damit ist die gesetzlich geschaffene Möglichkeit des Globalverzichts unvereinbar. In Art. 5 Abs. 2 RBÜ heißt es, dass der Genuss und die Ausübung der durch die RBÜ gewährten Rechte nicht an die Erfüllung von Förmlichkeiten gebunden sein dürfen. Dem steht wiederum das Erfordernis der *assertion* im Rahmen des Namensrechts entgegen (so auch *Cornish*, Rdnr. 12-70).

874 Dies räumt auch *Strowel in Dittrich* (Hrsg.) S. 1 (10) ein, der ansonsten – im Gegensatz zu *Ellins* – eher von einer engen Verwandtschaft beider Systeme ausgeht.

weit gehende werkart- und generell zugewiesene Urheberpersönlichkeitsrechte naturgemäß fremd. Solche Rechtspositionen wären angesichts der hiermit einhergehenden Hemmungswirkung für die wirtschaftlichen Belange am Werk nach dem englischen Verständnis von Urheberrecht kaum zu rechtfertigen. Eine rein individual-naturrechtliche Begründung findet mithin keine Grundlage im Rechtssystem.

In den Gründen, die *Moral Rights* auf die beschriebene Art zu regeln, spiegeln sich also deutlich die erheblichen wesensmäßigen Unterschiede zwischen Copyright und *Droit D'Auteur* wider. Wenn sich nicht das Grundverständnis von Funktion und Wesen in einer der beiden Rechtsfamilien elementar wandelt, steht nicht zu erwarten, dass die konzeptionellen und inhaltlichen Unterschiede egalisiert werden (können)<sup>875</sup>.

## E) Schranken des Copyrights

Die Schranken-Systematik soll hier ausnahmsweise am amerikanischen Copyright verdeutlicht werden, da diese im Vergleich zur deutschen Konzeption in den §§ 45 ff. UrhG besonders prägnant ist<sup>876</sup>. In Sec. 107 USCA wird die „Mega-Schranke“ des *fair use* geregelt<sup>877</sup>. Die hierdurch erfassten Ausnahmetatbestände sind nicht abschließend aufgezählt. Zwar werden auch hier einige Zwecke genannt, die für die Annahme eines *fair use* sprechen können. Deren Aufzählung hat indes nur Bei-

875 Sehr aussagekräftig ist diesbezüglich das Zitat bei *Ginsburg*, GRUR Int. S. 593 (604) eines parlamentarischen Unterstaatssekretärs für Industrie- und Verbraucherfragen im Unterhaus, der sagte: „Wir beugen uns der Berner Übereinkunft soweit wir es müssen, um sie zu unterschreiben und dadurch angemessenen Schutz für unsere Werke und unsere geistigen und gewerblichen Eigentumsrechte in anderen Ländern zu bekommen...“

876 Im Gegensatz zu der amerikanischen Regelung ähnelt die Systematik der gesetzlichen Regelung des englischen „*fair dealing*“ eher der deutschen Konzeption. Es werden hier einzelne Ausnahmen zum Schutz bestimmter Belange der Allgemeinheit ausdrücklich geregelt (vgl. Chapter III, Sec. 28 – 76 CDPA). So erlaubt etwa Sec. 29 (1) CDPA einige Nutzungshandlungen zum Zwecke der Forschung und dem privaten Studium. Eine Schranke für Vervielfältigungen zu rein privaten (nicht Bildungs-) Zwecken existiert indes nicht. Im Rahmen der Umsetzung der EU-Richtlinie 2001/29/EG wurden diesbezüglich keine Änderungen oder Einschränkungen vorgenommen (vgl. *fipr* (Hrsg.), S. 121).

877 Hier heißt es: „*Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching ... is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work on any particular case is a fair use the factors to be considered shall include – (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantially of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.*“

spielscharakter<sup>878</sup>. Stattdessen werden für die jeweilige Abwägung, ob ein privilegierter Gebrauch vorliegt, Indizien genannt, an denen die Nutzung gemessen werden muss<sup>879</sup>. Hierzu zählen das Ziel der Nutzung<sup>880</sup>, die Natur des Werkes<sup>881</sup>, die Bedeutung des verwendeten Werkteils im Vergleich zum Gesamtwerk und die Auswirkung der Benutzung auf den Markt, auf dem das Werk verwertet wird.

Die *fair use doctrine* verkörpert damit ein wesentlich flexibleres Instrument bei der Berücksichtigung dem ausschließlichen Urheberrecht entgegenstehenden Interessen als die Regelung einzelner, zum Teil sehr spezieller Ausnahmen. Aus Sicht der Anpassungsfähigkeit der Rechtslage an den jeweiligen Einzelfall und die allgemeine technische und sonstige Entwicklung scheint eine solche Regelungsmethode – wie sie auch in § 1 a. F. bzw. § 3 n. F. UWG<sup>882</sup> gewählt wurde – gegenüber detaillierteren Regelungen vorzugswürdig. Nachteilig ist dieses *Common Law*-Modell indes in Bezug auf die Rechtssicherheit.

## F) Schutzdauer

Die Schutzdauer ist im europäischen Raum mittlerweile aufgrund einer EU-Richtlinie harmonisiert. Dies hatte in Bezug auf die Urheberrechte für Deutschland keine weiter gehenden Konsequenzen, da die zentrale Vorschrift (Art. 1) der Richtlinie die deutsche Schutzdauerregelung von 1965<sup>883</sup> zum Vorbild hatte<sup>884</sup>. Für Großbritannien bedeutete dies, dass die Schutzfristen des CDPA für „*artistic, literary, dramatic, musical and artistic works*“<sup>885</sup> sowie Filme<sup>886</sup> um 20 Jahre verlängert

878 Dies geht hervor aus der Formulierung „...including such use by...“ hervor.

879 Vgl. eingehend hierzu *Goldstein*, Vol. 2, S. 188 f.

880 V. a. wird unterschieden, ob die Nutzung kommerziellen oder nichtkommerziellen Zwecken dient.

881 In der Entscheidung des Court of Appeals *A&M Records et al vers. Napster Inc.* (CRi, 2001, S. 50 (51) heißt es diesbezüglich: „*Works that are creative in nature are closer to the core of intended copyright protection than are more fact-based works.*“ Die Qualität eines Werkes, also v. a. die Charakterisierung desselben als kreatives oder funktionales Werk, ist hierbei bei der Interessenabwägung heranzuziehen. Dabei spricht eine höhere Qualität zunehmend gegen die Annahme eines *fair use* (vgl. *A&M Records et al vers. Napster Inc.*, CRi, 2001, S. 50 (51).

882 Mit der Reform des UWG wurde der alte § 1 UWG durch die neuen §§ 3 und 4 UWG ersetzt. § 3 UWG n. F. enthält hierbei nach wie vor die Generalklausel, die allgemein unlauteren Wettbewerb verbietet. Diese wird in § 4 UWG n. F. durch einen Beispielskatalog präzisiert. Hiermit sollen der Rechtsprechung Hilfestellungen bei der Konkretisierung der Generalklausel gegeben werden (vgl. die Begründung im Regierungsentwurf zur Reform des UWG, BT-Drcks. 15/1487, S. 16).

883 § 64 UrhG.

884 Vgl. *Dietz*, UFITA 136, S. 5 (16)

885 Sec. 12 (1) und (2) CDPA.

mussten. Vereinheitlicht (Dauer: 50 Jahre) wurden auf diesem Wege auch die Fristenregelungen der Rechte der ausübenden Künstler (Art. 3, Abs. 1) und der Tonträger- (Art. 3, Abs. 2) sowie der Filmhersteller (Art. 3, Abs. 3)<sup>887</sup> und der Sendeunternehmen (Art. 3, Abs. 4)<sup>888</sup>.

Die Schutzfristenregelungen von europäischem (englischem und irischem) Copyright und *Droit D'Auteur* sind folglich gleich. Dies gilt im Übrigen auch für das US-amerikanische Copyright, welches nach Sec. 302 (a) – grundsätzlich – ebenfalls für 70 Jahre p. m. a. geschützt wird<sup>889</sup>.

#### IV) Ergebnis des Exkurses

Auch ein kurzer Ausblick auf die beiden international konkurrierenden Urheberrechtssysteme verdeutlicht anschaulich, dass diese wesentlich voneinander abweichen. Insbesondere auf der Ebene der Rechtsgrundlagen lassen sich Unterschiede elementarer Natur verzeichnen<sup>890</sup>. Copyright und *Droit D'Auteur* folgen unterschiedlichen Wertungen, Begründungen und Zielvorstellungen. Durch Angleichungsmaßnahmen insbesondere auf europäischer, aber auch auf internationaler Ebene konnte zwar bislang ein gewisser Minimalkonsens gefunden werden. Zu einer systematischen Annäherung ist es jedoch bislang nicht gekommen. In den Bereichen, in denen es trotz der grundlegenden Unterschiede zu kohärenter Regulierung gekommen ist, wie etwa bei der Frage nach der Schutzuntergrenze<sup>891</sup> oder des

886 Sec. 13 b (2) CDPA.

887 Aufgrund dieser Vorschrift wurde im deutschen Recht eine Änderung bei der Berechnung der Schutzfrist von Filmwerken in § 65 Abs. 2 UrhG erforderlich. Dieses erlischt nun 70 Jahre nach dem Tod entweder des Hauptregisseurs, der Urheber des Drehbuchs, der Urheber der Dialoge oder des Komponisten der Filmmusik.

888 Änderungen wurden durch diese Vorgaben auch im deutschen UrhG nötig. Darüber hinaus werden durch die Richtlinie Schutzfristen für unveröffentlichte Werke (Art. 4), kritische und wissenschaftliche Ausgaben (Art. 5) und Fotografien (Art. 6) vorgesehen. Ausdrücklich vom Regelungsbereich der Richtlinie ausgenommen (siehe Art. 9) wurden einmal mehr die Urheberpersönlichkeitsrechte.

889 Von dieser Grundnorm, die nur für Werke gilt, die am oder nach dem 1.1.1978 geschaffen wurden werden in Chapter 3 (Sec. 301-305) diverse Ausnahmen gemacht. Interessant ist diesbezüglich die Ausnahme für „works made for hire“: diese genießen nach Sec. 302 (c) eine Schutzdauer von 95 Jahren ab Erstveröffentlichung oder 120 Jahren nach der Schöpfung, je nachdem, welche Frist zuerst abläuft. Hier zeigt sich einmal mehr die industriefreundliche Ausrichtung des USCA.

890 Zu diesem Ergebnis kommt auch *Ellins*, z. B. S. 357 ff.; a. A. *Strowel* in *Dittrich* (Hrsg.), S. 1 (1 f.), der es ablehnt bei Copyright und Urheberrecht in Dichotomien zu denken und meint, die Unterschiede seien weniger elementar als dies den Anschein hat.

891 Siehe oben zum Werkbegriff bei Computerprogrammen und Datenbanken, Kapitel 1, Punkt I.B.4.d).

Schutzes von Computerprogrammen in Abhängigkeitsverhältnissen, hat sich das Copyright gegen das deutsche Recht durchsetzen können.

Die Copyright-Staaten zeigen sich hier systembewusst: Bei der Umsetzung internationalrechtlicher Regelungen mit kontinentaleuropäischer Prägung, wie den Urheberpersönlichkeitsrechten, beschränkte man sich auf ein minimales Regelungsniveau. Die hierbei entstandenen Normengefüge haben – jedenfalls aus rechtsphilosophischer Sicht – mit ihren Vorbildern im *Droit D’Auteur* nicht viel gemein. Ein international harmonisiertes Schutzniveau ist ausgeblieben. Dennoch wurden diese zurückhaltenden Anpassungen der Copyright-Systeme von den Hütern des internationalen Urheberrechts (insbesondere der WIPO) als ausreichend akzeptiert. Immerhin wird mit dieser Toleranz erreicht, dass in den internationalen Urheberrechtsverträgen zwei völlig unterschiedliche Rechtsfamilien koexistieren<sup>892</sup>.

Allerdings könnte eine derart oberflächliche Annäherung der Rechtsfamilien einem europäischen Harmonisierungsvorhaben kaum genüge tun. Aufgrund der Schwierigkeit einer systematischen Annäherung der Grundvorstellungen – insbesondere im Bereich des Urheberpersönlichkeitsrechts – erklärt sich auch, dass dieser Bereich bislang bei allen Harmonisierungsmaßnahmen innerhalb der EU ausgeklammert wurde. Es ist ohnehin zweifelhaft, ob dies über punktuelle Anpassungsmaßnahmen gelingen kann. Eine Vereinheitlichung von Copyright und Urheberrecht wird wohl nur durch einen konzeptionellen und rechtstheoretischen Neuansatz zumindest eines der beiden Systeme gelingen können.

Die Erkenntnis von der Notwendigkeit einer kohärenten supranationalen Regelung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte angesichts der Globalisierung der Verwertungsebene, bestärkt den Vorsatz, im weiteren Verlauf dieser Arbeit Möglichkeiten einer Anpassung der beiden Rechtsfamilien zu ermitteln.

892 Beachtlich ist weiterhin, dass, trotz der Tatsache, dass das Copyright den verwandten Schutzrechten systematisch und dogmatisch näher zu stehen scheint als dem Urheberrecht, man im internationalen Recht nicht zwischen den Rechtsfamilien an sich, sondern nach kontinentaleuropäischem Vorbild zwischen Abkommen über das Urheberrecht (z. B. WCT und RBÜ) und solchen zum Leistungsschutzrecht (z. B. WPPT) unterscheidet.

## Teil 2: Funktionswandel des Urheberrechts am Beispiel des Schutzes „digitaler Werke“ und anderer Aspekte

### I) Einleitung

Wie schon in Teil 1 der Arbeit beschrieben, bestimmt der Werkbegriff in §§ 1 und 2 UrhG den Schutzbereich des deutschen Urheberrechts. Nach § 1 UrhG werden Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst geschützt. Mit dieser Umschreibung des Schutzgegenstandes stellt sich das Urheberrecht jedenfalls auf den ersten Blick als das Schutzrecht des Kulturschaffens dar. Nach dem klassischen Verständnis des Urheberrechts diente dieses dazu, dem Urheber eines der Allgemeinheit Belehrung, Erbauung und Unterhaltung, kurz einen geistigen Genuss bietenden Geisteswerkes, den vollen Wert seines Werkes zu sichern. Hierbei war zu berücksichtigen, dass der Urheber derartige Güter in der Regel zur Befriedigung kultureller Bedürfnisse der Allgemeinheit schafft, dabei jedoch das volle Risiko des Schaffens und der Verwertungsfähigkeit zu tragen hat<sup>893</sup>.

Dieses traditionelle Verständnis von der Funktion des Urheberrechts scheint durch die neuere Entwicklung, z. B. durch das Hinzutreten neuer Schutzgegenstände und die Ausweitung der Schutzrechte auf andere Schutzaspekte, überholt worden zu sein<sup>894</sup>. Maßgeblich eingeleitet wurde der Funktionswandel durch die Aufnahme der Computerprogramme in den Schutzbereich des Urheberrechtsgesetzes<sup>895</sup>. Mit diesem Akt hat das Urheberrecht in Deutschland eine Tendenz angenommen, die sich später im Schutz von Datenbanken fortsetzte. Diese beiden Gesetzgebungsmaßnahmen markieren in der Entwicklung des Urheberrechts zu einem der elementaren rechtlichen Mechanismen der Informationsgesellschaft die neuralgischen Punkte. Der damit eingeleitete Funktionswandel liegt dabei weniger in der Erweiterung des Urheberrechtsschutzes auf „unpersönliche“ Werkarten mit originär technisch-funktionaler Bestimmung, deren kulturelle Funktion eher gering ist. Bereits unter LUG und KUG von 1907 war die „Zweckfreiheit“ der Geistesschöpfung für den Ur-

893 So *Betten*, Mitteilungen 1983, S. 62 (65) mit Verweis auf die Lehre *Hubmanns* (vgl. *Hubmann/Rehbinder*, Urheberrecht, 7. Auflage, S. 36 ff.).

894 So auch *Ulrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 83 (85) ff.; *Cornish*, ebd., S. 9 (9 f.); *Kur*, ebd., S. 23 (24 ff.). Vgl. zum Funktionsbegriff oben, Fn. 3.

895 Dies geschah durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 09.06.1993, vgl. BGBl. I 1993, S. 910.

heberrechtsschutz nicht (mehr) gefordert<sup>896</sup>. Schon bei den Vorgängern des heutigen Urheberrechtsgesetzes genossen Waren- und Preisverzeichnisse, Rezeptsammlungen, Adressbücher und Veranstaltungsprogramme, also vom Menschen erzeugte Güter, die zwar nützlich und in ihrer speziellen Gestaltung eigentümlich sein konnten, kulturell hingegen keinerlei Rolle spielten, den starken Schutz dieses Ausschließlichkeitsrechts<sup>897</sup>. Der Gesetzgeber stellte in der Begründung zum Urheberrechtsgesetz 1965 klar, dass an dieser Rechtslage festgehalten werden sollte<sup>898</sup>.

Dennoch drängt sich angesichts der überaus kontroversen Diskussion<sup>899</sup>, die dem Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen vorausgegangen war, auf, dass dieser Schritt für die Geschichte des Urheberrechts einen wesentlichen Einschnitt bedeutete. Dem wird im folgenden Abschnitt nachgegangen.

Offenkundig ist, dass das Urheberrecht mit seinem im 1. Teil beschriebenen klassischen kulturellen und künstlerischen Ansatz nicht für den Schutz reiner Wirtschaftsgüter konzipiert wurde. Die sich im Gesetz widerspiegelnde Vorstellung vom Werk als einem personenbezogenen immateriellen Gegenstand, scheint auf solche Schutzgegenstände nur schwer übertragbar. Was aber macht das Computerprogramm im Vergleich zu anderen Werken der kleinen Münze zu einem besonderen Schutzgegenstand? Es wird sich zeigen, dass diese Frage im Detail nicht ohne Weiteres zu beantworten ist. Um dem auf den Grund zu gehen, soll die Geschichte des Urheberrechtsschutzes dieser Werkart dargestellt und anhand dieser versucht werden, deren Besonderheiten aufzuzeigen. Hieraus wiederum sollten sich Schlussfolgerungen auf die Gesamtwirkung des urheberrechtlichen Computerprogrammschutzes für das Urheberrechtsgesetz ziehen lassen.

## II) Der Rechtsschutz von Computerprogrammen

### A) Internationale Entwicklung

Prägnant für die Entwicklung des Schutzes der Computerprogramme durch das deutsche Urheberrecht und allgemein für die Fortentwicklung der nationalen Bestimmungen in diesem Rechtsgebiet waren von Anfang an die internationalen Verflechtungen.

896 Vgl. im Einzelnen hierzu *Thoms*, S. 19 – 44.

897 Vgl. *Thoms*, S. 44.

898 Motive, UFITA 45 (1965), S. 252.

899 Hierzu sogleich, Punkt II.).

Die Ursprünge des Rechtsschutzes von Computerprogrammen finden sich in ersten Copyright-Anmeldungen für Software in den USA aus dem Jahre 1961<sup>900</sup>. Ausgehend von der damaligen Zurückhaltung bei der Gewähr von Patentschutz für Software durch die amerikanischen Gerichte<sup>901</sup> – und der erkannten Notwendigkeit eines Investitionsschutzes in diesem Bereich – entwickelte sich in den folgenden Jahren die konstante Rechtspraxis, Computerprogramme dem Schutz des Copyrights zu unterstellen. Im Jahre 1978 wurde dann der „*Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*“ (CONTU) veröffentlicht, in dem eine Ergänzung des Copyright Acts in diese Richtung empfohlen wurde<sup>902</sup>. Auf diese Weise sollten bestehende Schutzlücken geschlossen und das Erfordernis eines neuen Schutzrechtes umgangen werden.

Diese amerikanische Rechtsprechungspraxis hat in der Folgezeit die internationale Entwicklung des Rechtsschutzes für Computerprogramme wesentlich geprägt. Einerseits um den erheblichen, stetig ansteigenden Verlusten der Software-Industrie durch die Piraterie vor allem im Raum Südostasiens entgegenzuwirken, andererseits, um den bereits bestehenden internationalen Rechtsrahmen auf dem Gebiet des Urheberrechts nebst Mindestrechten und Inländerbehandlung<sup>903</sup> für die Zwecke des Softwareschutzes fruchtbar zu machen, übten die Vereinigten Staaten in den achtziger Jahren auf breiter Ebene außenpolitischen und wirtschaftlichen Druck aus, um die Interessen der einheimischen Softwareindustrie an urheberrechtlichem Schutz weltweit durchzusetzen<sup>904</sup>. Als Mittel hierfür wurden Handelssanktionen und die Verweigerung bilateraler Wirtschaftsabkommen eingesetzt. Selbst Deutschland wurde noch 1991 auf einer sog. „*Watch List*“ geführt, mit der Begründung, keinen ausreichenden Urheberrechtsschutz für Computerprogramme zu gewährleisten. Dieses außenpolitische Engagement führte fast überall auf der Welt zum Erfolg, teils direkt, teils über den Umweg der ebenfalls von den USA erheblich beeinflussten internationalen Abkommen (RBÜ, TRIPS, WCT), sodass heute die meisten Staaten der Erde einen urheberrechtlichen Schutz für Computerprogramme vorsehen. Das

900 Dreier in Computerprogramme II, S. 31 (33).

901 Dreier in Computerprogramme II, S. 34.

902 Dreier in Computerprogramme II, S. 33.

903 Insbesondere ist hiermit das WUA gemeint. Der RBÜ sind die USA erst im Jahre 1989 beigetreten, vgl. hierzu *Baumgarten/Meyer*, GRUR Int. 1989, S. 620 ff.

904 Dreier in Computerprogramme II, S. 38 f.; auf diese Weise wurde etwa der unten beschriebene Entwurf eines Sonderrechtsschutzes in Japan zum Scheitern verurteilt. Die USA drohten mit Retorsionsmaßnahmen, falls dieses vom japanischen Wirtschaftsministerium vorgeschlagene Konzept umgesetzt würde, vgl. *Kolle*, ZUM 1985, S. 15 (18). Vgl. eingehend zur Einflussnahme der USA auf das internationale Urheberrecht durch Ausübung außenpolitischen – insbesondere wirtschaftlichen – Druck die Dissertation von *Haedicke, passim*.

gilt aufgrund bilateraler Wirtschaftsabkommen zum Beispiel auch für die Mehrzahl der osteuropäischen Staaten einschließlich der ehemaligen Sowjet-Republiken<sup>905</sup>.

Bemerkenswert ist diese Entwicklung zum einen, da noch Mitte der achtziger Jahre, zu einer Zeit, als erst sehr wenige Länder gesetzliche Regelungen für Computerprogramme vorsahen<sup>906</sup>, es durchaus einige, auch – aus Sicht der internationalen Softwareindustrie – wichtige Länder gab, die mehr einem Sonderschutz zugeneigt waren als der Einbeziehung in das bestehende System des Immaterialgüterrechts. So verkörperte ein Gesetzesentwurf in Japan aus dem Jahre 1983 ein Modell des Sonderrechtsschutzes, das zwar in wesentlichen Zügen dem Urheberrecht entlehnt wurde, jedoch angepasste Regelungen über die Schutzdauer und spezielle Nutzungsrechte enthielt sowie das Konzept eines Registrierungssystems vorsah<sup>907</sup>. Ähnliche Entwürfe wurden 1984 in Frankreich und Brasilien vorgelegt. Es ist belegt, dass sowohl auf Japan als auch auf Brasilien angesichts dieser Tendenz durch die USA erheblicher Druck ausgeübt wurde und dass es daher zu einer Umsetzung nie kam<sup>908</sup>.

Bemerkenswert ist dieser Einfluss der Entwicklung des Softwareschutzes durch die USA außerdem deshalb, da sich auch die WIPO bereits in den siebziger Jahren mit der Problematik auseinandersetzte, die hier gefundenen Lösungsansätze sich jedoch nicht gegen das amerikanische Modell durchsetzen konnten<sup>909</sup>. Nach sechsjähriger Forschungsarbeit einer Beratergruppe, die aus Regierungs- und Nichtregierungs-sachverständigen zusammengesetzt war, veröffentlichte die WIPO im Jahre 1977 Mustervorschriften für den Rechtsschutz von Computerprogrammen<sup>910</sup>.

Diese verkörperten ein Modell des Sonderschutzes, das zwar in den Grundzügen auf den dem Urheberrecht entlehnten konzeptionellen Elementen basiert, jedoch auch wesentliche Bestandteile aus dem Patent- und Wettbewerbsrecht enthält. Durch diese Kombination unterschied sich das Modell der WIPO in verschiedener Hinsicht von den Bestimmungen des internationalen und des deutschen Urheberrechts erheblich. Schon in der Begründung wird deutlich, dass das Schutzkonzept rein wirtschaftlichen Belangen folgt<sup>911</sup>.

905 Eine Ausnahme macht Bulgarien, das einen Sonderrechtsschutz für Computerprogramme eingeführt hat, vgl. *Dreier* in *Computerprogramme II*, S. 42; *Kolle*, ZUM 1985, S. 15 (17).

906 Ausnahmen stellten damals die bereits implementierten Regelungen in den USA, den Philippinen, Ungarn und Australien dar, vgl. *Kolle*, ZUM 1985, S. 15.

907 Vgl. *Kolle*, ZUM 1985, S. 16.

908 *Haedicke*, S. 158; *Kolle*, ZUM 1985, S. 18 f.

909 *Haberstumpf* in *Computerprogramme II*, S. 69 (74).

910 Abgedruckt in GRUR Int. 1978, S. 286 ff.

911 Die Tatsache, dass der Geheimnisschutz (vgl. hierzu im geltenden Recht §§ 17, 18 UWG) bei den Mustervorschriften eine erhebliche Rolle spielt, zeigt, dass diese auf die damals gängige Praxis bei der *Nutzung* von Computerprogrammen zugeschnitten sind. In den siebziger Jahren war der Schutz der Geheimhaltung von Software deshalb wichtig, da diese meist nur in Unternehmen zum Einsatz kam und es sich dabei größtenteils um Individualsoftware handelte, die unmittelbar an die individuellen Belange angepasst war. Man war sich jedoch schon da-

So geht aus den Erläuterungen klar hervor, dass man den Schutz von Software nur aus Gründen der Innovationsförderung, des Investitionsschutzes und des internationalen Handels für erforderlich hielt<sup>912</sup>. Auch deshalb entwarf die WIPO einen Sonderschutz entgegen dem Softwareschutzkonzept nach amerikanischem Vorbild, der jedoch die Grundzüge des kontinentaleuropäischen *Droit D'Auteur* berücksichtigte. Persönlichkeitsrechte, die für Computerprogramme als irrelevant angesehen wurden, enthielt der Entwurf indes nicht. Dies wurde aus Sicht der Notwendigkeit internationaler Harmonisierung<sup>913</sup> wohl deshalb für sinnvoll gehalten, da ein internationaler Konsens aufgrund der Divergenzen über den Urheberpersönlichkeitsrechtsschutz ansonsten möglicherweise gescheitert wäre.

Der Entwurf der WIPO fand bei anderen nationalen und internationalen Urheberrechtsorganisationen unterschiedlichen Anklang. Die „Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht“ befürwortete in einer Mitteilung aus dem Jahre 1979 den Entwurf<sup>914</sup> nur in seinen Grundzügen. Einem Sonderschutz für Software stand man dabei ebenso ablehnend gegenüber wie den meisten dem Wettbewerbsrecht entlehnten Elementen, soweit diese dem Urheberrechtskonzept nicht entsprachen. Die vorgeschlagene Verkürzung der Schutzfrist auf 25 Jahre wurde als verfassungsrechtlich bedenklich und als – aus Gründen des öffentlichen Interesses – nicht geboten, ebenfalls zurückgewiesen<sup>915</sup>. Allgemein sprach man sich für eine Verankerung des Softwareschutzes im Urheberrecht aus. Soweit die Mustervorschriften der WIPO dem urheberrechtlichen Regelungsmodell entsprachen, wurden sie mithin von der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht auch befürwortet.

Im Gegensatz zu der ablehnenden Haltung in Deutschland begrüßte die „Internationale Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz“, die sich im Vorfeld selbst für einen „Schutz *sui generis*“ an Softwareprodukten ausgesprochen hatte, den Ansatz der WIPO<sup>916</sup>.

mals bewusst, dass der Trend auch zur Massenproduktion/-nutzung von Standardsoftware gehen würde, vgl. Erläuterungen zu den Mustervorschriften, GRUR Int. 1978, S. 287. Allerdings ist es auch heute noch gängige Praxis, den Quellcode des Programms nicht offen zu legen, also geheim zu halten. Die Nutzer des Programms sind daher nicht in der Lage zu erkennen, was das Computerprogramm in seiner eigentlichen Form ausmacht, insbesondere auf welchen technischen Regeln seine Funktionsweise basiert. Sie erkennen bestimmungsgemäß nur die tatsächliche Arbeitsweise des Programms und die Bildschirmdarstellung. Geheimhaltung des Programms in seiner eigentlichen Form spielt daher auch heute noch eine wichtige Rolle. Zur Handhabung bei sog. Open Source Software vgl. unten Fn. 1017.

912 GRUR Int. 1978, S. 286 f.

913 GRUR Int. 1978, S. 287.

914 GRUR Int. 1979, S. 300 ff.

915 GRUR Int. 1979, S. 305.

916 Bericht über den XXX. Kongress der Internationalen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz in München, GRUR Int. 1978, S. 430 (431 f./441).

Dennoch kam es zu einer Ratifizierung des Softwareschutzrechts nach den Entwürfen der WIPO nie. Vielmehr wurde die Organisation aufgrund der Einflussnahme der USA dazu gebracht, das Konzept nicht mehr weiter zu verfolgen. Bis zur (ausdrücklichen) Aufnahme der Computerprogramme in ein internationales (Urheberrechts) Abkommen vergingen sodann fast 20 Jahre. Erst mit der Verabschiedung des TRIPS<sup>917</sup>-Abkommens im Jahre 1994 gelang eine internationale Implementierung des Softwareschutzes<sup>918</sup>. Nach Art. 10 Absatz 1 TRIPS genießen Computerprogramme urheberrechtlichen Schutz. Neben der eigentlichen Schutzfähigkeit von Computerprogrammen stellten sich die Verhandlungen über den Umfang des Schutzes auf internationaler Ebene höchst kontrovers und schwierig dar<sup>919</sup>. Auch diesbezüglich waren es allen voran die USA, die sich für einen sehr starken Schutz einsetzten. Letztlich einigte man sich jedoch nur auf einen Mindestschutz, der Computerprogramme nur im „Quellen- oder Objektcode“, also nicht in jeglicher Form erfasst.

Diese Entwicklung beeinflusste schließlich auch die Verhandlungen der WIPO über ein mögliches Zusatzprotokoll zur RBÜ, den späteren WIPO Copyright Treaty. Da mittlerweile der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen international gängige Rechtspraxis geworden war, wurde in diesem Zusammenhang die Frage „Sonder- oder Urheberrechtsschutz“ ersichtlich nicht mehr diskutiert. Vielmehr einigte man sich schließlich auf einen gegenüber dem TRIPS weiter gehenden Computerprogrammenschutz<sup>920</sup>, der diese als literarische Werke im Sinne von Art. 2 RBÜ und „ungeachtet der Art oder Form des Ausdrucks“ erfasst<sup>921</sup>. Ein umfassender und weit gehender, urheberrechtlicher Schutz von Computerprogrammen wurde so letztlich international etabliert.

Neben dem außenpolitischen Druck mögen auch pragmatische Beweggründe für diesen Konsens letztlich entscheidend gewesen sein<sup>922</sup>. Immerhin bestand im Be-

917 *“Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods“.*

918 Dies wurde gleichzeitig mit der Gründung der World Trade Organization (WTO) am 19. April 1994 verabschiedet. Es ist am 1. Januar 1995 auch mit Wirkung für Deutschland in Kraft getreten.

919 Vgl. *Reinbothe*, ZUM 1996, S. 736.

920 Nur zur Klarstellung sei angemerkt, dass die Begriffe „Software“ und „Computerprogramm“ generell zu unterscheiden sind. Das Computerprogramm stellt neben der Programmbeschreibung und dem Begleitmaterial nur einen Bestandteil der Software dar, vgl. *Haberstumpf* in *Computerprogramme II*, Rdnr. 18; *Balzert*, Lehrbuch der Softwaretechnik, S. 22 (a. A. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rdnr. 13). Da diese Unterscheidung hier nicht relevant ist, werden die beiden Begriffe jedoch synonym verwendet.

921 Die Einschränkung, Computerprogramme nur in deren Objekt- sowie Quellcode zu schützen sei deshalb ausgespart worden, da man sich nicht an – zu leicht überholte – technische Gegebenheiten binden wollte, vgl. *Kreile*, ZUM 1995, S. 815 (817).

922 Auch die ALAI, die sich zunächst für einen Sonderschutz der Computerprogramme, zumindest soweit diese den allgemeinen Schutzanforderungen des Urheberrechts nicht genügten,

reich des Urheberrechts bereits ein ausgeprägtes supranationales Schutzsystem. Dagegen hätte die Umsetzung eines Sonderrechtsschutzes in internationale Abkommen erheblichen Aufwand erfordert. Die Schwierigkeiten bei der internationalen Durchsetzung allgemeingültiger Normen mögen auch diejenigen Gesetzgeber abgeschreckt haben, die von den Vorzügen eines Sonderschutzes generell – sei es aus konzeptionellen, sei es aus anderen Gründen – überzeugt waren. Auch mögen andere Vorzüge des Urheberrechtsschutzes, z. B. gegenüber den Regeln des gewerblichen Rechtsschutzes, wie dessen formlose Entstehung und Reichweite, zu einem Einlenken geführt haben.

Abgesehen von dieser weit gehend harmonisierten Behandlung der Frage nach der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Software bestehen bis heute erhebliche Diskrepanzen in der rechtlichen Ausgestaltung des Schutzes. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass man sich innerhalb der internationalen Konventionen nicht auf eine detaillierte Regelung der Schranken einigen konnte. Stattdessen finden sich in TRIPS (Art. 13) und WCT (Art. 10) lediglich Auffangbestimmungen, die als Begrenzung der möglichen, im Detail aber den innerstaatlichen Bestimmungen überlassenen Beschränkungen des Urheberrechtsschutzes fungieren<sup>923</sup>.

## B) Europäische Entwicklung

Ein weiter gehender Harmonisierungsgrad als im Konventionsrecht wurde schon wesentlich früher durch die Verabschiedung der europäischen Computerprogrammrichtlinie im EU-Raum erreicht<sup>924</sup>. Deren Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz erfolgte in fast wörtlicher Übernahme und ohne große Rücksicht auf

eingesetzt hatte, ließ sich schließlich von der Erkenntnis der Vorzüge des bequemen Urheberrechtsschutzes überzeugen, vgl. *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 1991, S. 687 (692 f.).

923 Nach diesem sog. „Drei-Stufen-Test“, sind Schrankenregelungen nur dann zulässig, wenn sie auf bestimmte Ausnahmefälle beschränkt sind, die die normale Verwertung des geschützten Werkes nicht verhindern und die schutzwürdigen Belange des Urhebers nicht in unzumutbarem Maße beeinträchtigen. Vorbild für diese Regelungen ist Art. 9 Abs. 2 RBÜ, ein höheres Harmonisierungsniveau konnte demgegenüber nicht erreicht werden. Ein höherer Harmonisierungsgrad wurde mit Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG in Europa erreicht. Deren Art. 5 lässt Schrankenregelungen nur noch im Rahmen eines nahezu (vgl. die Öffnungsklausel in Art. 5 Abs. 3 lit. o)) abschließenden Kataloges zu. In Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie ist zudem auch der Drei-Stufen-Test geregelt.

924 Die Computerprogrammrichtlinie (Richtlinie des Rates 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 14. Mai 1991, GRUR Int. 1991, S. 336 ff.) bildete den ersten Schritt auf dem Weg zu einer umfangreichen Harmonisierung des europäischen Urheberrechts.

den Sprachgebrauch des Urheberrechtsgesetzes<sup>925</sup> durch Einführung eines neuen 8. Abschnittes (§§ 69a-69g UrhG).

Wichtige Neuerungen ergaben sich z. B. aus der Umsetzung des Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie, durch den Computerprogramme einem neuen Werkbegriff unterstellt wurden<sup>926</sup> (§ 69a Abs. 3 UrhG). Dieser trägt Züge des Copyright-Systems. Ebenso von grundsätzlicher Bedeutung war die Umsetzung von Art. 2 Absatz 3 der Richtlinie in § 69b UrhG. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass diese Norm, die in ihrer Wirkung mit dem angloamerikanischen *work-made-for-hire* vergleichbar ist, mit dem in Deutschland herrschenden Zuordnungsgedanken nur schwer vereinbar ist<sup>927</sup>.

## C) Entwicklung in Deutschland

### 1) Die Entwicklung im deutschen Schrifttum

#### a) Der Streit um Patent- oder Urheberrechtsschutz für Software

Die ersten Abhandlungen der deutschen Rechtsliteratur über den Schutz von Computerprogrammen datieren bereits auf Mitte der sechziger Jahre<sup>928</sup>. Grundlage der in der Folgezeit aufkommenden Diskussion war auch hier die Frage nach einem *copyright* oder *patent approach* des Softwareschutzes<sup>929</sup>. Auch in Deutschland basierte die Diskussion auf der Erwartung, dass Computerprogramme zukünftig einen erheb-

925 BGBl. I 1993, S. 910. Vgl. *Haberstumpf*, Computerprogramme II, S. 69 (74).

926 Ziel dieser Regelung war es seinerzeit nach dem Willen der Kommission klarzustellen, dass alle Programme geschützt werden, die „*nur in dem Sinn Originalität aufwiesen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Arbeit ihres Schöpfers darstellen und in der Software-Industrie nicht alltäglich seien*“. In dieser Deutlichkeit äußert sich die Begründung zur Umsetzung der Richtlinie im 2. Urheberrechtsänderungsgesetz, vgl. UFITA 123 (1993), S. 178 (184). Wie sich dieses Schutzverständnis zum Werkbegriff in § 2 Abs. 2 UrhG verhält, wurde bereits in Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.d) erörtert. Nach diesseits vertretener Auffassung liegt hierin eine Abkehr vom allgemeinen Werkbegriff.

927 So auch *Wandtke*, GRUR 2002, S. 1 (4).

928 Vgl. etwa: *Fromm*, GRUR 1964, S. 304 ff.; *Öhlschlegel*, GRUR 1965, S. 465 ff.; *Axster/Axster*, BB 1967, S. 606 ff. (611); *Moser*, GRUR 1967, 639 ff.

929 Zur Diskussion: *Moser*, GRUR 1967, S. 639; *Öhlschlegel*, GRUR 1965, S. 456; *Skaupy*, Mitteilungen 1967, S. 121 ff.; ders. BB 1967, S. 945 ff.; *Möhring*, GRUR 1967, S. 269 ff.

lichen wirtschaftlichen Faktor ausmachen würden und aufgrund dessen ein Bedürfnis nach Investitionssicherung durch Sonderschutzrechte entstehen werde<sup>930</sup>.

Im Rahmen der Diskussion wurde schon früh über mögliche Ausgestaltungsformen eines solchen Schutzinstruments debattiert. Einige Stimmen monierten von vornherein, dass weder das Patent- noch das Urheberrechts- oder Wettbewerbsrechtssystem isoliert betrachtet den Anforderungen an den Softwareschutz gerecht werden könnten<sup>931</sup>.

## b) Patentschutz

Gegen das Patent wurde vorgebracht, dass der Erwerb des Rechts zu kompliziert und teuer sei, was den Anforderungen an den Softwareschutz nicht gerecht werde. Auch die Möglichkeit, Computerprogramme als patentfähig anzusehen, wurde kontrovers diskutiert. Von verschiedenen Seiten wurde hiergegen vorgebracht, dass Computerprogramme dem Patentschutz nicht zugänglich seien<sup>932</sup>. Hierbei handele es sich nicht um technische<sup>933</sup>, sondern um rein geistige Erzeugnisse<sup>934</sup>.

930 Zur etwa gleichen Zeit kam eine andere Diskussion auf, an der die Euphorie über den technologischen Fortschritt und das Bestreben, diese urheberrechtlich zu erfassen, in kurioser Weise deutlich wird: die urheberrechtliche Schutzfähigkeit rein computergenerierter Erzeugnisse (vgl. hierzu etwa *Samson*, UFITA 72 (1975), 89 ff.; *Pakuscher*, UFITA 72 (1975), S. 107 ff.). So wurde seinerzeit vertreten (vgl. etwa *Fromm*, GRUR 1964, S. 305 f.), dass rein technisch erzeugte Produkte, die – so *Fromm* – z. B. von „Kunstautomaten“, „Übersetzungscomputern“, „Photoautomaten“ und „Schlagerrobotern“ generiert wurden, Urheberschutz genießen sollten. Derlei Erzeugnisse seien nicht wesentlich von dem Werk eines Menschen zu unterscheiden.

931 Vgl. etwa *Öhlschlegel*, GRUR 1965, S. 467 f., der eine Koexistenz von Patent- und Urheberschutz für möglich und sinnvoll hielt, so auch *Betten*, Mitteilungen 1983, S. 62 (65); *Wittmer*, S. 22 ff.

932 Vgl. etwa *Öhlschlegel*, GRUR 1964, S. 467.

933 Vgl. hierzu v. *Hellfeld*, GRUR 1985, S. 1025 ff.; *Windisch*, GRUR 1980, S. 587 (588 f.). Die Technizität der Erfindung ist kein durch das PatG vorgegebenes Schutzkriterium. Es ist aber allgemein anerkannt, dass den Patentvorschriften auf dem Wege einer einschränkenden Auslegung unter Beachtung der allgemeinen Schutzrichtung des Patentrechts zu entnehmen ist, dass unter den Begriff der Erfindung nur solche mit technischem Charakter fallen können, vgl. statt vieler v. *Hellfeld*, ebd., S. 1025; *Brandi-Dohrn*, GRUR 1987, S. 1 (3). Dies ist nunmehr auch durch TRIPS im internationalen Immaterialgüterrecht festgeschrieben. Nach Art. 27 Abs. 1 TRIPS werden Patente ausdrücklich für „Erfindungen auf technischem Gebiet“ erteilt.

934 Auf die komplizierten Einzelheiten der Argumentationskette aus patentrechtlicher Sicht kann und soll hier nicht eingegangen werden. Eingehend hierzu *Möhring*, GRUR 1967, S. 270 ff.; Zur Technizität von Computerprogrammen BGH, GRUR 2000, S. 498 (499) – Logikverifikation, m. Anm. *Betten*.

Nach diesen anfänglichen Auseinandersetzungen über die Patentfähigkeit von Computerprogrammen besteht seit Anfang der siebziger Jahre weit gehender Konsens, dass der Patentschutz für Software – jedenfalls generell – nicht in Frage komme<sup>935</sup>.

Auch die Rechtsprechung folgte dieser Tendenz der Literatur. Schon im Jahre 1976 erging eine Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs in dem Beschluss „Dispositionsprogramm“<sup>936</sup>, in dem die Grenzen der Patentfähigkeit von Computerprogrammen definiert wurden. In der Entscheidung wurde die Patentfähigkeit für das streitbefangene Programm mit dem Hinweis auf deren fehlende Technizität und deren Wirkungsweise abgelehnt<sup>937</sup>. Die im Computerprogramm liegenden Anweisungen seien lediglich „Anweisungen an den menschlichen Geist“. Hierin sei kein Einsatz von Naturkräften zu sehen, der jedoch vom Patentrecht verlangt würde<sup>938</sup>. Auch in späteren Entscheidungen ließ der Bundesgerichtshof zumeist die Patentierbarkeit von Software nicht zu<sup>939</sup>. Hieraus lässt sich zwar nicht ableiten, dass Computerprogramme dem Patentschutz überhaupt nicht zugänglich sind<sup>940</sup>; es zeigt sich

- 935 Eine eingehende Gegenüberstellung der beiden Schutzrechte in Bezug auf die Computerprogramme findet sich bei *Kolle*, GRUR 1973, 611 ff. und GRUR 1974, 7 ff.; Einschränkung *Huber*, Mitteilungen 1965, S. 21 (23); ders. GRUR 1969, S. 642 (642 f.); *Möhring*, GRUR 1967, S. 269 ff.; Gegen die h. M. spricht sich *Bardehle*, Mitteilungen 1973, S. 141 ff. aus. Eingehend zur Entwicklung *Benkard/Bacher/Mellulis*, § 1, Rdnr. 104 ff. m. w. Nachw. Siehe sogleich zur neuerlichen Wiederaufnahme der Diskussion.
- 936 BGH GRUR 1977, S. 96 ff.; siehe auch die Analyse und Würdigung dieser Entscheidung von *Kolle*, GRUR 1977, 58 ff. Dass der Patentschutz von Computerprogrammen nicht immer ausgeschlossen ist, ergibt sich aus der bereits genannten Entscheidung des BGH „Logikverifikation“ (GRUR 2000, S. 498 (499)).
- 937 Nach der Entscheidung des BGH, GRUR 1969, S. 672 (673) – Rote Taube, m. Anm. *Heydt*, definiert sich die *technische Erfindung* als eine „Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolgs“. Diese Definition wurde in der Entscheidung „Dispositionsprogramm“ aufgegriffen.
- 938 Grundsätzlich dem Bereich der Technik zuzuordnen ist nach dieser Entscheidung des BGH lediglich der Aufbau der Datenverarbeitungsanlage und deren Wirkungsweise. Die Software sei hingegen kein Bestandteil der Anlage. Sie sorge lediglich dafür, dass von der Datenverarbeitungsanlage bestimmungsgemäß Gebrauch gemacht wird, vgl. etwa BGH GRUR 1981, S. 39 (41) – Walzstabteilung, m. Anm. *Pietzcker*.
- 939 Vgl. etwa BGH GRUR 1977, S. 657 ff. – Straken, m. Anm. *Kolle*; BGH GRUR 1978, S. 102 f. – Prüfverfahren, m. Anm. *Kolle*; BGH GRUR 1978, S. 420 ff. – Fehlerortung, m. Anm. *Storch*; BGH GRUR 1980, S. 849 ff. – Antiblockiersystem, m. Anm. *Eisenführ*; BGH GRUR 1981, S. 39 ff. – Walzstabteilung, m. Anm. *Pietzcker*.
- 940 Was sich wiederum an Entscheidung des BGH „Logikverifikation“ (GRUR 2000, S. 498 (499)) bestätigt. Technizität eines Computerprogramms ist hiernach gegeben, wenn die „Anweisungen der angemeldeten Lehre auf einen in bestimmter Weise gearteten Aufbau, auf eine bestimmte Funktionsfähigkeit oder auf einen in bestimmter Weise beschaffenen Gebrauch des elektronischen Rechners gerichtet ist“ (S. 499 f.). *Adloff*, S. 44, meint, Patentschutz sei im Einzelfall möglich, wenn die Benutzung technischer Mittel unmittelbarer Bestandteil der mit dem Programm aufgestellten Problemlösung ist.

jedoch eine eindeutige Grundtendenz in Richtung einer sehr restriktiven Handhabung des Softwarepatentschutzes.

Mit einer Änderung des Patentgesetzes, genauer einer Neufassung des § 1 Abs. 2 Ziff. 3 und Abs. 3 im Jahre 1980, wurde die streitige Frage dann auch durch den Gesetzgeber geregelt. Hiernach werden Programme für Datenverarbeitungsanlagen „als solche“ vom Schutz des Patentrechts ausgenommen. Die Gesetzesänderung war zurückzuführen auf die Umsetzungsverpflichtung, die sich diesbezüglich aus Art. 52 Abs. 2 lit. c, Abs. 3 EPÜ ergab<sup>941</sup>.

Die Patentfähigkeit von Software ist erst in der neueren Diskussion wieder, nunmehr als Politikum, aufgenommen worden<sup>942</sup>. Allerdings geht es dabei nicht (mehr) um die Frage nach Urheber- oder Patentschutz im Sinne eines rechtlichen Abschlussverhältnisses, sondern – in diesem Spannungsfeld – lediglich um ein Nebeneinander beider Schutzrechte. Im Vordergrund der Debatte steht die rechtspolitische Grundsatzfrage, ob und unter welchen Umständen die Monopolisierung technischer Ideen und Grundsätze, die in Software verborgen liegen, durch das Patentrecht wünschenswert sein kann. Insbesondere geht auch hier die europäische Kontroverse wieder einmal auf das US-amerikanische Recht zurück, in dem der Patentschutz von Software, anders als in Europa und Deutschland, nicht gesetzlich ausgeschlossen wird und Softwarepatente zunehmend großzügiger vergeben werden<sup>943</sup>.

### c) Urheberrechtsschutz

Schon in einem frühen Stadium der Diskussion um den Schutz von Computerprogrammen kristallisierte sich heraus, dass der *copyright approach* von den meisten Stimmen als vorzugswürdig angesehen wurde<sup>944</sup>. Auch dies scheint – neben den bereits skizzierten außenpolitischen Einflüssen – eher auf pragmatische als auf dogmatische Gesichtspunkte zurückzuführen zu sein. Das Urheberrecht bot und bietet, u. a. auch gegenüber anderen – existenten oder noch zu schaffenden – Immaterialgüterrechten, wesentliche Vorzüge, wenn man an einem weit gehenden und leicht hand-

941 Dies trat am 7.10.1977 mit Wirkung für Deutschland in Kraft. Eingehend hierzu *Adloff*, S. 31.

942 Vgl. den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen in der Form des gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 24. Mai 2004, Dok. 9713/04 PI 46 CODEC 752. Mittlerweile wurde die Richtlinie aufgrund massiver Auseinandersetzungen (vorerst) verworfen. Siehe eingehend zur Historie *Benkard/Bacher/Melullis*, § 1 PatG, Rdnr. 106 ff.

943 Zur Entwicklung der neueren Diskussion siehe *Kochinke/Geiger*, K&R 2000, S. 594 (598); zum Verhältnis von Urheber- und Patentschutz nach deutschem Recht, BGH MMR 2001, S. 310 (312) – Wetterführungspläne, m. Anm. *Hoeren*.

944 Vgl. die Literaturhinweise in Fn. 929.

habbaren Softwareschutz interessiert ist<sup>945</sup>. Diese wurden v. a. in dessen Eigenschaft als Ausschließlichkeitsrecht (das zudem nicht durch gutgläubigen Erwerb erworben werden kann<sup>946</sup>), der Formfreiheit der Schutzentstehung in der Person des Urhebers, der formlosen Entstehung, dem bereits bestehenden internationalen Rechtsrahmen durch die internationalen Konventionen<sup>947</sup>, der langen Schutzdauer<sup>948</sup> und dem schon damals existenten System der Verletzungsansprüche<sup>949</sup> (hierbei insbesondere dem Vernichtungsanspruch<sup>950</sup>) gesehen.

Gegenüber diesen Vorzügen für die Berechtigten (vor allem die Softwareindustrie) erschienen die dogmatischen Bedenken gegen einen Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen den meisten Beteiligten offenbar gering. Mitunter wurde sogar offen ausgesprochen<sup>951</sup>, dass man angesichts solch pragmatischer Gesichtspunkte durchaus gewillt sei, systematische Unregelmäßigkeiten in Kauf zu nehmen<sup>952</sup>.

Die Kritiker des urheberrechtlichen Softwareschutzes warnten dagegen vor eben diesen Friktionen sowie vor hierauf basierende Dysfunktionalitäten.

Ein wesentlicher Einwand lag in dem Argument, dass Computerprogramme keine persönlichen geistigen Schöpfungen seien und dass es ihnen an Individualität fehle<sup>953</sup>. Dies würde dazu führen, dass vielen oder gar allen Programmen der gewünsch-

945 Die positiven Gesichtspunkte des Urheberrechtsschutzes für Software sind „*bestehend und verführerisch zugleich*“ umschreibt es *Betten* in den Mitteilungen 1984 (S. 201).

946 Was sich für das Urheberrecht als Stammrecht bereits aus § 29 Abs. 1 UrhG (Unübertragbarkeit) ergibt. Auch Nutzungsrechte können nicht gutgläubig erworben werden, vgl. *Schricker/Schricker*, vor §§ 28 ff., Rdnr. 44.

947 So etwa *Nordemann*, laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 33 ff. (35).

948 Wenngleich die Zweckmäßigkeit einer solchen durchaus umstritten war. So war z. B. auch *Kolle*, GRUR 1973, S. 618 f., ansonsten ein vehementer Verfechter des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen, der Meinung, dass die hier vorgesehenen Schutzfristen, ebenso wie die des Patentgesetzes, nicht angemessen seien. Daneben finden sich Meinungen, nach denen eine negative oder positive Wirkung der langen Schutzfrist gänzlich auszuschließen sei, da diese praktisch an Bedeutung verlöre, so *Kolle* und *Nordemann* laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 33 ff. (36); *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 30. Näheres hierzu wird in Teil 3 unter Kapitel 4 ausgeführt.

949 Hierauf hinweisend etwa v. *Gravenreuth* laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 33 ff. (35).

950 *Adloff*, S. 80; ähnlich auch *Kolle*, ZUM 1985, S. 15.

951 So *Sieger*, laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 33 ff. (35), der meint, es gehe nicht um die Frage, welcher Schutz richtig sei, sondern dass Urheberrechtsschutz rechtspolitisch erforderlich sei. Die gleiche Ansicht vertrat *Kolle*, ZUM 1985, S. 36, der zudem meinte, dass durch das Entstehen einer neuen Kultur die traditionellen Bereiche des Urheberrechts mit der Zeit eher verschwinden oder verdrängt würden und so die praktischen Bedürfnisse Vorrang genießen müssten.

952 *Moritz*, Rdnr. 92; weitere Nachweise bei *Schulze*, ZUM 1985, S. 33 (35).

953 Die Gegenstimmen sahen dagegen in der Schutzfähigkeit – angesichts des gerichtlich anerkannten Schutzes der kleinen Münze (vgl. etwa RGZ 121, S. 357 (360 ff.) – Rekord-Rechner (Rechentabelle); RGZ 81, S. 120 (122 ff.) – Kochrezepte; RGZ 116, S. 292 – Adressbuch) kein generelles Problem (siehe *Möhring*, GRUR 1967, S. 276; *Ulmer*, § 22, III (S. 141); *Ul-*

te (Urheberrechts-)Schutz letztlich ohnehin nicht zuteil werde<sup>954</sup>. Eine individuelle Programmierung im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG sei in den meisten Fällen deshalb nicht denkbar, da Programmiersprache, verwendete Eingabe- und Verarbeitungstechnik sowie die auf Optimierung oder Automatisierung eines Berechnungsprozesses ausgerichtete Aufgabenstellung derart rigide Vorgaben lieferten, dass von einer geistig gestaltenden Tätigkeit des Programmierers nicht auszugehen sei<sup>955</sup>. Auch handele es bei Computerprogrammen um bloße Anweisungen, die keine individuelle Form erkennen ließen<sup>956</sup>. Auch fehle es dem Computerprogramm an einer für den urheberrechtlichen Schutz zwingend erforderlichen, das Werk prägenden geistig-ästhetischen Wirkung<sup>957</sup> und dem Ausdruck des individuellen Geistes im Werk. Selbst *Ulmer*, an sich ein Vertreter des urheberrechtlichen „*approaches*“, räumte ein, es sei ein „*Novum*“ im Urheberrechtsschutz, dass der Adressat eines Computerprogramms nicht wie bei anderen Werkarten der Nutzer sei, sondern die Maschine selbst sei<sup>958</sup>.

Diese Argumente wurden von der anfänglichen Unsicherheit darüber, worin die – aus Sicht des Urheberrechts schützenswerte – schöpferische Leistung bei der Erstellung eines Computerprogramms überhaupt liegen sollte, weiter bestärkt<sup>959</sup>. Gegens-

- mer/Kolle*, GRUR Int. 1982, S. 489 (496); *Kolle*, GRUR 1982, S. 443 (454); *Wittmer*, S. 153 f.; *Haberstumpf*, GRUR 1982, S. 142 (147); *Kindermann*, GRUR 1983, S. 150 (155); *Nordemann* in *FS Roeber*, S. 297 (304). Nach den Befürwortern des Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme sollte eine Abgrenzung von geschützten und ungeschützten Programmen nach den allgemeinen Kriterien ohne Weiteres möglich sein. Allein solche Programme, die das Alltägliche, das Handwerkliche, das Hergebrachte nicht übersteigen, sollten hiernach ungeschützt sein, vgl. z. B. *Skaupy*, Mitteilungen 1967, S. 126; v. *Gamm*, WRP 1969, S. 99; *Loewenheim*, ZUM 1985, S. 27; BAG GRUR 1984, S. 429 (431) – Statikprogramme.
- 954 Dass dieser Hinweis durchaus gerechtfertigt war, zeigt sich an der frühen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die sich – von dem Argument mangelnder Individualität ausgehend – gegenüber dem Computerprogrammenschutz zunächst äußerst zurückhaltend zeigte. Vgl. hierzu sogleich die Ausführungen zum Inkasso-Programm Urteil des Bundesgerichtshofs.
- 955 Vgl. *Schulze*, Dissertation, S. 256 ff. An dieser Argumentation zeigt sich, dass die Frage, ob Computerprogramme überhaupt als personenbezogene Werke angesehen werden können, wenn überhaupt nur eine sehr untergeordnete Rolle spielt.
- 956 Insofern sei das Computerprogramm weniger mit einem Schriftwerk o. ä. zu vergleichen, sondern eher mit einer Betriebsanleitung, da es auch möglich sei, die Anweisungen an die Maschine einzeln bei Bedarf einzugeben; ein Prozess, der durch die Nutzung eines Computerprogramms lediglich vereinfacht und automatisiert wird, wodurch sich an der Bestimmung und der Funktion des Programms hingegen nichts ändert. Vgl. *Betten*, Mitteilungen 1983, S. 65.
- 957 *Schulze*, S. 257; *Röttinger*, IuR 1987, S. 95 m. w. Nachw.
- 958 So *Betten*, Mitteilungen 1983, S. 65.
- 959 Vgl. hierzu v. *Gamm*, WRP 1969, S. 98, der den Niederschlag geistigen Gehalts in der „*Gedankenformung und -führung des dargestellten Inhalts und/oder in der besonderen geistvollen Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des dargebotenen Stoffs*“ sucht. Dieser Ansicht hat sich auch der BGH in seiner Entscheidung „Inkassoprogramm“ (GRUR

tand, Bezugspunkt und Umfang eines urheberrechtlichen Programmschutzes waren anfangs kaum ersichtlich. So wurde z. T. vertreten, dass der Urheber gar kein Interesse an einem Schutz der konkreten Form des Programms, also etwa dessen Darstellung auf dem Bildschirm oder dem Quelltext, habe. Vielmehr liege die eigentliche Leistung in der Idee und dem logischen Ablauf, für deren Schutz das Urheberrecht wiederum nicht Sorge tragen könne<sup>960</sup>.

Bezüglich des Umfangs war man sich wiederum uneinig über die Frage, ob Programme nur im Quell- und/oder Objektcode geschützt sein sollen bzw. inwiefern unter den Begriff der Software auch die Arbeits- und Entwicklungsunterlagen, Blockdiagramme, Datenflusspläne oder Systemanalysen fallen sollen<sup>961</sup>, ob der Algorithmus vom Schutz umfasst wird<sup>962</sup>, ob sich der Schutz auf Ausdruck und/oder Inhalt bezieht usw.

Neben diesen praktischen Bedenken gegen die Effektivität des Urheberrechtsschutzes von Computerprogrammen wurden auch grundlegende, dogmatische und theoretische Zweifel an einer solchen Lösung geäußert. Vor allem wurde von einigen Stimmen eine „Verwässerung“ des Urheberrechtsschutzes und ein umfassender Wesenswandel befürchtet. Die Gegner hoben hervor, dass zwischen dem ursprünglichen Wesen und Schutzauftrag des Urheberrechts als Recht der Kulturschaffenden und einem rein wirtschaftlich determinierten Softwareschutzrecht ein Antagonismus bestehe<sup>963</sup>. Eine Implementierung des Softwareschutzes müsse zwangsläufig umfangreiche Änderungen und Anpassungen des gesamten Urheberrechts zur Folge haben, die den Charakter dieses Schutzrechts verändern würden. Dies sei indes zu vermeiden. Das Urheberrecht dürfe nicht zu einem System technisch-industriellen

1985, S. 1041 (1047) angeschlossen, die in der Formulierung der Gründe ohnehin stark an den Aufsatz v. *Gamms* angelehnt erscheint.

960 *Dietz* laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 35; ders. laut *Henning-Bodewig*, GRUR 1985, S. 918. So auch das OLG Nürnberg, GRUR 1984, S. 736 (736) – Glasverschnitt-Programm. A. A. *Loewenheim*, der laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 32 (36) die Ansicht vertrat, dass auch die Idee geschützt sei, wenn diese nur vom Schöpfer selbst stamme. Urheberrechtlich nicht schützbar sei lediglich das Vorgegebene. Das Computerprogramm sei grundsätzlich von der darin enthaltenen technischen Lehre zu unterscheiden.

961 Vgl. zu den Bestandteilen der Software und den einzelnen Programmierungsphasen *Wittmer*, S. 25 ff. und 35 ff. Der BGH ging in seiner Inkassoprogramm-Entscheidung (GRUR 1985, S. 1041 (1046 f.) von drei Entwicklungsphasen aus. Am Anfang soll die Analysephase mit der generellen Problemlösung stehen. Hierauf folgt eine konkretere Darstellung der Problemlösung durch den Datenflussplan (Flussdiagramm) und den Programmablaufplan (Blockdiagramm). In der letzten Phase entsteht die eigentliche Kodierung des Programms in Form des Quellenprogramms und des Objektprogramms. Letztere können auch als je eine eigene Phase begriffen werden.

962 Vgl. *Haberstumpf* in *Computerprogramme II*, S. 81 ff.; v. *Hellfeld*, GRUR 1989, S. 471 (472 ff.).

963 Nach *Betten*, *Mitteilungen* 1983, S. 62 (63) m. w. Nachw. herrschte in der technischen Fachliteratur die Skepsis gegen einen Urheberrechtsschutz von Software sogar vor.

Rechtsschutzes verfremdet werden, innerhalb dessen das Urheberpersönlichkeitsrecht einfach nach praktischen Bedürfnissen zurechtgestutzt wird<sup>964</sup>. Bei den Computerprogrammen stünde im Gegensatz zu den klassischen Werkarten im Mittelpunkt des Interesses nicht das Band zwischen dem Werk und dem Werkschöpfer, sondern das Band zwischen dem Werk und der damit zu bewältigenden Aufgabe. Ein Urheberrechtsschutz für Computerprogramme müsse dazu führen, dass die Urheberpersönlichkeitsrechte in einer besonderen Art und Weise angewendet werden<sup>965</sup>. Systemfremd sei die Integration dieser Produkte in das Urheberrecht auch deshalb, da nicht die schöpferische Programmierleistung den Wert einer Software verkörpere, sondern vielmehr das darin enthaltene Know-how<sup>966</sup>. Computerprogramme strebten daher eher nach Geheimhaltung<sup>967</sup>.

Es wäre unmöglich und unnötig, an dieser Stelle jeden Punkt, der im Dunstkreis von Computerprogrammen und Urheberrecht diskutiert wurde, darzustellen, geschweige denn zu kommentieren. Immerhin ist es bemerkenswert, dass sich bis heute hin und wieder kritische Bemerkungen in Publikationen finden<sup>968</sup>, obgleich der Urheberrechtsschutz für Computerprogramme seit über zehn Jahren Realität ist. Hieran lässt sich wohl ablesen, dass diese Integration nach wie vor Zweifel aufwirft, die grundsätzlicher Natur sind.

## 2) Entwicklung der Rechtsprechung

Erste Urteile der deutschen Gerichte über die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen stammen aus dem Jahre 1981. Nachdem sich die Instanzgerichte in verschiedenen Entscheidungen mit unterschiedlichen Begründungen zumeist für die

964 Zum Vorstehenden vgl. *Dietz*, laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 35; ders. laut *Henning-Bodewig*, GRUR 1985, S. 918.

965 *Sieber*, BB 1983, S. 977 (1982).

966 So zog auch der BGH in seiner Entscheidung „Sperre“, BB 1981, S. 1856 (1857), in Erwägung, dass ein Softwareüberlassungsvertrag kein Vertrag über die Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte, sondern ein Know-how-Vertrag sei. Eine abschließende Beurteilung dieser Frage war allerdings nicht nötig. Jedenfalls wurde in dieser Entscheidung über Spezialitäten des Urhebervertragsrechts kein Wort verloren. Gegen die Annahme eines Know-how-Vertrages, auf den die Regeln der Pacht Anwendung finden, spricht sich *König*, Rdnr. 599 aus. Vgl. hierzu zum Know-how-Schutz die Software aus vertragsrechtlicher Sicht *Ernst*, MMR 2001, S. 208 ff.

967 Der Geheimnisschutz hingegen unterliegt originär dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, vgl. hierzu Fn. 911.

968 Siehe z. B. *König*, Rdnr. 600; *Wenzel*, GRUR 1991, S. 105 (110); *Rehbinder*, 10. Auflage, Rdnr. 127; kritisch auch *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 114 ff.

urheberrechtliche Schutzfähigkeit entschieden hatten<sup>969</sup>, wobei in den meisten Fällen sehr geringe Anforderungen an die Schöpfungshöhe gestellt wurden, fällt der Bundesgerichtshof im Jahre 1985 noch vor der Novelle des Urheberrechtsgesetzes, die Leitentscheidung „Inkassoprogramm“<sup>970</sup>. Der Bundesgerichtshof teilte hier die Auffassung verschiedener Instanzgerichte, dass Computerprogramme als Schriftwerke oder Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art urheberrechtlichen Schutz genießen. In Bezug auf die Schöpfungshöhe stellte er sich jedoch gegen die meisten der bis dato ergangenen Entscheidungen und verlangte überraschend ein erhebliches Maß an Individualität für diese Werkart. Um Urheberrechtsschutz genießen zu können, müssten Computerprogramme, gemessen an anderen Programmen und dem allgemein Üblichen ein hohes Niveau an individueller Eigenheit, einen „hinreichenden schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG“ erkennen lassen<sup>971</sup>.

Im Fall kam der Bundesgerichtshof zu dem Schluss, dass das streitbefangene Programm, gemessen an anderen Softwareprodukten zwar (subjektiv) neu gewesen sei und dass bei dessen Erstellung auch ein ausreichender Gestaltungsspielraum zur Verfügung gestanden habe, sodass die Eigenschaft als „individuelle Schöpfung“ an sich bejaht wurde. Dennoch wurde die Schutzfähigkeit des Inkassoprogramms im Ergebnis mit der Begründung verneint<sup>972</sup>, dass ein Computerprogramm nur schutzfähig sei, wenn es auf einer gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen deutlich überragenden Gestaltungstätigkeit bei der Auswahl, Anordnung und Einteilung der Informationen und Anweisungen beruhe<sup>973</sup>. Eine Konsequenz dieser ungewöhnlich hohen Anforderungen an die Gestaltungshöhe lag darin, dass die meisten Softwareprodukte Sonderrechtsschutz nicht zugänglich waren<sup>974</sup>. Es verblieb einzig ein gewisser Schutz über das Wettbewerbsrecht. Trotz heftiger Kritik seitens einiger Stimmen in der Literatur, die eine solche Schöpfungshöhe im Urheberrecht als

969 Das wohl erste Urteil fällt das LG Kassel, BB 1983, S. 992. Urheberrechtsschutz bejaht wurde auch vom LAG Schleswig-Holstein, BB 1983, S. 994; OLG Koblenz, BB 1983, S. 992; LG Mosbach, GRUR 1983, S. 70 – Computerprogramme; LG München I, GRUR 1983, S. 175 – VISICALC; OLG Karlsruhe, GRUR 1983, S. 300 – Inkassoprogramm (unter Aufhebung des ablehnenden erstinstanzlichen Urteiles des LG Mannheim, BB 1981, S. 1543); OLG Frankfurt, GRUR 1983, S. 753 – Pengo und ZUM 1984, S. 41 – Donkey Kong Junior II; OLG Nürnberg, GRUR 1984, S. 736 – Glasverschnitt-Programm; LG Mannheim, BB 1985, S. 142 – Inkassoprogramm II.

970 BGH GRUR 1985, S. 1041 ff.

971 BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047).

972 Hier zeigt sich eine Trennung von Individualitätsbegriff und Gestaltungshöhe.

973 BGH GRUR 1985, S. 1041 (1048).

974 Anlässlich eines Festvortrags zum Thema „Neue Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht“ äußerte sich der damalige Vorsitzende des 1. Zivilsenats am BGH, v. *Gamm*, mit der Einschätzung, allenfalls ca. 5% der damalig verfügbaren Software könne den postulierten urheberrechtlichen Schutzanforderungen entsprechen (vgl. GRUR 1986, S. 731).

Fremdkörper ansahen<sup>975</sup>, entschied sich der Gesetzgeber in der Urheberrechtsnovelle 1985 nicht zu einer Klarstellung dieses Streitpunktes. Vielmehr beschränkte man sich auf die klarstellende Einbeziehung der Computerprogramme in den Werkkatalog, genauer § 2 Abs. 1 Ziff. 1 UrhG.

Diese ersten Entscheidungen zum Rechtsschutz von Computerprogrammen zeigt sehr deutlich, dass auch die deutsche Judikative grundsätzliche Bedenken gegen die Anwendung urheberrechtlicher Normen auf diese Art Geistesschöpfungen hegte. Diese fanden Ausdruck in einer künstlichen Anhebung der Schöpfungshöhe, die angesichts des ansonsten seit dem Reichsgericht anerkannten Schutzes der kleinen Münze<sup>976</sup> bei Sprachwerken kaum zu rechtfertigen war<sup>977</sup>. Es scheint, als sei die grundsätzliche Bestätigung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit eine Konzessionsentscheidung an die internationale Rechtsentwicklung und den außenpolitischen Druck gewesen, die zunächst jedoch nur als Lippenbekenntnis gewertet werden konnte. Durch die Anhebung der Gestaltungshöhe sprach sich der Bundesgerichtshof implizit gegen den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen aus.

Noch in der Entscheidung „Betriebssystem“ aus dem Jahre 1990<sup>978</sup> wurden die in der Inkassoprogramm-Entscheidung aufgestellten Grundsätze vom Bundesgerichtshof bestätigt. Erst die Umsetzung der Computerprogramm-Richtlinie führte – zwangsläufig – zu einer Abkehr von dieser gerichtlichen Praxis<sup>979</sup>. Der hierdurch in § 69a Abs. 3 UrhG eingeführte, spezielle Werkbegriff erforderte nunmehr, die Schutzanforderungen bei Computerprogrammen auf ein niedriges Niveau zu senken. Diese Vorgabe aus der EU-Richtlinie war in diesem Punkt eindeutig als Absage an die deutsche Rechtsprechung formuliert. Ein Richtungswechsel in der Rechtsprechung war damit obligatorisch<sup>980</sup>.

Dieser Umschwung zeigt sich anschaulich in der Bildschirmmasken-Entscheidung des OLG Karlsruhe aus dem Jahr 1994<sup>981</sup>. Hier wurde festgelegt, dass es für die Schutzfähigkeit ausreichend sei, wenn der Urheber bei seiner Gestaltung „einen gewissen Spielraum“ hat, innerhalb dessen er eine Anordnung und Auswahl

975 Nachweise bei *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 74 (76 ff.).

976 Nachweise vgl. oben, Fn. 953.

977 Zumal die Entscheidung jegliche Begründung hierfür vermissen lässt, vgl. BGH GRUR 1985, S. 1041 (1048).

978 BGH GRUR 1991, S. 449.

979 Vgl. zur Diskussion über die Absenkung der Schöpfungshöhe durch die Richtlinie 91/250 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen *Paschke/Kerfack*, ZUM 1996, S. 498 ff.

980 Vgl. in der Folgezeit ergangene Urteile des BGH aus 1993, ZUM 1994, S. 509 (510) – Buchhaltungsprogramm und das Urteil des OLG Karlsruhe von 1994, ZUM 1995, S. 143 (145 f.) – Bildschirmmasken, in dem eine Verletzung des Urheberrechts schon bei der Übernahme nur einiger Bildschirmmasken angenommen wurde, was nach alter Rechtsprechung undenkbar gewesen wäre.

981 Vgl. ZUM 1995, S. 143 ff.

der Elemente bei der Programmierung frei bestimmen kann<sup>982</sup>. Damit wurde die ehemals sehr strenge Rechtsprechung in ihr Gegenteil verkehrt; die Anforderungen an die Schöpfungshöhe liegen bei Computerprogrammen seither unter dem Niveau der meisten anderen Werkarten<sup>983</sup>.

## D) Kritische Beurteilung der Entwicklung: Das Computerprogramm als Werk im System des Urheberrechtsschutzes

### 1) Einführung

Es wurde schon angedeutet, dass die Computerprogramme Besonderheiten gegenüber anderen Werkarten aufweisen. Wie noch aufzuzeigen sein wird, erschöpfen sich diese nicht in der Frage nach der möglichen Individualität solcher Werke. Um dies zu verdeutlichen, sollen Computerprogramme in Bezug auf einzelne Aspekte des Werkbegriffs anderen Werkarten (v. a. anderen Sprachwerken) gegenübergestellt werden und zwar unter Zugrundelegung der unterschiedlichen – in Teil 1, Kapitel 1 herausgearbeiteten – Sichtweisen des Werkbegriffs. Auch soll hierbei – entsprechend der h. M. und ungeachtet der hier vertretenen Auffassung, dass die aus den Normen sich ergebenden Anforderungen sich inhaltlich unterscheiden – keine Unterscheidung von § 2 Abs. 2 und § 69a Abs. 3 UrhG vorgenommen werden, um einen Vergleich anhand einheitlicher Faktoren zu ermöglichen.

### 2) Das Computerprogramm als Werk aus Sicht der urheberbezogenen Schutzgegenstandsdefinitionen

Versteht man den Werkbegriff im Sinne der Prägetheorie, fällt eine Subsumtion der Computerprogramme hierunter schwer. Individuelle Züge des Programmierers mögen allenfalls noch in dem – nach § 69a Abs. 1 ebenfalls geschützten – Entwurfsmaterial zum Ausdruck kommen. Dem maschinenlesbaren Objektcode indes wird jedoch die „Handschrift des Entwicklers“ nicht mehr zu entnehmen sein. Denn zuvor wurde der von ihm erstellte Quellcode vollautomatisch kompiliert, also umgewandelt<sup>984</sup>. Dies führt dazu, dass die meisten Programme in ihrer endgültigen Form (im

982 OLG Karlsruhe, ZUM 1995, S. 143 (145 a. E.) – Bildschirmmasken.

983 OLG Karlsruhe, ZUM 1995, S. 143 (146) – Bildschirmmasken.

984 Vgl. *Wandtke/Bullinger-Grützmacher*, § 69a, Rn. 11.

Objektcode) nicht einmal mehr gelesen können. Im Gegenteil: Im Regelfall soll der ursprüngliche Quelltext gar nicht mehr vom Menschen wahrgenommen werden können, sondern nur noch die – von einer Maschine vorgenommene – kompilierte Fassung des Programms. Dieser sind jedoch keine individuellen Züge des Programmierers zu entnehmen. Die „Handschrift“ des Programmierers wird somit bewusst und gezielt geheim gehalten.

Auch wenn man – mit der hier vertretenen Ansicht – dem urheberrechtlichen Werkbegriff nicht das Erfordernis einer nach außen erkennbaren personenbezogenen Prägung entnehmen will, würde die Schutzfähigkeit eines Computerprogramms nach dem allgemeinen Werkbegriff in Art. 2 Abs. 2 UrhG kaum jemals in Betracht kommen. So ist es unwahrscheinlich, dass angesichts der engen Abhängigkeit von Aufgabenstellung, technischen Möglichkeiten und dem bei Software anzustrebenden Ziel einer optimalen Funktion des Programms, der Einsatz persönlicher Züge des Urhebers auf die Arbeit oder das Ergebnis derselben auch nur geringen Einfluss ausüben wird<sup>985</sup>. Entsprechend fehlt es regelmäßig an einem Band zwischen Urheber und Werk, an einer „inneren Verbundenheit“, die auf solchen Einflüssen basieren könnte<sup>986</sup>.

### 3) Das Computerprogramm als Werk aus Sicht der werkbezogenen Schutzgegenstandsdefinitionen

#### a) Das Merkmal des Gestaltungsspielraums

Betrachtet man den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen unter der Prämisse, dass ein individuelles Werk nur dann vorliegen kann, wenn bei dessen Schöpfung ein gewisser Gestaltungsspielraum bestand und genutzt wurde, ist der Ansatz der Gegenüberstellung naturgemäß ein anderer. Dennoch ist fraglich, ob Computerprogrammen dieses Merkmal – in dessen eigentlichem Sinne – erfüllen können.

Grundsätzlich unzweifelhaft ist, dass auch im Rahmen einer Programmier Tätigkeit verschiedene Optionen bestehen können, im Rahmen derer auch bei gleich bleibenden

985 Im Sinne der Auslegung des Individualitätsbegriffs nach der von *Strömholm* (GRUR Int. 1989, S. 15 ff.; GRUR Int. 1996, S. 529 ff.) vertretenen Lehre vom Gestaltungsspielraum (siehe hierzu oben Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(ee), käme man zu dem Ergebnis, dass Computerprogramme zwar grundsätzlich schutzfähig sind, dass diesen jedoch in vielen Fällen, mangels Variationsbreite der Gestaltungsmerkmale, häufig ein Schutz versagt wäre.

986 Siehe hierzu Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(4).

der Aufgabenstellung ein von Programmierer zu Programmierer unterschiedliches Arbeitsergebnis denkbar ist.

Allerdings reicht dies nicht aus, um den Anforderungen, die die Rechtsprechung an den Individualitätsbegriff stellt, genüge zu tun. Ein individuelles Computerprogramm liegt nach dem Bundesgerichtshof<sup>987</sup> nur dann vor, wenn „im Einzelfall ein nicht hinreichend konkretisierter Programmablauf noch genügend Raum für eine individuelle Auswahl und Einteilung bei der Kodierung lässt“. Dabei sei irrelevant, ob „eine Vielzahl von Programmierern bei gleicher Aufgabenstellung unterschiedliche Programme entwickeln würden“<sup>988</sup>. Hiermit sei allenfalls gesagt, dass bei der Lösung einer bestimmten Aufgabe unterschiedliche Wege denkbar waren, nicht jedoch, ob ein Spektrum an Wahlmöglichkeiten bei der Umsetzung der Lösung in eine konkrete Form, also ein bestimmtes Programm, vorhanden gewesen sei<sup>989</sup>. Nicht die Umsetzungsmöglichkeiten einer Aufgabenstellung sind hiernach geschützt und müssen Individualität aufweisen, sondern das zu prüfende Programm als solches.

Ob Individualität in diesem Sinne bei Computerprogrammen möglich ist, ist v. a. hinsichtlich der Kodierung zweifelhaft. Ohne Weiteres denkbar scheint dies zunächst allein in Bezug auf das Entwurfsmaterial. Dessen Gestaltungs- und Formulierungsmöglichkeiten können durchaus vielfältig sein. Individualität liegt vor, wenn der Urheber diese Vielfalt nutzt, um die Aufgabenstellung in eine bestimmte originelle Form umzusetzen. Allerdings nützt es dem Programmhersteller nichts, wenn sein Schutz nur das Entwurfsmaterial und den Programmablaufplan umfasst, nicht jedoch das Programm als solches. Für einen solchen Schutz müssten die schöpferischen, schutzbegründenden Elemente auch im eigentlichen Programm vorhanden sein. Dies ist keineswegs zwingend der Fall. So ist nicht unbedingt anzunehmen, dass die individuelle Formgebung, die eine vorhergehende Entwicklungsstufe aufweist, sich in den nachfolgenden Stufen fortsetzt und schließlich auch Einzug in die vollendete Gestaltung des Programms hält<sup>990</sup>. Es ist durchaus denkbar, dass zwar die Problemdarstellung noch individuelle gestalterische Elemente aufweist, diese jedoch unter der Maßgabe einer optimalen Problemlösung bei der Kodierung nicht mehr

987 BGH GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso-Programm.

988 BGH GRUR 1985, S. 1041 (1048) – Inkasso-Programm. Der Senat nimmt hiermit Bezug auf *Ulmer und Kolle* (GRUR Int. 1982, S. 495), die mit diesem Argument das Vorliegen eines ausreichenden Gestaltungsspielraums bei der Erstellung von Computerprogrammen belegen wollten.

989 Gegen *Ulmer/Kolle* aufgrund dieses Arguments v. *Hellfeld*, GRUR 1989, S. 471 (475).

990 *Schulze*, GRUR 1985, S. 997 (1000). *Schulze* zieht hier den Vergleich mit der Umsetzung einer Problemlösung nach einer Bedienungsanleitung. Baut man den hierin beschriebenen Gegenstand nach, nehmen die urheberrechtlich möglicherweise geschützten Gestaltungselemente der Gebrauchsanweisung nicht Einzug in den hergestellten Gegenstand.

erhalten bleiben. Fehlen der Kodierung sodann die individuellen Elemente, kann diese nicht mehr schutzfähig sein<sup>991</sup>.

So fanden sich in der älteren Literatur sogar Stimmen, die meinten, dass ganz allgemein zwar die Systemanalyse, also die in den Entwurfsphasen eines Programms entstehenden Formgebungen wie Flussdiagramm, Blockdiagramm oder Notizen dem Urheberrechtsschutz zugänglich seien, nicht aber das eigentliche Programm, dessen schutzfähige Form einzig im Quellcode und/oder im Objektcode liegen könne<sup>992</sup>.

*König* hat in seiner Dissertation eingehend dargestellt, dass gerade der Quell- und der Objektcode, also die konkrete, in einer Programmiersprache geschriebene Umsetzung der Aufgabenlösung/Systemanalyse, keinen Gestaltungsspielraum aufweist<sup>993</sup>. Er belegt an Beispielen, dass das Ausnutzen einer jeden Variante, die der gegebene Spielraum bei der Umsetzung der Problemlösung bietet, zu suboptimalen Ergebnissen führen würde<sup>994</sup>. Dies führt zu dem Schluss, dass auch der minimale Gestaltungsspielraum, ergänzt durch das qualitative Element des Bundesgerichtshofs, nicht zu einer urheberrechtlichen Schutzfähigkeit führen kann, da das konkrete Softwareprodukt eben genau das ist, was jeder Programmierer so gemacht hätte. Daraus folgt wiederum, dass nur eine Variationsmöglichkeit zwischen optimaler und suboptimaler Lösung besteht, ein Faktor, der für das Merkmal des Gestaltungsspielraums nicht relevant sein kann.

Dies wiederum erklärt sich anhand der Tatsache, dass das Urheberrecht bei Computerprogrammen nur die besondere Auswahl, Sammlung und Einteilung der Elemente, welche in der konkreten Form dargestellt werden, schützt. Technische Perfektion ist nicht schutzbar und wird durch das Urheberrecht auch nicht honoriert. Im Ergebnis kann also eine Besonderheit des Programms im urheberrechtlichen Sinne nicht in den für eine Software einzig wichtigen Qualitätsmerkmalen schnell, sicher und/oder Ressourcen schonend o. ä. gesehen werden, sondern nur in formaler Ori-

991 Der BGH hat hingegen ausgeführt (GRUR 1985, S. 1041 (1047) – Inkasso-Programm), dass die Schutzfähigkeitsfrage grundsätzlich nicht gegliedert nach den einzelnen Entwicklungsstufen beantwortet werden könne, sondern im Allgemeinen einheitlich zu beurteilen sei. Soweit in einer Phase die Schutzfähigkeit anzunehmen sei, müsse dies auch auf die anderen Phasen durchschlagen (ebd. S. 1046). Dagegen hatte das OLG Karlsruhe in der Vorinstanz diese Frage zu Recht etwas differenzierter beurteilt (GRUR 1983, S. 300 (306) – Inkassoprogramm). Hiernach soll es möglich sein, dass der Programmierer nur von der – an sich nicht geschützten – Idee, die im Datenflussplan enthalten ist, bei der Kodierung Gebrauch macht, ohne dessen urheberrechtlich relevante Formgebung auch nur im Sinne einer Bearbeitung gem. § 23 UrhG selbst zu nutzen. In solchen Fällen dürfte konsequenter Weise kein Urheberrechtsschutz an der Kodierung, sondern nur am Entwurfsmaterial bestehen.

992 *Axster/Axster*, BB 1967, S. 606 (609 ff.).

993 *König*, Rdnr. 454 ff.

994 Ebenso *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 114 f., der meint, ein individueller Gestaltungsspielraum bestehe bei Computerprogrammen aufgrund der Rigidität der verwendeten (Programmier-) Sprache, des endlichen Vokabulars sowie der festen Syntax und Semantik nicht.

nalität. Letztere hat jedoch ihrerseits wiederum keine Relevanz für die Qualität eines Programms. Ein überdurchschnittlich gutes Programm kann daher nach urheberrechtlichen Maßstäben durchschnittlich und somit ungeschützt sein<sup>995</sup>.

Soweit man den Gestaltungsspielraum in der Umsetzung der Programmlösung in die eigentliche Kodierung sucht, zeigt sich, dass ein solcher – soweit vorhanden – zumeist lediglich dazu führen wird, von der optimalen Lösung abzuweichen. Ein jedes Abweichen führt dann aber im Ergebnis nicht mehr zu derselben, sondern zu einer anderen Lösung, mithin zu einem anderen Programm<sup>996</sup>. Ein solcher Spielraum kann daher – und demgemäß folgerichtig wird dessen Relevanz für den Urheberrechtsschutz vom Bundesgerichtshof abgelehnt – keine Rolle bei der Bemessung von Individualität spielen<sup>997</sup>. Relevant für den Urheberrechtsschutz kann allenfalls das konkrete Programm, nicht jedoch eine Methode zur Lösung eines Problems sein. Geschützt gegen eine unautorisierte Verwendung durch andere ist eben immer nur die konkrete Darstellungsform eines bestimmten Inhalts. Wird ein anderer Inhalt dargestellt, kann dies keine Urheberrechtsverletzung darstellen.

Wenn also eine andere Gestaltung, ein minimales Abweichen bei der Kodierung einer Problemlösung in die Form des Quell- und später des Objektcodes zu einem anderen Programm führt, das nicht mehr – in der einzig geschützten – konkreten Form mit dem ersten Programm vergleichbar ist, kommt eine Urheberrechtsverletzung durch Übernahme geschützter Elemente einer Software gar nicht in Betracht. Der Schutzbereich ist dann gleich null<sup>998</sup>, der Urheberrechtsschutz geht ins Leere.

Ohne diese Gedankengänge weiter vertiefen zu müssen, zeigt sich hier deutlich, dass der Urheberrechtsschutz neue Wege beschreiten muss, um einen für Computerprogramme adäquaten Schutz gewährleisten zu können.

Auch ein anderer Aspekt unterscheidet das Computerprogramm vor dem Hintergrund eines Werkbegriffs nach der Lehre vom Gestaltungsspielraum von anderen Werkarten. Nimmt man einmal an, dass bei der Formgebung tatsächlich Variationsmöglichkeiten bestehen, die der Urheber bei der Schöpfung individuell nutzen kann, hat diese Auswahlentscheidung jedenfalls ein ganz anderes Ziel als bei anderen Werkarten. Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass bei einem literarischen Werk die Variationsbreite an Buchstaben, Worten und deren Zusammensetzungen dazu genutzt wird, eine individuelle Ausdrucksform zu finden. Auf diese Weise soll der Inhalt in einer ansprechenden Sprache vermittelt, etwas aus persönlicher Sichtweise erzählt oder ein bestimmter Stil zum Ausdruck gebracht werden.

Bei der Programmierung kommt es auf solche Eigenschaften des Werkes dagegen nicht an. Nicht ein personalisiertes, sondern ein perfektes Programm soll geschaffen

995 *Schulze*, GRUR 1985, S. 1002.

996 *König*, Rdnr. 460.

997 GRUR 1985, S. 1041 (1048) – Inkasso-Programm.

998 So *König*, Rdnr. 460.

werden. Nicht der ästhetische Genuss des Betrachters ist für die Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Gestaltungselementen bedeutsam, sondern es soll die möglichst effektive Steuerung eines Gerätes erreicht werden. Die Nutzung der einen oder anderen Option bei der Erstellung des Programms entscheidet daher lediglich über die Qualität, die Funktionsfähigkeit des Arbeitsergebnisses<sup>999</sup>. Dies führt zu dem Schluss, dass bei Computerprogrammen das Einbringen persönlicher Eigenheiten nicht nur belanglos ist, sondern häufig zu einem Qualitätsmanko führen wird. Wenn der Programmierer die optimalen Auswahlentscheidungen trifft (und damit eine „gute“ Software erstellt), entspricht das gewünschte Ergebnis dem, was jeder Programmierer bei guter Arbeit gemacht hätte. Dies ist indes nach herkömmlichem Verständnis ein Indiz dafür, dass das Werk gerade nicht individuell ist.

b) Das Merkmal der sinnlichen Wahrnehmbarkeit des Werks

Werke müssen eine Form gefunden haben und sinnlich wahrnehmbar sein<sup>1000</sup>. Sie müssen einen Gedanken- oder Gefühlsinhalt haben, der auf den Nutzer „*unterhaltend, belehrend, veranschaulichend, erbauend oder sonst wie anregend wirkt*“<sup>1001</sup>. Hierin liegt wohl der kleinste gemeinsame Nenner aller durch das Urheberrecht geschützten Formen<sup>1002</sup>. Das Werk ist bestimmt, von den Sinnen eines Menschen wahrgenommen zu werden. Es muss mithin einen ästhetischen Gehalt aufweisen<sup>1003</sup>.

Auch an diesem fundamentalen Wesensmerkmal, das alle anderen Werkarten unzweifelhaft teilen, zeigt sich die Sonderstellung der Computerprogramme im System des Urheberrechts deutlich. Computerprogramme weisen keinen ästhetischen Gehalt auf<sup>1004</sup>. Sie richten sich nicht an den menschlichen Geist, sondern sind bestimmt, ei-

999 So auch *Kindermann*, ZUM 1985, S. 2 (3).

1000 Vgl. nur *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 13.

1001 So *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 12 und die sicherlich auch heute noch bestehende allgemeine Ansicht, vgl. *Ulmer*, S. 130 f.; ders. und *Kolle*, GRUR Int. 1982, S. 489 (492); *Windisch*, GRUR 1980, S. 588; *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (387).

1002 Dieser Aspekt entbehrt jeglicher, möglicherweise streitiger, Elemente, wie Qualität, Originalität oder persönlicher Prägung.

1003 Nach seiner lexikalischen Semantik hat das Wort Ästhetik nichts mit der Anregung eines Schönheitsempfindens zu tun. Es meint vielmehr allein die Anregung der Sinne an sich. Vgl. *Schulze*, GRUR 1984, S. 400 (403); ders. GRUR 1985, S. 1001; *Troller*, UFITA 50 (1967), S. 385 (387); BGH GRUR 1985, S. 1047 – Inkasso-Programm.

1004 Gleicher Ansicht *Sack*, GRUR 2001, S. 1095 (1096), der sich mit dem Computerprogramm aus Sicht des Werktitelschutzes auseinandersetzt und zu diesem Ergebnis von einer anderen Warte aus gelangt. Kennzeichnend für den Werktitelschutz gem. § 15 MarkenG ist, dass das Werk einen gedanklichen Inhalt aufweist, d. h. es muss eine geistige Leistung in der Art und Weise verkörpert sein, dass für den Verkehr nicht der Warencharakter, sondern das immaterielle Wesen im Vordergrund steht (so auch BGH, GRUR 1998, S. 155 – Powerpoint). Nach *Sack* müsse der Werkbegriff danach bestimmt werden, ob eine geistige Leistung vorhanden sei, die zu einer über das Werk hinausgehenden geistigen Anregung des Rezipienten führe, die für sich bezeichnungsfähig erscheine. Bei Software lägen diese Merkmale zumeist nicht

ner Maschine Anweisungen zu erteilen<sup>1005</sup>, wie die vorhandenen technischen Ressourcen im Hinblick auf eine Aufgabenstellung möglichst effektiv eingesetzt werden können<sup>1006</sup>. Hierin liegt die einzige Funktion einer Software. Die Tatsache, dass der Maschinencode lesbar ist, tritt gegenüber der Steuerungsfunktion des Programms als unbedeutend in den Hintergrund<sup>1007</sup>.

Computerprogramme werden also nicht geschaffen, „um den menschlichen Geist zu erfreuen“, wie König zu Recht feststellt<sup>1008</sup>. Anders als Darstellungen wissenschaftlicher und technischer Art i.S.d. § 2 Abs. 2 Ziff. 7 UrhG, wie etwa Konstruktionszeichnungen, Schaltpläne etc. wenden sie sich noch nicht einmal bei ihrer Rezeption oder Umsetzung, also bei Erfüllung der primären Funktion, an den Menschen, da das Programm die Umwandlung der Befehle in die von der Hardware lesbaren Sprache automatisch durchführt<sup>1009</sup>. Computerprogramme unterscheiden sich in diesem wesentlichen Aspekt von jedem Musik- oder Schriftwerk der kleinen Münze, auch dem Einheitsfahrchein oder dem Jingle, von jeder Art wissenschaftlich-technischer Darstellung (dies ist eben eine *Darstellung*).

Dies gilt in erster Linie für sog. „*embedded software*“, Maschinenprogramme und die Systemsoftware<sup>1010</sup>, bei denen noch nicht einmal das Ergebnis der Programm-

vor, da sich die geistige Umsetzung beim Rezipienten hier auf die reine Nutzbarmachung der Ware beschränke. Auch technische Geräte seien nicht titelschutzfähig. Ein Unterschied jedoch (in Bezug auf das Merkmal der „geistigen Anregung“) gegenüber dem rein utilitaristischen immateriellen Gegenstand der Software könne nicht erkannt werden. Zur Unterscheidung aber zwischen Werk und Ware (für die Abgrenzung zwischen ungeschützten Waren und geschütztem Werkschutz) sei das Merkmal der „*geistigen Umsetzung der Leistung des Werkerstellers*“ notwendig. Auch Sack vertritt damit die Ansicht, dass die Funktion der Software als Mittel zur Problemlösung die Vermittlung eines überschießenden geistigen Gehalts nicht zulasse (vgl. ebd., S. 1097). Hieran könne auch eine etwaige Komplexität der Software nichts ändern.

1005 König, Rdnr. 453; Axster/Axster, BB 1967, S. 611; Wiebe in FS Pieper, S. 645 (656); so auch Samuelson/Davis/Kapor/Reichman, Manifesto, S. 2308 ff. Auch Haberstumpf in Computerprogramme II, S. 69 ff., Rdnr. 31, der im Übrigen die Zuordnung von Computerprogrammen zu anderen Werkformen als unproblematisch ansieht, räumt ein, dass die Funktion der Computerprogramme als „*Steuerungsmittel, die kausal auf eine Maschine einwirken und dadurch bestimmte Ergebnisse hervorrufen*“, keine Entsprechung in anderen urheberrechtlich geschützten Werkarten findet.

1006 Eine a. A. vertritt Troller in FS Roeber, S. 413, der meint, Computerprogramme seien eine Anweisung an den menschlichen Geist, obwohl sie sich an die Maschine richteten, da der Computer vom menschlichen Geist programmiert sei und daher „*in dessen Vertretung*“ handle.

1007 Gleicher Ansicht Sack, GRUR 2001, S. 1095 (1100).

1008 König, Rdnr. 453 meint daher: „*Es stellt daher eine grobe Verkenning des Wesens auch von Quellprogrammen dar, sie als Anweisungen an den menschlichen Geist zu betrachten.*“

1009 König, Rdnr. 453.

1010 System- oder Basissoftware dient der „*internen Steuerung und Verwaltung der Funktionseinheiten des informationsverarbeitenden Geräts und der mit ihm verbundenen Anschlussgeräte*“

funktion für den Menschen wahrnehmbar wird und die allein internen Steuerungsprozessen der Maschine dienen. Beispiel wäre etwa ein Steuerungsprogramm („*Firmware*“) für einen Toaster oder ein die interne Dateiverwaltung eines Computers organisierendes Programm. Das Einzige, was durch ein solches Programm dem Menschen vermittelt wird und was den menschlichen Sinnen zugänglich ist, ist das Arbeitsergebnis der Maschine, also der braun gebrannte Toast oder die Tatsache, dass man im Betriebssystem eines Computers bestimmte Dateihierarchien nutzen kann. Hiermit vermittelt das Programm keine andere Aussage als die Maschine selbst. Man könnte daher sagen, Computerprogramme seien Maschinen, deren Konstruktionsmedium der Text ist<sup>1011</sup>. Anders als sonstige Werkarten haben sie – ähnlich wie Maschinen – ein „Verhalten“<sup>1012</sup>. Sie können dagegen nicht vom Benutzer der Hardware wahrgenommen werden und damit – nach herkömmlichem Verständnis – eigentlich auch keine Werke i.S.d. § 2 UrhG sein<sup>1013</sup>.

Weniger evident ist dies bei so genannter Anwendungssoftware. Diese richtet sich zwar ebenfalls bestimmungsgemäß an der „Kommunikation“ mit der Maschine aus, es wird hier jedoch zumindest mittelbar durch die Hardware der gedankliche Inhalt, der dem Programm zugrunde liegt, den menschlichen Sinnen vermittelt. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Bestimmung auch solcher Programme darin liegt, mit einem Computer zum Zwecke der Funktionssteuerung zu kommunizieren, und nicht darin, vom Benutzer rezipiert zu werden.

Der Bundesfinanzhof führte hierzu in einem Urteil aus dem Jahr 1988 aus<sup>1014</sup>:

„...dass Anwenderprogramme Funktionsabläufe in einer Maschine steuern. Sie enthalten Anweisungen und Befehle an eine Maschine, wie sie ein Problem im Einzelnen zu lösen hat. Die-

sowie zur Steuerung der Ein- und Ausgabe“. Sie versetzen den Computer in die Lage, eine Vielzahl unterschiedlicher Anwendungsprogramme effizient auszuführen, so *Kindermann*, ZUM 1985, S. 4.

1011 So *Samuelson/Davis/Kapor/Reichman*, Manifesto, S. 2307 (2320 ff.), die diese Aussage mit verschiedenen Gemeinsamkeiten von Programmen und Maschinen unterfüttern. Es heißt hier (S. 2327 f.): „*Once one understands that programs are machines that happen to be constructed in the medium of text, it becomes easier to understand, that writing programs is an industrial design process akin to the design of physical machines.*“

1012 *Samuelson/Davis/Kapor/Reichman*, Manifesto, S. 2307 (2320 ff.).

1013 Gleicher Ansicht *König*, Rdnr. 467 m. w. Nachw. auf einen erheblichen Teil der Fachliteratur.

1014 Vgl. BB 1989 Teil 1, Beilage III, S. 18. Auch in der Begründung zum Vorschlag für die Urheberrechtsrichtlinie findet sich eine ähnliche Formulierung. Computerprogramm ist danach, „*das nach dem derzeitigen Stand der Technik in jeder Form, Sprache und Notation oder in jedem Code gewählte Ausdrucksmittel für eine Folge von Befehlen, die dazu dient, einen Computer zur Ausführung einer bestimmten Aufgabe oder Funktion zu veranlassen*“ (zitiert nach *Marly*, S. 109, der seinerseits meint: „*Sämtliche Definitionen der Computersoftware bringen deutlich zum Ausdruck, dass es Aufgabe der Computerprogramme ist, ein datenverarbeitendes Gerät zu steuern.*“).

se Anweisungen und Befehle an eine Maschine in einer ihr verständlichen Sprache sind das Charakteristische eines Computeranwendungsprogramms.“

Hiergegen ist vorgebracht worden, dass das Programm sich in der konkreten Kodierung zumindest an fachkundige Personen, wie Programmierer oder fachkundige Nutzer, die eine solche Sprache lesen können, wende<sup>1015</sup>. Hiermit hätten Computerprogramme zumindest eine doppelte Funktion. Sie dienen einerseits als „Steuerungsmittel“ der Hardware und andererseits als „Lektüre“ für den fachkundigen Betrachter. Demgemäß fügten sie sich problemlos in den Werkkatalog des § 2 UrhG ein.

Ob dem zuzustimmen ist, scheint fraglich. Vergleicht man das Computerprogramm mit anderen Werkarten und deren innewohnenden Möglichkeiten, bestimmungsgemäß dem Rezipienten vermittelt zu werden, ergibt sich ein wesentlicher Unterschied. Dieser liegt eben in dem Zweck der Gestaltung. Bei Computerprogrammen stellt die Möglichkeit, vom Menschen wahrgenommen zu werden, einen reinen Nebeneffekt dar. Vergleichbar ist dessen kommunikativer Gehalt etwa mit einer elektrischen Schaltung. Dass ein Fachmann aus der Anordnung der verwendeten Widerstände, Materialien etc. möglicherweise entnehmen kann, welcher Funktion diese dient oder wie sie funktioniert, ändert nichts an der Tatsache, dass deren Zweck allein in der Steuerung elektronischer Abläufe liegt<sup>1016</sup>.

Dies gilt umso mehr, da im Allgemeinen der Quellcode, in dem die vom Programmierer geschaffene, „sprachliche“ Form des Programms verkörpert liegt, technisch verschlüsselt (kompiliert) und damit geheim gehalten wird. Dies gilt jedenfalls für die meiste „proprietäre“ Software<sup>1017</sup>, welche das dem Urheberrechtsgedanken

1015 *Haberstumpf* in *Computerprogramme II*, Rdnr. 31; ähnlich auch das Hanseatische Oberlandesgericht, NJW-RR 1995, S. 430 (431) – Powerpoint zum Werkbegriff beim Titelschutz.

1016 Sicherlich hinkt der Vergleich, wenn man hier auf die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Software rekurriert insofern, als die Software, anders als eine Schaltung, in einer gewissen Form von Sprache geschrieben ist. Allerdings ist dieser Unterschied aus urheberrechtlicher Sicht wiederum ohne Belang, da es sich hierbei um eine Sprache handelt, die nicht der menschlichen Kommunikation dient, sondern der Kommunikation mit einer Maschine. Sie ist daher als „Grundstoff“ für ein urheberrechtliches Werk ungeeignet.

1017 Zum Begriff vgl. unten, Fn. 1251. Dagegen wird bei der Open Source Software (auch „Freie Software“ genannt) der Quelltext zum Zwecke der Weiterentwicklung durch Dritte offengelegt, die Nutzung frei von Lizenzgebühren und die freie Weitergabe und Bearbeitung gestattet (siehe hierzu *Jaeger/Metzger*, S. 1-14; *dies.* GRUR Int. 1999, S. 839 (840 f.); *Omsels* in *FS Hertin*, S. 141 (141 f.); *Grzeszick*, MMR 2000, S. 412 (413 ff.); *Ahn*, S. 118 ff.; *Deike*, CR 2003, S. 9 ff.; *Wuermeling/Deike*, CR 2003, S. 87 ff.; *Schulz, C.*, S. 63 ff.; *Koglin*, S. 21 ff.; *Spindler/Wiebe*, CR 2003, S. 873 ff.; *Sester*, CR 2000, S. 797 ff. *Jaeger/Metzger*, S. 5-7 und *Spindler* (Hrsg.), S. 9-19 zeigen die Unterschiede von freien Software-Lizenzen zu anderen Lizenzmodellen wie Freeware, Shareware oder Public Domain Software auf). Hinter dem Vertriebs- und Nutzungsmodell der Freien Software steht der Gedanke, dass eine Perfektionierung und Weiterentwicklung des Softwareprodukts erreicht werden kann, indem eine unbestimmte Anzahl von Entwicklern und Programmierern sich aus eigenem Antrieb für die

folgende Verwertungsmodell bei Computerprogrammen verkörpert<sup>1018</sup>. Der Nutzer kann und soll die Sprache, in der das Programm abgefasst ist, also gar nicht lesen oder wahrnehmen. Bemerkenswert ist diesbezüglich, dass diese Tatsache wiederum der bestimmungsgemäßen Verwendbarkeit des Programms keinen Abbruch tut. Vor diesem Hintergrund erscheint der Verweis auf eine ästhetische Bestimmung von Computerprogrammen allzu konstruiert.

Dies könnte wiederum allenfalls auf das Entwurfsmaterial für ein Computerprogramm zutreffen. Dieses ist immerhin für Menschen geschrieben, die es später umsetzen sollen<sup>1019</sup>. Das Computerprogramm unterscheidet sich daher vom Entwurfsmaterial ebenso elementar, wie von anderen „echten“ Sprachwerken.

Diesem sinnwidrigen Ergebnis, dass zwar der Entwurf für die Erstellung eines Werkes, nicht aber das Werk selbst schutzfähig ist, könnte man entgegenhalten, dass auch andere Werkformen – wie das Programm die Maschine – einen Mittler brauchen, um überhaupt wahrgenommen werden zu können. So ist ein geschütztes Musikwerk zwar in der Partitur verkörpert, diese kann jedoch nicht ohne das Spiel mit Instrumenten oder die Singstimme bestimmungsgemäß wahrgenommen werden. Man könnte also sagen, dass die Musik sich nicht an die Sinne des Rezipienten richtet, sondern in erster Linie an die des Musikers.

Dennoch ist der Vergleich schief. Begreift man den ästhetischen Gehalt als Wesensmerkmal des Werkes, kommt es nicht darauf an, ob es zur Rezeption des Wer-

Fortentwicklung engagiert. Zu diesem Zweck wird die Software von ihren Erstentwicklern – jedenfalls teilweise (vgl. zu den Synergien zwischen Open Source- und Urheberrechtsschutz *Jaeger/Metzger*, S. 82 ff.; *Kreutzer*, Open Content, *passim*; *Metzger* in *Hoffmann-Riem/Eifert* (Hrsg.), Lit. A) – von urheberrechtlichen Restriktionen freigestellt, indem eine weit gehende, einfache Lizenz an jedermann erteilt wird. Die Bearbeitung, Vervielfältigung und alle anderen Verwertungsformen sind danach gestattet. Das schließt eine kommerzielle Verwertung indes keineswegs aus. Freie Software hat sich eigene Marktsegmente im Softwarebereich erschlossen. Umsätze werden hier lediglich auf anderen Wegen als durch das Lizenzgeschäft generiert. Firmen wie die SuSE Linux AG oder Red Hat verdienen auf Sekundärgeschäftsfeldern, v. a. der Distribution von Datenträgern (also Verkauf körperlicher Sachen, die einen lizenzfreien geistigen Inhalt enthalten) und Accessoires (z. B. Handbüchern, Anwendungs- und Peripherie-Software) und darüber hinaus v. a. mit Beratung, Service und angepassten Lösungen (siehe *Jaeger/Metzger*, S. 15-17, 95; *Spindler* (Hrsg.), S. 5 ff.). Das Lizenzgeschäft als urheberrechtliches Standardvermarktungsmodell tritt hierbei gegenüber dem Dienstleistungsmarkt rund um den geistigen Inhalt zurück. Eingehend hierzu *Jaeger/Metzger*, S. 1 ff.; *dies*. GRUR Int. 1999, 839 ff.; *Schulz*, C., S. 93 ff.

1018 Hier wird – im Gegensatz zum Open-Source-Modell – das Urheberrecht eingesetzt, um die Verwertung des Programms zu kontrollieren und dabei, u. a., die im Quellcode liegenden Entwicklungsgeheimnisse zu verbergen. Hierzu dient das (generelle) Dekompilierungsverbot (vgl. § 69c Nr. 1 und 2 UrhG, das nur durch § 69e UrhG eine eng gefasste Ausnahme zulässt).

1019 Addiert man in einem „minimalen Werkbegriff“ dem ästhetischen Gehalt noch die Individualität als Tatbestandsmerkmal hinzu, wird auch das Entwurfsmaterial, wenn nicht die darin verkörperte Idee geschützt werden soll, zumeist aus dem Urheberrecht herausfallen. Dies gilt sowohl aus Sicht eines werk- als auch eines urheberbezogenen Werkbegriffs.

kes eines Mittlers mit besonderen Fähigkeiten bedarf. Entscheidend ist vielmehr, ob sich das Werk an die Sinne des Rezipienten richtet. Dies ist bei Musik der Fall. Der geschützte Ausdruck ist nicht die Partitur, sondern der durch Gehör wahrnehmbare Inhalt, also die Töne<sup>1020</sup>. Die in Noten geschriebene und damit lesbare Partitur ist nur eine Art der Verkörperung. Diese ist für den Schutz des Musikwerkes hingegen unerheblich, auch eine Improvisation kann geschützt sein<sup>1021</sup>.

Auch der Einwand, dass die konkrete Form, die das Arbeitsergebnis einer programmiertätigkeit angenommen hat, zumindest bei Anwendungsprogrammen immerhin als grafische Benutzeroberfläche wahrgenommen werden kann, greift nicht. Diese ist grundsätzlich vom Computerprogramm zu unterscheiden<sup>1022</sup>. Schutzgegenstand ist allein die im Programm und seinen Vorstufen gefundene Form des geistigen Inhalts.

### c) Das Computerprogramm als Gegenstand „qualifizierter menschlicher Kommunikation“

Die bisher an verschiedenen Aspekten belegte These, dass das Computerprogramm sich von anderen Werkarten grundlegend unterscheidet, bestätigt sich auch, wenn man dem Urheberrecht die weite utilitaristische Funktionsbeschreibung *Schrickers* zugrunde legt<sup>1023</sup>. Hiernach dient das Urheberrecht „dem Schutz qualifizierter menschlicher Kommunikation“<sup>1024</sup>. „Grundvoraussetzung ist, dass das Werk „etwas“ aufweist, das über das bloße sinnlich wahrnehmbare Substrat hinausgeht, eine „Aussage“ oder eine „Botschaft“, die dem Bereich der Gedanken, des Ästhetischen oder sonstiger menschlicher Regungen oder Reaktionsweisen zugehört.“

Wie bereits ausgeführt, dient Software keiner, schon gar keiner „qualifizierten, menschlichen Kommunikation“, sondern einer technischen Kommunikation. Dies schließt die Qualifikation des Programms als ein Produkt, das andere Schichten der Person anspricht, wie Gefühle, Stimmungen und unbewusste Regungen, aus. Das Computerprogramm dient ebenso wenig dazu, dem Menschen eine Aussage oder

1020 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 134.

1021 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 135. Würde man auf die Partitur abstellen, handelte es sich nicht um ein Musikwerk, sondern u. U. um ein Werk der bildenden Künste.

1022 *Haberstumpf* in *Computerprogramme II*, Rdnr. 31; *Schlatter* in *Computerprogramme II*, Rdnr. 67 ff. Bei der Benutzeroberfläche handelt es sich lediglich um das „look and feel“ einer Software, das wiederum durch die Software gesteuert wird, vgl. hierzu *Wiebe*, GRUR Int. 1990, S. 21 (26 ff.); *Koch*, GRUR 1991, S. 180 (181 f.). In der DIN-Norm 44300 Teil 4, Nr. 4.1.9. (1988) ist eine Definition des Computerprogramms offiziell festgelegt. Verfehlt daher OLG Karlsruhe, ZUM 1995, S. 142 ff. – Bildschirmmasken.

1023 In *Schricker*, Einleitung, Rdnr. 6.

1024 *Schricker*, Einleitung, Rdnr. 6.

Botschaft zu vermitteln, die dem Bereich der Gedanken, des Ästhetischen oder sonstiger menschlicher Regungen und Reaktionsweisen zuzuordnen ist. Auch dieser sehr funktionale Werkbegriff vermag das Computerprogramm mithin nicht zu erfassen. Dies wiederum führt auf dessen Besonderheit gegenüber anderen Werkarten zurück.

#### 4) Zwischenergebnis

Aus der Sonderstellung der Computerprogramme als urheberrechtliches Schutzobjekt lässt sich ein Schluss ziehen. Das Urheberrecht hat sich verändert. Durch die Erstreckung des urheberrechtlichen Schutzbereichs auf Computerprogramme hat sich der Fokus des Rechts erheblich ausgeweitet. Statt an grundlegenden Paradigmen des *Droit D'Auteur* festzuhalten, hat man sich zur Erlangung eines vermeintlich praktischen, einfach zu erringenden, international wirkenden und weit reichenden Rechtsschutzes für Software, einer pragmatischen Lösung zugewendet. Die Ausweitung des Urheberrechts hat damit erstmals einen Schutzgegenstand erfasst, der sich von den bisherigen Werkkategorien elementar unterscheidet. Das Urheberrecht ist damit einem Wirtschafts-, einem Investitionsschutzrecht ähnlicher geworden.

Ob man sich der Bedeutung dieses Schrittes bewusst war, scheint zweifelhaft. Immerhin schien der deutsche Gesetzgeber der Entscheidung seinerzeit durchaus ambivalent gegenüberzustehen. Dies zeigt sich daran, dass man versuchte, das „Softwareurheberrecht“ in einem eigenen Abschnitt möglichst zu isolieren. In der Begründung zum 2. Urheberrechtsänderungsgesetz heißt es hierzu<sup>1025</sup>:

„Zum anderen sollen die Ausstrahlungen von Sonderregelungen für Computerprogramme auf das ‚klassische‘ Urheberrecht möglichst vermieden werden. Die urheberrechtliche Systematik soll nicht im Interesse einer Werkart geändert werden, die an der Grenze zwischen dem Urheberrecht traditioneller Art und anderen Rechtssystemen zum Schutz des geistigen Eigentums liegt.“

Indes ist dieses Ziel nicht erreicht worden. Die Computerprogramme stellen im System des geltenden deutschen Urheberrechts einen Fremdkörper dar. Wesentliche Grundregeln, z. B. das Urheberpersönlichkeitsrecht, das Schöpferprinzip und die Schutzdauer finden auf diese ungeachtet dessen gleichermaßen Anwendung. Von einer gelungenen „Isolation“ der Computerprogramme kann angesichts dieser Vermischung von Sonder- und allgemeinen Regelungen keine Rede sein. Das Urheberrecht hat damit ein verändertes Wesen angenommen. Es vermengt nunmehr personenbezogen-individuelle, geistig ansprechende mit unpersönlichen, technisch-funktional orientierten Schutzgütern. Damit ist das Urheberrecht zu einer Mischform von reinem Wirtschafts- und „persönlichkeitsbezogenem Eigentumsrecht“ geworden, der es sowohl an rechtstheoretischer Fundierung als auch an dogmatischer

1025 Begründung zum 2. Urheberrechtsänderungsgesetz, UFITA 123 (1993), S. 182 (185).

Stringenz mangelt. Die in Teil 3 näher zu untersuchende These, dass dies letztlich zu Defiziten und dysfunktionalen Effekten führt, liegt vor diesem Hintergrund nicht fern.

### III) Rechtsschutz von Datenbanken

#### A) Internationale Entwicklung

Zeitlich später in die Diskussion geraten, führt der heute national und europaweit implementierte Urheberrechtsschutz von Datenbanken<sup>1026</sup> die Entwicklung der rechtlichen Absicherung technisch-funktionaler Wirtschaftsgüter über das Urheberrecht fort. Wie auch bei den Computerprogrammen handelt es sich bei Datenbanken um ein wirtschaftlich hochwertiges und damit schützenswertes Gut, das mit zunehmender Nutzung von Informationstechnologie on- oder offline erheblich an Bedeutung gewinnen wird<sup>1027</sup>. Aufgrund dieser Erkenntnis wurde man sich über den Regelungsbedarf auf internationaler Ebene bald einig. Ziel sollte sein, urheberrechtlichen Schutz zu schaffen für Sammlungen von reinen Daten oder Fakten. Diese waren vorher weder einem internationalen Schutz zugänglich, noch fielen sie unter eine der Werkarten im deutschen Urheberrechtsgesetz. Zwar ist mit dem Schutz von Datensammlungen der Schutz der Sammelwerke im weiteren Sinne verwandt, jedoch scheiterte dieser daran, dass der Sammelwerkschutz, wie die Bezeichnung bereits impliziert, nur Sammlungen geschützter Werke (also persönliche geistige Schöpfungen) erfasst<sup>1028</sup>. Darüber hinaus strebt der Datenbankschutz die Sicherung einer Ordnung, Zusammenstellung und Systematisierung von reinen Fakten und als solchen ungeschützten Informationen an. So wäre der urheberrechtliche Schutz eines

1026 Unter Datenbanken fallen Sammlungen von Daten in jeglicher Form, die auf bestimmte Art und Weise ausgewählt und angeordnet wurden. Dies kann einerseits in elektronischer Form geschehen, wie z. B. bei einer Gesetzessammlung auf CD-ROM oder einem Online-Archiv oder auch in analoger Form, wie bei einem Almanach oder einer Statistik.

1027 Dies erkannte die EU-Kommission schon im „Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung – Urheberrechtsfragen, die ein sofortiges Handeln erfordern“ aus dem Jahre 1988, S. 205-217.

1028 So die h. M. in Deutschland zu § 4 a. F. UrhG. Hier hieß es: „*Sammlungen von Werken oder anderen Beiträgen...*“. Der Begriff des „Beitrags“ sollte nach h. M. implizieren, dass nicht reine Daten- oder Faktensammlungen hierunter fallen können, vgl. *Hoebbel* in *Computerprogramme II*, S. 1015 (1020), Rdnr. 13 m. w. Nachw. Auch in Art. 2 Abs. 5 RBÜ werden Sammelwerke als: „*Sammlungen von Werken der Literatur oder Kunst...*“ definiert. Vgl. hierzu auch *Reinbothe*, ZUM 1996, S. 735 (737); *Leistner*, S. 24.

Telefonbuches als Sammelwerk undenkbar, während ein Datenbankschutz durchaus nicht abwegig ist<sup>1029</sup>.

Datenbanken fanden Einzug in das internationale Urheberrechtsschutzsystem durch das TRIPS-Abkommen. Art. 10 Absatz 2 TRIPS schreibt den Schutz von Datenbanken mit Werkcharakter, also Datenbanken, die „aufgrund der Auswahl oder Anordnung ihres Inhalts geistige Schöpfungen bilden“, vor. In Satz 2 dieser Vorschrift wird ausdrücklich klargestellt, dass der Schutz an der Datenbank nicht die darin enthaltenen Daten, also nicht den die Datenbank bildenden Inhalt, erfasst<sup>1030</sup>. Diese Beschränkung des Datenbankschutzes basiert auf der Erkenntnis von einem dringenden Freihaltebedürfnis. Würden die in Datenbanken enthaltenen Informationen (man denke nur an Telefonnummern in einem Telefonbuch) vom Urheberrecht erfasst, käme dies einer Monopolisierung von frei verfügbaren Informationen gleich. Dies widerspräche den in Teil 1 dargelegten Grundsätzen des Urheberrechtsschutzes.

Art. 10 Absatz 2 TRIPS zählt wie auch Art. 10 Abs. 1 TRIPS zu den sogenannten „Bern-Plus-Elementen“<sup>1031</sup>. Allerdings gehen der hierdurch garantierte Schutz nicht

1029 Der BGH hat in der Entscheidung Tele-Info-CD (GRUR 1999, S. 923 ff.) entschieden, dass Telefonbücher zwar keinen Urheberrechtsschutz als Datenbankwerk genießen, Ihnen jedoch das Leistungsschutzrecht nach den §§ 87a UrhG ff. zukommt.

1030 Wie auch aus Art. 5 WCT ergibt sich aus der Formulierung des Art. 10 Abs. 2 TRIPS eine Unsicherheit. Beide Normen des internationalen Urheberrechts lassen das Schicksal von anderen Rechten als den Urheberrechten, wie etwa Leistungsschutzrechten, die an den verwendeten Daten bestehen können, offen. Es heißt hier nur „Dieser Schutz, der sich nicht auf die Daten oder das Material selbst erstreckt, gilt unbeschadet eines an den Daten oder dem Material selbst bestehenden Urheberrechts.“ Eine eindeutiger Formulierung, wie sie etwa in Art. 5 des „Basic Proposals“ zum WCT vorgeschlagen wurde, konnte sich aufgrund des Widerstandes der Entwicklungsländer nicht durchsetzen (v. Lewinski/Gaster, ZUM 1997, S. 607 (621)). Hiermit ist nicht geklärt, wie es sich mit den evtl. bestehenden Leistungsschutzrechten verhält. In Bezug auf das TRIPS könnte man aus der Beschränkung des Wortlauts auf die Urheberrechte an verwendetem Material und der Tatsache, dass hier (Art. 14) auch verwandte Schutzrechte geregelt werden, schließen, dass letztere in dem Recht an der Datenbank aufgehen sollten. Für den WCT gilt dies nicht, da hier verwandte Schutzrechte gar nicht Regelungsgegenstand sind (so auch v. Lewinski/Gaster, ebd.). Auch im Bereich des TRIPS-Schutzes von Datenbanken kann allerdings nichts anderes gelten. Die Leistung des Urhebers der Datenbank besteht allein in der Systematisierung und Auswahl des Materials. Ein Erlöschen der Rechte an fremden Leistungen wäre system- und sinnwidrig und könnte durch nichts gerechtfertigt werden.

1031 So werden Vorschriften bezeichnet, die sich nicht in der RBÜ finden und die damit eine Anhebung des internationalen urheberrechtlichen Schutzniveaus durch multilaterale Verträge bedeuten, vgl. Kreuzer, S. 76; Reinbothe, ZUM 1996, S. 735 ff. (736). Art. 10 Abs. 2 TRIPS, knüpft, wie auch Art. 2 Abs. 5 RBÜ, bei dem Schutz von Sammlungen auf die besondere Auswahl oder Anordnung an. Er ist jedoch weitergehend, da die Elemente der Sammlung (Datenbank) nicht an sich schon „Werke“ sein müssen, sondern auch „Daten und sonstiges Material“ sein können (Art. 10 Abs. 2 S. 2 TRIPS).

allzu weit, da er allein Datenbanken mit Werkcharakter erfasst. Auf einen breiteren Schutz von Datenbanken, der – wie die EG-Richtlinie über den Schutz von Datenbanken<sup>1032</sup> – auch einen ergänzenden Rechtsschutz für den Hersteller von Datenbanken enthält, konnte man sich bei der Verabschiedung des TRIPS nicht einigen<sup>1033</sup>. Gleiches gilt auch für den Schutz von Datenbanken in Art. 5 WCT. Die Vorschrift ist mit der des Art. 10 Abs. 2 TRIPS identisch, ein Investitionsschutzrecht des Datenbankherstellers wird mithin nicht vorgesehen.

Noch im Februar 1996 – und damit nur 10 Monate vor der endgültigen Verabschiedung der WIPO-Verträge WCT und WPPT – wurde von der Europäischen Union ein Vorschlag zum internationalen Schutz des Datenbankherstellerrechts (auch Recht *sui generis* genannt) in die Verhandlungen der WIPO eingebracht<sup>1034</sup>. Später, im Mai 1996<sup>1035</sup>, legten auch die USA einen Vorschlag für einen internationalen Schutz eines solchen verwandten Schutzrechts vor. Von Seiten der WIPO wurde dann auch am 30. August 1996 ein „*Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Intellectual Property in Respect of Databases to be Considered by the Diplomatic Conference*“ vorgelegt<sup>1036</sup>. In diesem „*Draft Database Treaty*“ wurden die Vorschläge der USA und der EU – jedenfalls zum Teil – aufgegriffen. Gegenstand des Entwurfs war die Errichtung eines internationalen Schutzes für die Investitionsleistungen, die bei der Erstellung von Datenbanken erbracht werden. Das Ziel lag darin, die Datenbankhersteller als Investoren gegen die Entnahme oder Verwendung wesentlicher Teile ihrer Datensammlungen durch Dritte abzusichern.

Wohl nicht zuletzt aufgrund der Dringlichkeit des Anliegens konnte sich das Begehren von EU und USA bei den Entscheidungen zu den WIPO-Verträgen nicht durchsetzen. Dennoch sind die Verhandlungen hierüber seither weiterverfolgt worden. Diese gestalten sich indes schwierig, da das Vorhaben auf zum Teil erheblichen Widerstand einiger WIPO-Mitgliedsstaaten stößt. Eine baldige Einigung auf einen internationalen Vertrag zum Schutze von Datenbankherstellern dürfte daher nicht zu erwarten sein<sup>1037</sup>.

1032 Richtlinie 96/9 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.03.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Abl. EG Nr. L 77 vom 27.03.1996, S. 20 = GRUR Int. 1996, S. 806.

1033 Insbesondere aus deutscher und europäischer Sicht wurde versucht, in den Verhandlungen zum TRIPS einen solchen Investitionsschutz durchzusetzen, vgl. hierzu *Reinbothe*, ZUM 1996, S. 737.

1034 WIPO-Dok. BCP/CE/VI/13 vom 1.2.1996. Vgl. zu nachstehendem auch *Leistner*, S. 246 ff.

1035 Vgl. WIPO-Dok. BCP/CE/VII/2-INR/CE/VI/2 vom 20.5.1996.

1036 WIPO-Dok. CRNR/DC/6 vom 30.8.1996.

1037 So *Leistner*, S. 248 f.

## B) Europäische Entwicklung

In Europa ist der Rechtsschutz von Datenbanken seit der Verabschiedung der „Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken“ Bestandteil des *acquis communautaire* im Urheberrecht.

### 1) Das Recht an Datenbankwerken

Im Gegensatz zu den internationalen Abkommen unterscheidet die Datenbank-Richtlinie zweierlei Datenbankschutzrechte. Kapitel II beschäftigt sich mit dem Schutz des Urhebers eines Datenbankwerkes. Es handelt sich hier um ein reines Urheberrecht, wie es auch in Art. 5 WCT und Art. 10 Abs. 2 TRIPS vorgesehen ist.

Daher greift der Schutz nur, wenn die Datenbank sich durch die „Auswahl oder Anordnung ihrer Elemente“ als „eigene geistige Schöpfung“ qualifizieren lässt (Art. 3 Abs. 1 RL). Aus dieser Vorschrift ergeben sich einerseits die Anforderungen an den Werkbegriff für Datenbanken und andererseits eine Maßgabe für die Schöpfungshöhe. Der Werkbegriff entspricht der Formulierung von Art. 1 Abs. 3 Computerprogramm-Richtlinie und Art. 6 Schutzdauer-Richtlinie<sup>1038</sup>. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass diese Formulierung des Werkbegriffs bereits zum dritten Mal Einzug in eine Richtlinie gefunden hat, auf die zunehmende Etablierung eines einheitlichen „europäischen Werkbegriffs“ hindeutet<sup>1039</sup>. Jedenfalls bezieht die Europäische Union mit dieser Formulierung eine eindeutige Position in Richtung eines „entpersonalisierten“ Werkbegriffs, der sich des objektiven Schutzkriteriums der „Originalität“ im Sinne des angloamerikanischen Verständnisses bedient<sup>1040</sup>.

1038 Für den Rechtsschutz von Fotografien. Zum Vergleich dieses gegenüber § 2 Abs. 2 UrhG unterschiedlichen Werkbegriffs mit dem geltenden Recht, vgl. Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.d).

1039 Ausführlich hierzu *Leistner*, S. 66 ff., der hier (S. 68) meint, dass dem Begriff der *eigenen geistigen Schöpfung* ein Kompromisscharakter zwischen den sehr niedrigen Schutzvoraussetzungen im Copyright und den vergleichsweise strengen Voraussetzungen des deutschen Urheberrechts zukommt. In der Tat ist nach allgemeiner Ansicht die europäische Intervention im Bereich des Werkbegriffs – und hier besonders der Schöpfungshöhe – auf die strenge deutsche Rechtsprechung zum Schutz der Computerprogramme zurückzuführen, vgl. hierzu oben Punkt II.C.2).

1040 Gleicher Ansicht ist *Leistner*, Dissertation, S. 69 f. Diese Tatsache wird auch durch die Erwägungsgründe zur Richtlinie, in denen stets von *Originalität* die Rede ist, belegt, vgl. etwa Erwägungsgrund 16. Dass dieser Begriff nicht im Sinne des französischen Verständnisses des Terminus’ „*Originalité*“, also „eigenschöpferische Prägung“, verstanden werden soll (s. o. Fn. 190), ist evident.

Auch in Bezug auf die Werkhöhe, also das qualitative Element des Individualitätsbegriffes, ist durch die Verwendung gleich bleibender Formulierungen in der EU-Gesetzgebung eine Vereinheitlichungstendenz zu erkennen. Wie bei den Computerprogrammen dürfen nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 RL bei der Bestimmung der Schutzfähigkeit „keine anderen Kriterien“ angewendet werden<sup>1041</sup>, als das Vorliegen einer „*eigenen geistigen Schöpfung*“. Der Wiederholung dieser Formulierung des „europäischen Werkbegriffs“ ist das bleibende Streben nach einer einheitlich niedrigen Schutzuntergrenze im europäischen Urheberrecht zu entnehmen<sup>1042</sup>.

## 2) Das Recht des Datenbankherstellers

In Kapitel III der Richtlinie 96/9/EG ist ein neues verwandtes Schutzrecht zum Schutze des Datenbankherstellers geregelt. Es handelt sich hierbei um ein reines Wirtschaftsrecht<sup>1043</sup>, das dem Wettbewerbsrecht sehr nahe steht<sup>1044</sup>. Es dient dazu, die Amortisierung der, oft erheblichen, Investitionen des Datenbankherstellers zu schützen<sup>1045</sup>, die besonders bei digitalen Datenbanken durch unberechtigte Übernahme gefährdet sind.

### a) Anforderungen an die Schutzfähigkeit

Ausgerichtet auf den Schutz der Investition kommt es für die Entstehung des Schutzrechts *sui generis* nicht auf das Vorliegen einer eigenen oder persönlichen geistigen Schöpfung an. Dies würde dem Zweck, den Investor zu schützen, auch widersprechen. Dieser kann – und wird regelmäßig – eine juristische Person sein<sup>1046</sup>. Angesichts dieses Schutzzwecks erklären sich auch die Schutzanforderungen. Geschützt ist eine Datenbank, „bei der für die Beschaffung, die Überprüfung oder die

1041 Hiermit gemeint sind nach Erwägungsgrund 16 der Richtlinie insbesondere ästhetische (hier wohl bezogen auf geschmackliche oder künstlerische Aspekte) oder qualitative Kriterien. Die Vorschrift hat damit den gleichen Gehalt wie § 69a Abs. 3 UrhG.

1042 In Teil 1 (vgl. Kapitel 1, Punkt I.B.4.d) wurde bereits ausgeführt, dass sich dieser Werkbegriff nicht mit dem Begriff der *persönlichen geistigen Schöpfung* in § 2 Abs. 2 UrhG deckt. Es zeitigen sich hier Änderungen durch die Einflussnahme der EU, die möglicherweise auf eine Entpersonalisierung des deutschen Urheberrechts hinauslaufen könnten.

1043 *Loewenheim*, GRUR Int. 1997, S. 285 (287).

1044 Noch deutlicher wurde der wettbewerbsrechtliche Charakter des Datenbankherstellerrechts in dessen „Urfassung“, als es noch als „*Recht gegen unlautere Auszüge aus einer Datenbank*“ bezeichnet wurde, vgl. *Flehsig*, ZUM 1997, S. 577 (578).

1045 Vgl. Erwägungsgründe 39 und 40 zur RL 96/9/EG und in der Umsetzung ausdrücklich § 87a Abs. 1 UrhG.

1046 Klargestellt wird dies im deutschen Recht in § 127a Abs. 1 UrhG.

Darstellung ihres Inhalts eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Investition erforderlich ist“<sup>1047</sup>. Die Abgrenzung zwischen Urheber- und Leistungsschutzrechten an Datenbanken basiert daher nicht auf einer graduellen Unterscheidung, etwa in Bezug auf die Gestaltungshöhe der Schutzgüter. Beide Rechte weisen vielmehr völlig eigenständige Merkmale und Schutzzwecke auf<sup>1048</sup>.

Die Schutzfähigkeit hängt aus Sicht des Datenbankherstellerrechts allein von der Investitionshöhe ab. Die Investition muss dabei nicht unbedingt finanzieller Natur sein, sondern kann (zusätzlich) auch im Einsatz von Zeit, Arbeit oder Energie bestehen<sup>1049</sup>. An den Aspekt der Wesentlichkeit werden keine hohen Anforderungen zu stellen sein<sup>1050</sup>.

## b) Verwertungsrechte des Datenbankherstellers und deren Schranken

Die Verwertungsrechte des Datenbankherstellers sind in Art. 7 Abs. 1 und 2 der Datenbank-Richtlinie geregelt. Dieser erhält die ausschließliche Befugnis, „die Entnahme und/oder die Weiterverwendung der Gesamtheit oder eines in qualitativer Hinsicht wesentlichen Teils des Inhalts der Datenbank zu untersagen“. Was „Entnahme“ und was „Weiterverwendung“ bedeuten soll, wird in Abs. 2 definiert. Trotz der Abkehr von der im Urheberrecht üblichen Terminologie („Entnahme“ bedeutet im Wesentlichen „Vervielfältigung“), sind die Befugnisse mit den urheberrechtlichen Verwertungsrechten aus Art. 5 der Richtlinie weit gehend vergleichbar.

Eine potenziell bedeutende Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts des Datenbankherstellers ergibt sich allerdings daraus, dass dieser gem. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie erst bei der Übernahme „wesentlicher Teile“ der Datenbank greift<sup>1051</sup>. Konzeptionell bemerkenswert ist, dass es sich bei Einschränkung nicht um eine Schranke, sondern um eine allgemeingültige Verkürzung des Schutzzumfangs handelt. Dadurch unterscheidet sich das Modell des Rechts *sui generis* grundlegend von dem Schutzrecht-Schranken-Konzept, das im Urheberrecht gilt. Dies wurde in § 87b Abs. 1 UrhG in das deutsche Recht übernommen. Die so sich ergebende Ungleichbehandlung des Datenbankherstellers gegenüber dem Datenbankurheber erklärt sich aus den unterschiedlichen Schutzansätzen. Der Investitionsschutz kann naturgemäß

1047 So Art. 7 Abs. 1 RL 96/9/EG.

1048 Gleicher Ansicht *Leistner*, S. 196; *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 87a ff., Rdnr. 8. A. A. offenbar *Flehsig*, ZUM 1997, S. 577 (587).

1049 *Dreier/Schulze-Dreier*, § 87a, Rdnr. 12.

1050 Siehe *Dreier/Schulze-Dreier*, § 87a, Rdnr. 14 f. m. w. Nachw. V. a. die Rechtsprechung zeigt sich bei der Zuerkennung des Datenbankherstellerschutzes eher großzügig, vgl. die Nachweise bei *Dreier/Schulze-Dreier*, a. a. O.

1051 Die Auslegung dieses Rechtsbegriffs durch die Rechtsprechung wird zeigen, wie sehr sich die Schutzbereiche von Datenbankurheberrecht und *sui-generis*-Recht unterscheiden.

erst ab dem Punkt gerechtfertigt sein, in dem die Amortisierung der Investition gefährdet erscheint. Dies wird bei der Entnahme unwesentlicher Teile im Zweifel nicht anzunehmen sein<sup>1052</sup>.

Weitere Beschränkungen finden sich in den Art. 8 und 9 der Richtlinie. Die Befugnisse des Datenbankherstellers werden durch diese Vorschriften an den Interessen der (rechtmäßigen) Nutzer einerseits und der Allgemeinheit andererseits relativiert. Art. 8 Abs. 1 S. 1 RL sichert die bereits genannte Beschränkung des Schutzrechts aus Art. 7 Abs. 1 vertragsrechtlich ab. Hiernach sind vertragliche Regelungen, die dem rechtmäßigen Benutzer die Übernahme etc. unwesentlicher Teile einer Datenbank untersagen, unwirksam. Das Ausnutzen von Marktmacht mit dem Mittel einseitig dominierter Nutzungsverträge zur Umgehung von gesetzlichen Wertungen soll hiermit verhindert werden<sup>1053</sup>.

Art. 9 RL enthält einen optional ausgestalteten, im Umfang abschließenden Schranken katalog<sup>1054</sup>. Hiernach können die Mitgliedsstaaten einige spezielle Ausnahmen vom Datenbankherstellerrecht vorsehen. Bei der Anwendbarkeit der Schrankenregelungen ist zum Teil zwischen elektronischen und sonstigen Datenbanken unterschieden worden, worin erstmals der Ansatz zu erkennen ist, digitale und analoge Werkformen unterschiedlich zu behandeln<sup>1055</sup>.

Die Schutzdauer des Datenbankherstellerrechts beträgt lediglich 15 Jahre (Art. 10 Abs. 1)<sup>1056</sup>. Allerdings beginnt die Frist nach Abs. 3 dieser Vorschrift neu zu laufen, wenn hieran wesentliche Änderungen vorgenommen wurden. Nach Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie begründet „jede in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Änderung des Inhalts einer Datenbank einschließlich wesentlicher Änderungen infolge der Anhäufung von aufeinander folgenden Zusätzen, Löschungen oder Veränderungen, aufgrund deren angenommen werden kann, dass eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Neuinvestition erfolgt ist“, eine weitere Schutzperiode. Auf diese Weise wird bewirkt, dass der Hersteller der Datenbank bereits für

1052 Ungerechtfertigte Ergebnisse, die durch eine solch pauschale Vorschrift für den Berechtigten im Einzelfall entstehen können, sollen einerseits durch die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „unwesentlich“ und andererseits auch durch Art. 8 Abs. 2 und Abs. 3 RL korrigiert werden.

1053 Vgl. *Leistner*, S. 188 f.

1054 Eine Erläuterung der Schrankenexklusivität findet sich in Erwägungsgrund 52. Hier heißt es: „Mitgliedsstaaten, die bereits eine spezifische Regelung haben, die dem in dieser Richtlinie vorgesehenen Schutzrecht *sui generis* gleicht, dürfen die nach diesen Rechtsvorschriften herkömmlicherweise gestatteten Ausnahmen in bezug auf das neue Recht beibehalten.“

1055 So sind nach Art. 9 lit. a (Recht *sui generis*) und Art. 6 Abs. 2 lit. a (Urheberrecht) RL 96/9/EG eine Ausnahme zur privaten Vervielfältigung nur für nichtelektronische Datenbanken zulässig.

1056 Die Schutzdauer für urheberrechtlich geschützte Datenbanken wurde hingegen weder durch die Richtlinie noch durch das deutsche UrhG gegenüber anderen Werken angepasst. Es gilt hier die 70 Jahre p. m. a. Frist des § 64 UrhG.

sein Konzept, soweit er dies mit einem gewissen Aufwand hin und wieder aktualisiert, ein nahezu endloses Leistungsschutzrecht erhalten kann<sup>1057</sup>.

## C) Entwicklung in Deutschland

### 1) Anpassung des deutschen Urheberrechtsgesetzes

Die Datenbank-Richtlinie wurde als Bestandteil (Art. 7) des Informations- und Kommunikationsdienstegesetzes (IuKDG) vom 22. Juli 1997 in Deutschland umgesetzt. Die Änderungen des Urheberrechtsgesetzes sind am 1. Januar 1998 in Kraft getreten.

#### a) Rezeption der Vorschriften über Datenbankwerke

Datenbankwerke sind nach dem Verständnis des deutschen Urheberrechts mit den Sammelwerken nah verwandt, eine Definition findet sich daher in § 4 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 UrhG. Bei der Umsetzung der Datenbank-Richtlinie wurden nur wenige Vorschriften über Datenbankwerke an entsprechender Stelle in das Gesetz eingefügt<sup>1058</sup>, in den meisten Fällen beließ es der deutsche Gesetzgeber bei den für ausreichend befundenen allgemeinen Regelungen<sup>1059</sup>.

Nicht umgesetzt wurde z. B. der Art. 3 Abs. 1 RL, die für das Schutzfähigkeitskriterium der Datenbankwerke maßgebliche Regelung. Dies ist angesichts der Tatsache, dass auch die entsprechende Vorgabe zum Werkbegriff in der Schutzdauer-

1057 So auch *Schricker/Vogel*, § 87 d, Rdnr. 4. Wie gravierend sich diese Erkenntnis auf den Wettbewerb und die freie Nutzbarkeit solcher Datenbanken auswirkt, hängt wiederum stark davon ab, wie extensiv oder restriktiv diese Ausnahmevorschrift von der Rechtsprechung angewendet wird. Eine gewisse Rechtfertigung und Konsequenz kann der Fristenregelung angesichts der Qualifikation des Rechts *sui generis* als Investitionsschutzrecht nicht abgesprochen werden. Allerdings bleibt fraglich, ob diese Berücksichtigung der Investitionsinteressen der Berechtigten gegenüber den Allgemeininteressen an einer freien Nutzbarkeit der Datenbank noch in einem angemessenen Verhältnis steht.

1058 Vgl. z. B. § 23 UrhG. Hiernach ist wie bei Bauwerken und Werken der bildenden Kunst bereits die Herstellung einer Bearbeitung einer elektronischen Datenbank erlaubnispflichtig. Auch der § 55 a UrhG wurde als spezielle Ausnahmevorschrift von dem Schutz von Datenbankwerken neu eingeführt.

1059 Dies befürworten *Schricker/Vogel*, vor §§ 87a ff., Rdnr. 14 f.; kritisch dagegen *Gaster*, CR 1997, S. 717 (720).

richtlinie für Fotografien nicht umgesetzt wurde, auffällig. Die wiederholte Nichtumsetzung könnte den Anschein erwecken, als wolle sich der deutsche Gesetzgeber der europäischen Harmonisierung des Werkbegriffs in Richtung einer einheitlich niedrigen Schutzuntergrenze und einer Entpersonalisierung entziehen. Dies wird jedenfalls in der Begründung<sup>1060</sup> zum IuKdG ausdrücklich verneint, wo es heißt, man wolle mit der Nichtumsetzung nicht von den europäischen Vorgaben abweichen. Vielmehr hielt man – anders als noch bei Umsetzung der Computerprogramm-Richtlinie – eine Umsetzung nicht für notwendig, da durch die deutsche Rechtsprechung keine erhöhten Anforderungen an die Gestaltungshöhe von Datensammlungen zu erwarten seien<sup>1061</sup>.

Aus dem gleichen Grund wurde die Formulierung in Art. 3 Abs. 1 RL nicht umgesetzt, die bestimmt, dass neben dem Erfordernis einer eigenen geistigen Schöpfung keine weiteren Anforderungen an die Schutzfähigkeit gestellt werden dürfen. Auch hier lässt sich ein gewisser Unwille des deutschen Gesetzgebers verzeichnen, den im Urheberrechtsgesetz 1965 erstmals eingeführten Begriff der persönlich geistigen Schöpfung im Urheberrechtsgesetz werkspezifisch zu modifizieren. Er schien darüber hinaus davon auszugehen, dass eine gesetzliche Formulierung, aus der das Postulat einer niedrigen Schöpfungshöhe bei Datenbanken hervorgegangen wäre, nicht notwendig gewesen sei<sup>1062</sup>.

Dies vermag zu verwundern, da eine einheitliche Linie der Gerichte, den Schutz der kleinen Münze bei Daten- und Informationssammlungen<sup>1063</sup> zu akzeptieren, nicht erkennbar war<sup>1064</sup>. In der Gesetzesbegründung zum IuKdG wird die Nichtumsetzung damit gerechtfertigt, dass die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine Anzeichen dafür erkennen lasse, dass die Rechtsprechung erhöhte Anforderungen an die Gestaltungshöhe stellen könnte. Allerdings hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung „Leitsätze“, auf die die Gesetzesbegründung rekurriert, die-

1060 Vgl. BT-Drcks. 13/7385 vom 09.04.1997.

1061 An dieser Formulierung wird erneut deutlich, dass der deutsche Gesetzgeber – abgesehen von der Gestaltungshöhe – von einer inhaltlichen Identität des allgemeinen deutschen und des „europäischen“ Werkbegriffs ausgeht. Siehe hierzu oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.d.)

1062 Hiergegen *Dietz*, in GS Schönherr, S. 111 (114 ff.), der sich für eine deutliche und konzeptionell grundlegende Umsetzung der sich ändernden Vorgaben an den Schutz von immateriellen Gütern ausspricht.

1063 Unter „Informationssammlungen“ sollen hier Erzeugnisse verstanden werden, deren urheberrechtlicher Schutz auf der besonderen Anordnung und Auslese der zusammengeführten Bestandteile beruht (vgl. *Kappes*, S. 39 ff.). Hierzu gehören sowohl klassische Daten- und Faktensammlungen, wie Telefonbücher, Kataloge, Gesetzessammlungen und elektronische Datenbanken sowie z. T. wissenschaftliche oder einfache Schriftwerke, wie Anwaltsschriftsätze oder Ausschreibungsunterlagen. Nicht zu den Informationssammlungen im eigentlichen Sinne sind die Computerprogramme zu zählen, allerdings lassen sich gewisse Parallelen feststellen (siehe sogleich).

1064 Eine vergleichende Darstellung der Rechtsprechung findet sich bei *Leistner*, S. 267 ff. (274).

se Frage gar nicht beantwortet<sup>1065</sup>. Dass die Rechtsprechung auf eine gewisse Gestaltungshöhe für Datenbankwerke keineswegs verzichtet, zeigen diverse Entscheidungen der Instanzgerichte<sup>1066</sup> und des Bundesgerichtshofs<sup>1067</sup>, die nach Umsetzung der Richtlinie ergangen sind<sup>1068</sup>. Aus Sicht des Anliegens, europaweit eine einheitlich niedrige Schöpfungshöhe für Datenbanken zu etablieren, hat sich die deutsche Implementierung des Datenbank-Urheberrechts damit als defizitär erwiesen<sup>1069</sup>.

Auch kein Gebrauch wurde im Übrigen von der durch Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie geschaffenen Möglichkeit gemacht, die Verwertungsbefugnis an von Arbeitnehmern geschaffenen Datenbanken dem Arbeitgeber – etwa nach dem Vorbild des § 69a Abs. 3 UrhG – zuzuordnen. Sollte es Bestrebungen auch in Richtung einer Harmonisierung der Urheberschaft bei Arbeitnehmerschöp-

1065 Siehe BGH GRUR 1992, S. 382 (384) – Leitsätze.

1066 Sehr deutlich machte dies das LG Düsseldorf in einer der ersten Entscheidungen zum Datenbankschutz nach der neuen Rechtslage (vgl. K&R 1998, S. 553 (554) – baumarkt.de = MMR 1998, S. 670 (671) m. Anm. Heidrich. Hier heißt es: „Im Übrigen handelt es sich bei der Bildschirmseite um eine schlichte Aneinanderreihung der verschiedenen Holzkleber, die eine irgendwie besondere schöpferische Leistung nicht erkennen lässt. Sie ist vielleicht zweckmäßig, aber nicht herausragend.“ Die Entscheidung wurde vom OLG Düsseldorf rechtskräftig bestätigt (MMR 1999, S. 729 (730)).

1067 In seinen Entscheidungen „Tele-Info-CD“ (es handelt sich um 4 Entscheidungen, die teils identisch sind. Siehe daher nur MMR 1999, S. 470 ff. – m. Anm. Wiebe und Gaster (S. 543 f.) brachte der 1. Senat seine Position hierzu deutlich zum Ausdruck. Schon im Leitsatz heißt es: „Ein Telefonbuch ist eine Datenbank i.S.d. § 87 a Abs. 1 UrhG. Telefonbüchern kommt ungeachtet des komplexen Regelwerkes, das ihrer Erstellung zugrunde liegt, im allgemeinen kein urheberrechtlicher Schutz nach § 2 UrhG zu.“ und anderer Stelle: „Die Beachtung dieses Regelwerkes führt indessen nicht dazu, dass die Fernsprecherzeichnisse (...) – zumindest in den von den Beklagten übernommenen Teilen – als individuelle geistige Schöpfungen mit der erforderlichen Gestaltungshöhe angesehen werden können.“

1068 Befürwortend Erdmann, GRUR 1996, S. 550 (551), der meint: „Die Anforderungen an den schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad sind hoch. Immerhin gewährt das Urheberrechtsgesetz einen 70-jährigen Schutz post mortem auctoris (§ 64 UrhG) und weiter: „Bei ihrer Ermittlung {der Gestaltungshöhe}, die in der Praxis die größten Schwierigkeiten bereitet, ist von folgender gradueller Abstufung auszugehen: (1.) Die Durchschnittsgestaltung, das rein handwerksmäßige, Alltägliche und Schablonenhafte liegt außerhalb jeder Schutzfähigkeit. (2.) Eine darüber hinausgehende schöpferische Gestaltung mit nicht zu geringem Abstand zum durchschnittlichen Schaffen begründet die Geschmacksmusterfähigkeit. (3.) Erst in einem erheblich weiteren Abstand zum durchschnittlichen Schaffen beginnt die untere Grenze der Urheberrechtsschutzfähigkeit, die ein deutliches Übertreten gegenüber der Durchschnittsgestaltung voraussetzt.“

1069 Aus dem ausdrücklichen Verbot der Anforderung an andere Faktoren als dem der „eigenen geistigen Schöpfung“ bei der Bestimmung der Werkeigenschaft von Datenbankwerken (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Datenbank-Richtlinie) wird z. T. gefolgert, dass hiermit auch eine europaweit bindende Abkehr von der Gestaltungshöhe einhergehen müsse, vgl. Leistner, S. 273.

fungen geben<sup>1070</sup>, wurde diesen jedenfalls in Bezug auf die Datenbanken durch den deutschen Gesetzgeber nicht gefolgt<sup>1071</sup>.

Im Bereich der Schrankenvorschriften wurden, der Richtlinie folgend, die Möglichkeiten zur privaten Nutzung von elektronischen Datenbankwerken – wie bei den Computerprogrammen – erheblich eingeschränkt<sup>1072</sup>. Nach § 53 Abs. 5 UrhG werden die meisten Privilegierungstatbestände in § 53 Abs. 1 und Abs. 2 UrhG für unanwendbar erklärt. Durch diese Maßnahme meinte man, den erleichterten Kopiermöglichkeiten und den sich daraus für die Urheber ergebenden Gefahren Rechnung tragen zu müssen.

## b) Rezeption des Datenbankherstellerrechts

Bei der Umsetzung des Datenbankherstellerrechts ging der deutsche Gesetzgeber konzeptionell anders vor. Die Sonderstellung dieses Rechts *sui generis* wurde dadurch unterstrichen, dass man die Art. 7 – 11 der Richtlinie in einen neuen 6. Abschnitt des Urheberrechtsgesetzes inkorporierte (§§ 87a – 87e UrhG). Die Vorschriften entsprechen weitgehend den Vorgaben und Optionen der Richtlinie<sup>1073</sup>. So hat der deutsche Gesetzgeber z. B. in vollem Umfang von der Schrankenoption Gebrauch gemacht (§ 87c UrhG)<sup>1074</sup>. Dies gilt auch für die vertragsrechtliche Sonderregelung aus Art. 8 Abs. 1 S. 1 RL, nach der Abreden, die dem berechtigten Nutzer eine Verwertung unwesentlicher Teile verbietet, unwirksam sind (geregelt in § 87e UrhG). Erweiterungen des Schutzes *sui generis* sind danach weitgehend unzu-

1070 Hiergegen spricht die Tatsache, dass noch kurz vor Verabschiedung der endgültigen Fassung der Datenbank-Richtlinie die Verpflichtung zur Einführung einer solchen Regel (Art. 3 Abs. 4 des 2. Richtlinienvorschlags) in eine Option umgewandelt wurde. Vgl. hierzu *Leistner*, S. 85 (Fn. 334).

1071 Diese Entscheidung war erwartungsgemäß nicht unumstritten. Es wurde in erster Linie befürchtet, dass der Hersteller einer von vielen Personen erstellten Datenbank die Urheberrechte aller Arbeitnehmer gesondert einholen müsse, wodurch ihm zusätzliche Kosten entstünden. Eine *cessio legis* der Verwertungsrechte wurde vor dem Hintergrund, dass es sich bei dem Datenbankschutz allgemein eher um ein Investitionsschutz- als ein personenbezogenes Recht handele, von manchen Stimmen für vorzugswürdig gehalten, vgl. *Flehsig*, ZUM 1997, S. 582 f. Dagegen *Leistner*, S. 84 – 88, der die Entscheidung gegen eine „work-made-for-hire-Regelung“ deshalb begrüßt, da die (arbeits-) vertraglichen Möglichkeiten ausreichen würden, eben diese Rechtssicherheit zu gewährleisten, ohne einen intensiven Eingriff in die Verwertungsbefugnis des Urhebers vornehmen zu müssen.

1072 Vgl. Art. 6 RL, umgesetzt in § 53 Abs. 5 UrhG. Hiernach sind die Ausnahmen zum privaten oder eigenen Gebrauch gem. § 53 Abs. 1 UrhG und § 53 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 UrhG nicht auf elektronische Datenbanken anwendbar.

1073 Vgl. *Raue/Bensinger*, MMR 1998, S. 507 (511 f.).

1074 Die o. g. Schutzdauerverlängerung aus Art. 10 Abs. 3 RL wurde in § 87a, Abs. 1, S. 1 umgesetzt.

lässig. Die Vorschrift hat einen wettbewerbsrechtlichen Charakter. Sie soll neben dem freien Wettbewerb auch die Interessen der berechtigten Nutzer schützen<sup>1075</sup>, indem Verhandlungsungleichgewichte durch eine zwingende Beschränkung der Vertragsfreiheit ausgeglichen werden.

### c) Das Verhältnis von Datenbankurheber- und Datenbankherstellerrecht

Wie bereits angedeutet wurde, folgen die beiden zu unterscheidenden Rechte an Datenbanken trotz deren ähnlicher positivrechtlichen Ausgestaltung erheblich voneinander abweichenden Schutzzwecken. Während das Recht an Datenbankwerken als klassisches Urheberrecht dem Schöpfer die Früchte seiner kreativen Geistesleistung sichern soll, hat das Datenbankherstellerrecht zur Aufgabe, den Begünstigten zur Sicherung seiner Investitionsamortisierung vor unlauteren oder „parasitären“ Auszügen oder Weiterverwendungen seiner Leistungen zu schützen<sup>1076</sup>. Dabei zielt der Schutz insbesondere auf das Verhalten von Mitbewerbern ab, bewahrt aber, mangels einer wettbewerbsrechtlichen Beschränkung z. B. auf die unlautere Ausnutzung fremder Leistungen im gewerblichen Bereich, auch vor Eingriffen durch den privaten Nutzer. Urheber- und Datenbankherstellerrecht haben damit keinen Bezug zueinander, auch wenn sie an demselben Schutzgegenstand bestehen können<sup>1077</sup>.

Dagegen lässt die in der Literatur mitunter verwendete Formulierung, Schutzobjekt der §§ 87a ff. UrhG seien „*einfache, also nicht-schöpferische Datenbanken*“<sup>1078</sup>, eher an ein Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen den beiden Rechtspositionen denken. Diese Formulierung suggeriert eine vertikale Abgrenzung von Urheber- und Leistungsschutz. Hieraus könnte wiederum entnommen werden, die Schutzuntergrenze für den Urheberrechtsschutz sei aufgrund der Konstellation beider Rechte anzuheben, wie dies im Verhältnis von Urheber- und Geschmacksmusterschutz von der Rechtsprechung vertreten wird<sup>1079</sup>.

Der so vermittelte Eindruck ist unzutreffend<sup>1080</sup>. Zwar ist zu erwarten, dass die Anzahl der immaterialgüterrechtlich geschützten Datenbanken durch die Einführung des Rechts *sui generis* erheblich ansteigen wird. Dennoch besteht zwischen Datenbankurheberrecht und -herstellerrecht kein gradueller, sondern ein wesensmäßiger Unterschied. Das Erfordernis, eine wesentliche Investition zu leisten, ist als Schutz-

1075 Dietz, Die Entwicklung des Urheberrechts in Deutschland von 1993 bis Mitte 1997, UFITA 136, S. 27.

1076 Vgl. v. Gamm, GRUR 1993, S. 203 (203).

1077 OLG Frankfurt/Main, MMR 2002, S. 687 (688) – IMS Health.

1078 Vgl. etwa Raue/Bensinger, MMR 1998, S. 507.

1079 Vgl. hierzu oben, Teil I, Kapitel 1, Punkt I.B.4.d). Vgl. hierzu auch Schricker/Loewenheim, § 2, Rdnr. 33.

1080 So auch Leistner, S. 71 f.

kriterium kein Minus gegenüber der Erbringung einer Geistesleistung, die in gewissem Maße originell ist, und erst recht kein Minus gegenüber dem Vorliegen einer inneren Verbundenheit des Schöpfers zum Werk. Vielmehr handelt es sich hierbei um ein *aliud*. Häufig werden beide Schutzvoraussetzungen kumulativ erfüllt sein und damit zweierlei Rechte an derselben Datenbank bestehen. Allerdings kann einem Datenbankwerk, trotz seiner Qualifikation als „eigene geistige Schöpfung“, auch das für das Datenbankherstellerrecht maßgebliche Kriterium der „wesentlichen Investition“ fehlen. Beide Schutzanforderungen stehen in keinem Verhältnis zueinander.

Nicht selten werden bei einem Nebeneinander von Urheber- und Leistungsschutzrechten an einer Datenbank verschiedene Rechtsinhaber existieren<sup>1081</sup>. Dies ergibt sich deshalb mit einiger Wahrscheinlichkeit, da das Urheberrecht gemäß dem Schöpferprinzip nur dem Schöpfer, also einer natürlichen Person, zustehen kann, während die maßgeblichen Investitions- und Organisationsleistungen in vielen oder gar den meisten Fällen von juristischen Person erbracht werden<sup>1082</sup>.

Bei dem Schutzrecht *sui generis* handelt es sich also um einen einerseits ergänzenden, andererseits auch vollständig eigenständigen Sonderschutz. Eine qualitative, vertikale Abgrenzung der beiden Rechte ist nicht möglich.

#### d) Integration des urheberrechtlichen Datenbankschutzes in das Urheberrechtssystem

Wie sich schon an der Vorgehensweise bei der Implementierung des Datenbankschutzrechtes zeigt, handelt es sich hierbei um ein „normales“ Urheberrecht, auf das die allgemeinen Regeln – abgesehen von einigen wenigen Sondervorschriften – uneingeschränkt Anwendung finden. Für Datenbankenwerke gelten daher der Werkbegriff nach § 2 Abs. 2 UrhG<sup>1083</sup>, das Schöpferprinzip nach § 7 UrhG, die Urheberper-

1081 *Leistner*, S. 169; kritisch zu dieser Vervielfachung der an einer Datenbank möglichen Rechtspositionen, *Berger*, GRUR 1997, S. 169 (172).

1082 *Hoeren/Sieber-Gaster*, Teil 7.8, Rdnr. 73. Ist dies der Fall, ergibt sich die Konsequenz, dass die Anzahl der Berechtigten an einer urheberrechtlich geschützten Datenbank sehr groß sein kann. Namentlich können an einer solchen zum einen die Urheberrechte der zur Herstellung verwendeten Werke, das Urheberrecht an der Datenbank selber (falls es sich um ein Datenbankwerk handelt) und letztlich das verwandte Schutzrecht des Datenbankherstellers bestehen. Die Lizenzierung der Datenbank durch einen Werkmittler kann daher recht kompliziert sein. Weitere Rechte, die an einer Datenbank bestehen können, sind etwa das Eigentum an einem Vervielfältigungsstück (z. B. eine CD-ROM) und das Urheberrecht an der Steuersoftware, ohne die elektronische Datenbanken in den meisten Fällen nicht funktionieren vgl. *Berger*, GRUR 1997, S. 169 (172).

1083 *Dreier/Schulze-Dreier*, § 4, Rdnr. 19.

sönlichkeitsrechte im engen und weiteren Sinne<sup>1084</sup>, der Grundsatz der Unübertragbarkeit nach § 29 UrhG, die Schranken nach den §§ 44a ff. UrhG und die Schutzdauer nach § 64 UrhG in gleicher Weise wie für alle anderen Werkarten.

## 2) Bedenken gegen die Entwicklung

### a) Verortung des Datenbankschutzes im Urheberrechtsgesetz

Wie auch schon bei der Weichenstellung beim Rechtsschutz von Computerprogrammen war die Inkorporierung des Schutzes von Datenbanken in das Urheberrechtsgesetz umstritten. Dies gilt zunächst für die Methode der Umsetzung. So wurde von manchen vertreten, dass die rein wirtschaftlich orientierte Rechtfertigung für einen Datenbankschutz diesen eher zu einem Gegenstand des gewerblichen Rechtsschutzes machen müsse, da das Urheberrecht dem Schutz der kulturellen und nicht der wirtschaftlichen Leistung diene<sup>1085</sup>. Ein umfassender Schutz jeder noch so trivialen Sammlung von Daten durch die Kumulation urheberrechtlicher und leistungsschutzrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte sei darüber hinaus dem System der Immaterialgüterrechte und auch dem Wettbewerbsrecht fremd<sup>1086</sup>.

Zurückgehend auf diese Kritik an konzeptioneller Vereinbarkeit von Urheberrechts- und Datenbankschutz wurde im Diskurs um die Rezeption der Datenbank-Richtlinie gelegentlich gefordert, diese in einem eigenen Gesetz umzusetzen. Dieses sollte den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts folgen<sup>1087</sup>. Die vorrangig investitionsschutzrechtliche Begründung des Datenbankschutzes passe nicht recht in das Gefüge des Urheberrechtsgesetzes, sondern stünde dem Wettbewerbsrecht näher<sup>1088</sup>.

Auch die Inkorporation des Datenbankherstellerrechts in das Urheberrechtsgesetz und dessen Qualifikation als verwandtes Schutzrecht stieß zum Teil auf Widerstand in der Rechtsliteratur<sup>1089</sup>. Es wurde argumentiert, hierbei handele es sich nicht um

1084 Zu diesen Begriffen vgl. oben Rdnr. 353.

1085 *Schack*, Rdnr. 60 ff. (62). Allgemein gegen die Anwendbarkeit des Systems der verwandten Schutzrechte auf rein aus wirtschaftlichen Aspekten schützenswerte Leistungen, die nicht in Form der Werkmittlung erbracht werden, sprach sich *Hodik*, ZUM 1989, S. 65 (65), aus.

1086 *V. Gamm*, GRUR 1993, S. 204.

1087 Hierüber berichtet *Schricker/Vogel*, vor §§ 87 a ff., Rdnr. 16, ohne sich dem anzuschließen. Befürwortend hingegen wohl *Dietz*, UFITA 136, S. 27.

1088 *Dreier*, GRUR Int. 1992, S. 739 (745 und 748); Dies deutet auch *Dietz*, UFITA 136, S. 27 an.

1089 Vgl. *Schack*, Rdnr. 665; *Flehsig*, ZUM 1997, S. 589 f.; *Hoebbel* in *Computerprogramme II*, S. 1041, Fn. 49; *Vogel*, ZUM 1997, S. 592 (594). So auch *Katzenberger*, GRUR 1990, S. 94

ein dem Urheberrecht nahe stehendes, also verwandtes Schutzrecht in diesem Sinne. Die Leistung des Datenbankherstellers unterscheidet sich von der anderer Leistungsschutzberechtigter v. a. dadurch, dass sie nicht in der Werkmittlung liege<sup>1090</sup>. In der Inkorporierung liege ein Systembruch, da das Datenbankherstellerrecht keinen unmittelbaren Bezug zu einem urheberrechtlich geschützten Werk oder zur Leistung eines ausübenden Künstlers aufweise<sup>1091</sup>.

#### b) Monopolisierung von Informationen durch einen auf die Inhalte übergreifenden Datenbankschutz

In der Literatur wurde zudem die Befürchtung gehegt, dass ein Schutz von Datenbanken durch Urheber- und Leistungsschutzrechte die Gefahr weit reichender Monopolisierung von Informationen mit sich bringe<sup>1092</sup>.

Ob diese Gefahr tatsächlich besteht, scheint auf den ersten Blick fraglich. Immerhin bestimmt wenigstens die Datenbank-Richtlinie<sup>1093</sup>, dass sich der Schutz von Datenbanken nicht auf deren Inhalt beziehen soll<sup>1094</sup>. Hiermit wird die Intention zum Ausdruck gebracht, eine weiter gehende Monopolisierung von Inhalten und ungeschützten Informationen vermeiden zu wollen.

Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Schutzrechte für Datenbanken sehr weit gehen können und dass mit deren Einführung eine erhebliche Ausweitung des durch Immaterialgüterrechte monopolisierbaren Bereichs erreicht wurde. Dies gilt bereits für den urheberrechtlichen Bereich. Selbst wenn man mit der herrschenden Rechtsprechung von einem rein werkbezogenen Individualitätsbegriff

(99 f.), der sich „*angesichts eines wirksamen ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Schutzes*“ allgemein auch gegen einen flankierenden Sonderschutz durch das UrhG wandte.

1090 *Schack*, Rdnr. 665. In diese Richtung geht wohl auch *Lehmann* in Quellen Band 6, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Punkt II 5, S. 4, der meint, hierbei handele es sich weder um ein Leistungsschutzrecht, noch um ein Wettbewerbsrecht, sondern um ein „*völlig neues, eigenständiges und kumulativ eröffnetes Schutzrecht eigener Art, das auch dogmatisch als selbstständiges Property Right zu behandeln ist*“.

1091 *Wandtke*, GRUR 2002, S. 1 (5)

1092 So etwa *Ullmann* in FS *Brandner*, S. 507 (523); *Flechsig*, ZUM 1997, S. 590 f. (mit Hinweisen auf die Anforderungen des Kartellrechts); *Heinz*, GRUR 1996, S. 455 (457 f.); *Leistner*, S. 234 ff. Zum Verhältnis von Kartell- und Immaterialgüterrecht, vgl. auch die Entscheidung des EuGH, GRUR Int. 1995, S. 490 ff. – *Magill-TV-Guide*.

1093 Vgl. Art. 3 Abs. 2 Datenbank-Richtlinie für urheberrechtlich geschützte und Art. 7 Abs. 4 Satz 2 für leistungsschutzrechtlich geschützte Datenbanken. In das deutsche Recht wurde diese Formulierung nicht übernommen.

1094 Es heißt hier: die Inhalte der Datenbank werden nicht berührt. Dies bedeutet, dass weder ein Schutz für die Inhalte aufgrund des Datenbankrechts entstehen noch ein etwaig bestehender Schutz (z. B. durch Urheberrechte) beeinträchtigt werden soll.

ausgeht und eine niedrige Schöpfungshöhe genügen ließe, blieben die meisten Datenbanken nach der alten Rechtslage wohl ungeschützt<sup>1095</sup>. Darüber hinaus bedarf die Tatsache, dass durch die Einführung des Datenbankherstellerrechts eine Ausweitung der Immaterialgüterrechte herbeigeführt wurde, wohl keiner näheren Erläuterung. Jedenfalls waren die Investitionsleistungen des Datenbankherstellers aufgrund des *numerus clausus* der verwandten Schutzrechte<sup>1096</sup> bis zum 1. August 1998 allenfalls über das Wettbewerbsrecht gesichert, das keine Ausschließlichkeitwirkung entfaltet<sup>1097</sup>.

Umso bedenklicher erscheinen aus Sicht eines Erhalts frei zugänglichen Allgemeingutes diejenigen Fälle, in denen an demselben Schutzgut Urheber- und Datenbankherstellerrechte kumulativ nebeneinander bestehen. Diese können, je nach den zu erfüllenden Anforderungen an Schöpfungs- und Investitionshöhe, mehr oder weniger häufig auftreten. In solchen Konstellationen „besichern“ die Sonderschutzrechte einen einzigen Schutzgegenstand von zwei Seiten. Einerseits wird vor einer Ausnutzung fremder Investitionsleistungen geschützt, andererseits vor der Übernahme der eigenschöpferischen Leistung. Im Ergebnis kann damit sowohl die Übernahme (wesentlicher Teile) der Datenbank als solcher als auch die der Struktur und Anordnung derselben durch Ausschließlichkeitsrechte untersagt sein<sup>1098</sup>.

1095 Dies resultiert daraus, dass bei Datenbanken in den meisten Fällen nicht einmal ein Gestaltungsspielraum i.S.d. werkbezogenen Individualitätsbegriffes vorliegen wird. Die Sammlung von Daten unterliegt häufig rein praktischen Anforderungen, deren Nichterfüllung zu Gunsten einer originellen Lösung nur Funktionalitätseinbußen nach sich ziehen würde. Die Grenzen, die einer individuellen Gestaltung im werkbezogenen Sinne, welche durch die Aufgabenstellung und Umsetzung der verwendeten Technologie sowie überkommene Methoden bei herkömmlichen Formen der Informationssammlung gesetzt werden, sind eng. Nicht zuletzt spielen dabei auch die Anforderungen der Konsumenten eine große Rolle. Besieht man etwa den Aufbau eines Telefonbuches, erschließt sich, dass eine Abkehr vom Hergebrachten (also dem rein handwerklichen, dem, „das jeder so gemacht hätte“) zu Gunsten etwa einer sinnvolleren Struktur (soweit dies überhaupt denkbar wäre) kaum angenommen würde. Ähnlich wird die Bewertung bei den meisten Datenbanken ausfallen, die einem praktischen Nutzen dienen (was wiederum die weitaus meisten sein werden).

1096 *Rehbinder*, Rdnr. 823.

1097 Auch nach dem BGH (GRUR 2005, 857 (860) – Hit-Bilanz) erlangten nicht-schöpferische Datensammlungen erst durch Einführung des *sui-generis*-Rechts einen ausschließlichen Investitionsschutz. Nach § 137g Abs. 2 Satz 1 UrhG wirkt das Datenbankschutzrecht jedoch für solche Datenbanken, die ab dem 1.1.1983 geschaffen wurden, rückwirkend, beginnend mit dem 1.1.1998.

1098 Auf die Gefahr einer solchen Kumulation verschiedener Schutzrechte weist *Kur* in *Schriker/Dreier/Kur*, S. 23 ff. (v. a. 47 f.) unter dem Stichwort der „asymmetrischen Konvergenz“ hin. Hiermit gemeint ist der – durch die Expansion der Anwendungsbereiche der Schutzrechte erreichte – Zustand, dass verschiedene Ausschließlichkeitsrechte (z. B. Marken- und Urheberrecht) auf einen einzigen Schutzgegenstand Anwendung finden können. Nach dem Günstigkeitsprinzip kann sich der Rechtsinhaber jeweils auf das Recht berufen, das am weitesten reicht. Dagegen kann der Verwerter nicht schutzrechtsübergreifend die Anwendbarkeit von

Hieraus kann sich ein sehr weit reichender Schutz ergeben, der sich auch auf die in der Datenbank enthaltenen Inhalte bezieht. So ist die Entnahme von (in qualitativer oder quantitativer Hinsicht) „wesentlichen“ Teilen einer Datenbank nach dem BGH gem. § 87b UrhG auch dann untersagt, wenn die Informationen/Daten als Grundlage für ein ganz anderes Produkt mit völlig unterschiedlichem Aufbau und gänzlich anderem Verwendungszweck dienen<sup>1099</sup>. Können die Daten von anderen nicht selbst erhoben werden, kommt es zu Informationsmonopolen<sup>1100</sup>.

Bedenkliche Ausmaße kann der Datenbankschutz auch in zeitlicher Hinsicht annehmen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es der Datenbankhersteller nach § 87a Abs. 1 UrhG gewissermaßen selbst in der Hand hat, sein Recht unendlich zu verlängern<sup>1101</sup>. Der Schutz von laufenden Investitionen währt ewig. Zwar wird hierdurch weder die Schutzdauer des Urheberrechts noch umgekehrt durch jene die des

Schranken und Ausnahmenvorschriften einwenden, da diese allein als schutzrechtsspezifische Rechtfertigungstatbestände ausgestaltet sind. Bei einer solchen Kumulation der Schutzrechte wäre es eigentlich erforderlich, eine schutzrechtsübergreifende Gesamtsicht der Interessenkonstellation vorzunehmen. Dies wird indes durch die Ausgestaltung des Immaterialgüterrechtssystems in Deutschland verhindert. *Kur* spricht sich daher *de lege ferenda* für eine Öffnung der Schrankenbestimmungen im Sinne einer „fair use-Klausel“ aus (ebd. S. 49).

1099 So BGH, GRUR 2005, 857 (859) – Hit-Bilanz. Die Beklagten hatten hier auf Grundlage der in den von der Klägerin veröffentlichten wöchentlichen Musik-Charts enthaltenen Daten Diskografien erstellt, in denen die einzelnen Platzierungen des jeweiligen Künstlers dargestellt wurden. Diese wurden in Büchern und auf CD-ROMs wiedergegeben. Der BGH sah die völlig unterschiedliche Ausrichtung, Zusammenstellung, Sortierung usw. der beiden Produkte als für den *sui-generis*-Schutz unerheblich an. Es komme vielmehr allein auf die Frage an, ob wesentliche Teile der ursprünglichen Datensammlung verwendet wurden oder nicht. Den hiermit verbundenen, vom BGH anerkannten, Eingriff in die Informationsfreiheit sah das Gericht insofern als gerechtfertigt an, als niemand gehindert sei, die Daten, die sich aus der Ermittlung der Verkaufszahlen und der Abspielhäufigkeit im Rundfunk der jeweiligen Stücke ergeben, selbst zu erheben und entsprechend eigenständig zu nutzen. Eine Übernahme dieser Daten von einem Dritten sei dagegen aus Sicht des Investitionsinteresses des Datenbankherstellers nicht hinnehmbar.

1100 Hiervor warnt auch *Dreier/Schulze-Dreier*, § 87a, Rn. 14. Lassen es die urheberrechtlichen Tatbestände zu, dass solche Informationsmonopole entstehen, können sie allenfalls noch – wie die Entscheidung *Magill-TV-Guide* des EuGH zeigt – mit kartellrechtlichen Mitteln und über diesen Weg auch nur sehr eingeschränkt behoben werden. Im Fall „Hit-Bilanz“ (siehe voranstehende Fn.) hat der BGH eine derartige Korrektur über das Kartellrecht nicht einmal in Betracht gezogen. Die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Umstände waren indes auch so gelagert, dass der Nachschaffende unmittelbar auf die Daten der Klägerin angewiesen war. Denn das für seine Hit-Bilanzen erforderliche Datenmaterial, bestehend aus Playlisten der Rundfunksender und Verkaufslisten des Einzelhandels, dürfte v. a. in Bezug auf lange zurückliegende Hits kaum anders als über die Charts der Klägerin zu beschaffen gewesen sein.

1101 Dies ergibt sich daraus, dass durch wesentliche Änderungen an der Datenbank, soweit diese wiederum wesentliche Investitionen erfordern, eine neue Datenbank und damit ein neues Schutzrecht mit neuer Laufzeit (je 15 Jahre, vgl. § 87d UrhG) entsteht.

Datenbankherstellerrechts faktisch verlängert<sup>1102</sup>. Tatsache ist jedoch, dass auf diese Weise ein einziger Schutzgegenstand auf ewig dem freien Zugriff durch die Allgemeinheit entzogen werden kann.

Die Möglichkeit einer solchen Rechtekumulation lässt wiederum Zweifel daran aufkommen, dass es den Gesetzgebern auf europäischer und deutscher Ebene tatsächlich auf die Berücksichtigung des Freihaltebedürfnisses angekommen ist. Dies gilt umso mehr, als die Möglichkeit einer Kumulation beider Schutzrechte keineswegs ein unerwünschter Nebeneffekt, sondern durchaus gewollte Folge der Neuregelungen, sogar einer der Hauptgründe für die Einführung des Datenbankherstellerrechts war<sup>1103</sup>.

Wie erheblich durch die neu geschaffenen Rechte in den zuvor frei zugänglichen Bereich eingegriffen wird, obliegt letztlich der Auslegung der entsprechenden Normen durch die Rechtsprechung. Der Judikatur stellt sich in diesem Zusammenhang die Aufgabe, den Schutzzumfang v. a. des Datenbankherstellerrechts zu definieren. Hierbei kommt es insbesondere auf die Bemessung der „Wesentlichkeit“ der getätigten Investitionen (Schutzuntergrenze) und der „Wesentlichkeit“ oder besser der „Unwesentlichkeit“ übernommener Bestandteile an<sup>1104</sup>. Es wäre im Hinblick auf eine aufkommende „Informationsgesellschaft“ überaus wichtig, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Datenbankschutz und der dem freien Zugang zu den in Datenbanken enthaltenen Informationen herzustellen<sup>1105</sup>. Allerdings mehren sich die

1102 Da die Rechte einen gänzlich unterschiedlichen Ansatz haben.

1103 Der Motivation für die Einführung lag die Erkenntnis zugrunde, dass der Urheberrechtsschutz nur die Belange des Schöpfers sichert und diese auch in Bezug auf die Übernahme der eigenschöpferischen Auswahl und Anordnung der in der Datenbank enthaltenen Elemente (*Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 87a, Rdnr. 4). Diese werden indes häufig nicht Gegenstand einer Übernahme durch Dritte sein, sodass das Urheberrecht allein die Bedürfnisse an einen effektiven Datenbankschutz regelmäßig nicht erfüllen können wird. Dies zeigt sich beispielhaft an dem vom BGH entschiedenen Fall Leitsätze (GRUR 1992, S. 382 (384)). Aus einer Auswahl von 63 in einer Zeitschrift abgedruckten Leitsätzen hatte die Beklagte 8 Leitsätze übernommen und in ihrer eigenen Zeitschrift abgedruckt. Der BGH stellte fest, dass die Wiedergabe durch die Beklagte keine schöpferische Auslese und Anordnung der Entscheidungen erkennen lasse. Daher scheidet, unabhängig davon, ob die Auswahl und Auslese der 63 Leitsätze durch die Klägerin überhaupt als Sammelwerk schutzfähig gewesen sei, eine Verletzung derartiger Rechte der Klägerin von vornherein aus. Deutlich wird an diesem Fall, dass die Klägerin einen anderen Schutz benötigt hätte, der die Übernahme von mit Mühe zusammengestellten Informationen verbietet.

1104 Vgl. *Dreier/Hugenholz-Hugenholz*, Database Dir. Art. 7, Nr. 3.

1105 Gleicher Ansicht *Dreier/Schulze-Dreier*, § 87a, Rdnr. 14; *Fromm/Nordemann-Hertin*, § 87a, Rdnr. 9. Dies macht das LG Düsseldorf in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 deutlich (Urteil vom 7.2.2001, Az. 12 O 492/00 – Branchenbuch). Hiernach ist der Schutz der Investitionen des Datenbankherstellers gegen das Rechtsgut der Gemeinfreiheit der Information abzuwägen. „Die Gemeinfreiheit von Informationen darf nicht monopolisiert werden“, heißt es in der Entscheidung. Das Landgericht Düsseldorf löst diesen Konflikt, indem es im vorliegenden Fall, da es um die Datenbank-Eigenschaft von gesammelten Adress- und Branchenda-

Anzeichen, dass über die Rechtsprechung ein angemessener Ausgleich der durch den Datenbankschutz betroffenen Grundrechte nicht zu erwarten ist<sup>1106</sup>.

Realisiert sich auch in diesem Zusammenhang die häufig zu verzeichnende Tendenz, den Rechtsschutz weit und dessen Beschränkungen eng zu verstehen, entsteht eine ernst zu nehmende Gefahr der Monopolisierung von Informationen. Diese wird erheblich gravierender, wenn gewisse Datenbestände nur noch in einzelnen (insbesondere elektronischen) und kommerziell betriebenen Datenbanken verfügbar sind<sup>1107</sup>. Diese können durch das Monopolrecht des Datenbankurhebers oder -

ten für die Insel Rügen und deren Verarbeitung in einer Online-Datenbank ging, den Begriff der „Wesentlichkeit getätigter Investitionen“ als integralen Bestandteil des Datenbank-Begriffs in § 87a UrhG betrachtet und die Anforderungen an die Glaubhaftmachung solcher Investitionen hoch ansetzt. In Bezug auf den Urheberrechtsschutz wurde die Tatsache, dass die Leistung des Antragstellers im vorliegenden Falle sich allein darauf beschränkte, öffentliche Quellen zu durchsuchen und die aufgefundenen Daten durch einen Computer erfassen zu lassen, wie folgt kommentiert: *„Würde die bloße Beschaffung von solchen Daten bereits einen eigenen Urheberrechtsschutz genießen, droht eine Monopolisierung von Informationen. Der Schutz der Gemeinfreiheit von Informationen wäre bedroht.“* Das Schutzinteresse des Einzelnen wird hier durch das Interesse der Allgemeinheit an dem Zugang zu öffentlichen Daten begrenzt.

1106 Vgl. Dreier/Schulze-Dreier, § 87a, Rn. 15: *„Dabei zeigt sich vor allem bei den untergerichtlichen Instanzen bislang eine recht großzügige Bereitschaft, Sammlungen von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen einen wesentlichen Investitionsaufwand zuzusprechen.“* (es folgt eine Vielzahl von Beispielen aus der Rechtsprechung). Besonders bezeichnend ist diesbezüglich die Entscheidung des OLG Hamburg „Roche Lexikon“ (MMR 2001, S. 533 f.). Der Senat hatte hier die Werkeigenschaft einer Datenbank mit 60.000 Stichworten und 40.000 englischen Übersetzungen ohne Weiteres als Datenbankwerk im Sinne des § 4 Abs. 2 UrhG bejaht. Das medizinische Lexikon hielt die Antragstellerin über das Internet zum Abruf bereit. Die Antragsgegnerin hatte auf dieses Angebot im Wege des Framing verlinkt. Auch auf das Datenbankherstellerrecht wurde in der Entscheidung (ohne weitere Erläuterungen) rekurriert. Interessant ist, dass das Gericht meint, dass aufgrund der Verlinkungsstruktur der Datenbank schon bei dem Aufruf (über das Internet) eines einzigen Suchbegriffes ein wesentlicher Teil der Datenbank (im Arbeitsspeicher des Nutzers) vervielfältigt wird. Es heißt in den Entscheidungsgründen: *„Insoweit geht es auch nicht etwa um die Vervielfältigung „nur eines einzelnen Datensatzes.“ Wie die Antragsgegnerin nicht bestreitet, enthält der Erläuterungstext zu einem Suchbegriff als Teil des Datenbankwerks wiederum weiterführende Suchworte, im Regelfall sogar mehrere. Deswegen handelt es sich beim Laden auch nur eines einzelnen Suchbegriffs, von dem aus ein „Weiterblättern“ im „Roche Lexikon Medizin“ selbstverständlich möglich ist, nicht etwa um nur unwesentliche Teile einer Datenbank im Sinne des § 87 b UrhG.“* Wenn also eine Datenbank entsprechende Verlinkungsstrukturen enthält, kann hiernach die Vervielfältigung (hier immerhin lediglich im Wege des Framing) nur kleiner Teile der Datenbank bereits in die Rechte des Urhebers bzw. Datenbankherstellers eingreifen. Von einem ausgewogenen Ausgleich zwischen dem Interesse an freiem Zugang (das in der Entscheidung mit keinem Wort erwähnt wird) und dem Schutzinteresse des Rechtsinhabers kann hier keine Rede sein.

1107 Hier sieht auch Kröger, S. 220 eine Gefahr der Monopolisierung von Wissen für die Informationsfreiheit.

herstellers dem freien Zugriff durch die Allgemeinheit entzogen werden<sup>1108</sup>. Sicherlich ist angesichts der dezentralen Speicherung von Informationen im Internet heute noch nicht absehbar, wie dringend diese Gefahr tatsächlich ist oder Folgen genau drohen, wenn sie sich in dieser oder jener Form realisieren sollte. So hat das US-Copyright-Office in einer Studie im Jahre 1997 postuliert, dass das offene System des Datenbank-Schutzes, soweit dies eine Verwendung der ungeschützten Daten in einer neuen Datenbankstruktur jederzeit ermöglicht, in den meisten Fällen ausreiche, um der Gefahr eines Informationsentzuges zu begegnen<sup>1109</sup>. Eingeräumt wurde an dieser Stelle aber auch, dass Einzelfälle denkbar seien, in denen dies nicht genüge; so besonders, wenn die Informationen nur dem Datenbankhersteller selbst zustünden oder der einzig Informierte seine Informationen nur einer einzigen Person zur Verfügung stelle<sup>1110</sup>.

Auch andere Fälle eines Informationsmonopols sind denkbar. Bei der Konzeption von Datenbanken besteht – wie gesagt – häufig kein großer Variationsspielraum. Stellt man sich nun sehr komplexe elektronische Datenbanken vor, für deren Realisierung nur ein einziges Grundkonzept als die praktischen Bedürfnisse befriedigende Lösung zur Verfügung steht, kann dies nach den §§ 87 a ff. UrhG<sup>1111</sup> durch ein – zeitlich quasi unlimitiertes – Monopolrecht für denjenigen geschützt werden, der als Erster eine Umsetzung vornimmt und die hierfür notwendigen Investitionen tätigt. Dieses erstreckt sich u. U. faktisch auch auf die einbezogenen Daten selbst, und zwar z. B. dann, wenn die Informationen ohne die Nutzung der Datenbank nicht verwendungsfähig sind (etwa wegen der Notwendigkeit eines bestimmten Ordnungsmechanismus).

Vor allem im elektronischen Bereich kann der Datenbankrechtsinhaber zudem eine Kontrolle über die hierin gespeicherten Daten über sein Vervielfältigungsrecht ausüben<sup>1112</sup>. Da elektronische Datenbanken zumeist nur mit Computern genutzt

1108 Aufgrund dessen verlangt *Ullmann* in *FS Brandner*, S. 524 auch die Einführung einer gesetzlichen Lizenz für die Betreiber von Datenbanken. „*Wer bereit ist, angemessene Lizenzen zu bezahlen, soll Zugang zur Datenbank haben, wenn eine davon unabhängige Informationsmöglichkeit nicht besteht oder nur schwer zu erschließen ist*“ heißt es hier. Auf diese Weise wird allerdings noch nicht die Problematik berücksichtigt, dass einer totalen Kommerzialisierung von Informationen dennoch alle Wege offen stehen. Eine Tatsache, die an sich schon geeignet ist, die Grundvoraussetzungen einer Informationsgesellschaft zunichte zu machen. Als nicht ausreichend, kritisiert auch *v. Gamm*, GRUR 1993, S. 204 die Lösung über eine Zwangslizenz.

1109 Siehe hierzu *Leistner*, S. 234 f.

1110 Sog. „*sole source data*“; als Beispiel wären etwa Gesetzes- oder Entscheidungssammlungen denkbar, vgl. auch hierzu *Leistner*, S. 234 f. Dass solche Fälle durchaus – auch heute schon – vorkommen, zeigt sich an dem Fall, den der EuGH in der Entscheidung *Magill-TV-Guide* zu beurteilen hatte (GRUR Int. 1995, S. 490).

1111 Natürlich nur, wenn dieser eine erhebliche Investition erbracht hat.

1112 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (999). Diese Gefahr besteht dann nicht, wenn mit der reinen Benutzung keine Vervielfältigungen einhergehen. Im Bereich der elektronischen Daten-

werden können, gilt auch hier (wie bei den Computerprogrammen), dass das Vervielfältigungsrecht einen Weg ebnet, die jeweilige Nutzung der Datenbank zu steuern<sup>1113</sup>.

Entnahmen von kleinen Teilen der Datenbank kann zwar der Inhaber eines Rechts aus § 87a UrhG nicht verhindern, solange diese nicht „wesentlich“ sind. Soweit es sich jedoch um Fälle der wiederholten und/oder systematischen Entnahme kleiner Teile handelt, beispielsweise durch einen Mitbewerber, der auf die Informationen angewiesen ist oder selbst eine Datenbank mit diesen Informationen erstellen will, kann die Nutzung auch nur eines einzigen Datensatzes nach § 87 b Absatz 1 UrhG widerrechtlich sein, wenn dies einer „normalen Auswertung der Datenbank“ i.S.d. § 87 b Abs. 1 Satz 2 UrhG zuwiderlaufen würde<sup>1114</sup>. Zudem gelten diese Einschränkungen nicht in Bezug auf das Datenbankurheberrecht.

Der nahe liegenden Möglichkeit, ein mögliches Korrektiv für diese Ausweitung der Schutzrechte auf dem herkömmlichen Weg mit Schrankenvorschriften zu schaffen, wurde nicht nachgekommen<sup>1115</sup>. Im Gegenteil: Statt weiter gehende Schranken zu gewähren, wurde § 53 UrhG durch Einführung des § 53 Abs. 5 UrhG abgeschlossen. Die „hierfür“ implementierte Regelung des § 55a UrhG, die eine spezielle Schrankenvorschrift für die Vervielfältigung und Bearbeitung von Datenbankwerken enthält, greift dagegen recht kurz. Privilegiert wird nur der ohnehin Berechtigte<sup>1116</sup>, wenn er auf die genannten Nutzungshandlungen bei der bestimmungsgemäßen Benutzung angewiesen ist. Zwangs- oder gesetzliche Lizenzen, die einen Zugang zu den in Datenbanken enthaltenen Informationen sichern könnten, enthält das deutsche Urheberrecht nicht.

Ein weiteres Defizit, das sich erst Jahre nach der Implementierung der Datenbank-Richtlinie ins deutsche Urheberrecht gezeigt hat, liegt darin, dass im § 87c

verarbeitung ist die Vervielfältigung – und sei sie auch nur flüchtig, z. B. im Arbeitsspeicher – allerdings häufig für eine Benutzung mittels Computer notwendig (vgl. unten Punkt IV.B.1) und zur Ausnahme des ASP bei der Nutzung von Computerprogrammen die Ausführungen in Fn. 1204). Die Schranke des § 44a UrhG greift dabei – je nach der noch nicht absehbaren Rechtsprechung hierzu – nur in manchen Fällen ein. Anders verhält sich die Situation bei fernabgefragten Datenbanken, soweit hierbei nicht im Cache des Browsers oder an anderer Stelle beim Nutzer Kopien der gesamten oder (schutzfähiger) Teile der Datenbank entstehen. Der reine (Fern-) Zugriff unterfällt nicht dem Urheberrecht, da die bloße Benutzung und Bildschirmansicht keines der bestehenden Verwertungsrechte betrifft. Ob man der allgemeinen Verwertungsbefugnis des Urhebers aus § 15 UrhG eine andere Wertung entnehmen kann, soll hier nicht weiter erörtert werden, da es hierbei auf die Umstände des Einzelfalls ankäme.

1113 Hierauf wird unten, Punkt IV.B.1.a) noch eingegangen.

1114 So *Ullmann* in *FS Brandner*, S. 522.

1115 *Hilty*, *ZUM* 2003, S. 983 (999) schlägt daher vor, solche Korrektive außerhalb des Urheberrechts zu suchen. Zu den Möglichkeiten, die das Kartellrecht in diesem Zusammenhang eröffnet, siehe sogleich.

1116 Genannt sind etwa z. B. der Eigentümer eines durch Verkauf in den Verkehr gebrachten Vervielfältigungsstückes oder Lizenznehmer.

UrhG eine dem § 5 UrhG entsprechende Regelung zu amtlichen Datenbanken fehlt. Dies führt dazu, dass bis heute ungeklärt ist, ob amtliche, also von staatlichen Stellen im öffentlichen Interessen bereitgestellte, Datenbanken vom Schutzrecht *sui generis* ausgenommen sind oder nicht. So besteht etwa erhebliche Rechtsunsicherheit darüber, ob sukzessive und gezielte Übernahmen von Gerichtsentscheidungen aus Urteilsdatenbanken z. B. des BGH oder des BVerfG auf private Webseiten oder in andere (z. B. kommerzielle) Urteilsdatenbanken zulässig sind oder nicht. Wäre dies nicht der Fall, würde dies angesichts der zunehmenden Online-Veröffentlichungspraxis staatlicher Stellen zu einer erheblichen Beschränkung der allgemeinen Interessen durch das Schutzrecht führen. Die Frage, ob eine analoge Anwendung des § 5 UrhG auf nach § 87a UrhG geschützte amtliche Datenbanken mit der Richtlinie vereinbar wäre, hat der Bundesgerichtshof dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt<sup>1117</sup>.

Selbst wenn EuGH und BGH dereinst entscheiden sollten, dass eine analoge Anwendung nach geltendem Recht geboten ist, führt dies noch nicht unmittelbar zu der Annahme, dass eine freie Nutzung uneingeschränkt zulässig ist. Denn selbst das BVerfG versucht durch Standardhinweise, die vermutlich als Vertragsklauseln dienen sollen, die kommerzielle Nutzung der in seiner Datenbank enthaltenen Urteile zu untersagen<sup>1118</sup>. Rechtssicherheit bei der Übernahme solcher Datensätze zu gewerblichen Zwecken bedarf damit zudem der Klärung der Frage, ob es sich bei solchen „Hinweisen“ um wirksame vertragliche Untersagungen handelt und ob und in welcher Weise diese Bindungswirkung entfalten können. Hieran zeigt sich das ganz allgemeine Problem der zunehmenden Ausweitung von Schutzrechten bzw. Aushebelung von Schrankenbestimmungen durch Vertragsbestimmungen, die im Verkehr mit digitalen Gütern völlig üblich sind. Auf diesen Problemkreis soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden<sup>1119</sup>.

1117 Siehe GRUR 2007, S. 500 ff. – Sächsischer Ausschreibungsdienst. Der BGH selbst ist hienach der Ansicht, dass eine analoge Anwendung geboten ist.

1118 Im „Header“ jedes Entscheidungstextes heißt es: „Frei für den nicht gewerblichen Gebrauch. Kommerzielle Nutzung nur mit Zustimmung des Gerichts.“ Siehe beispielhaft [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20080611\\_2bvr206207.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20080611_2bvr206207.html) (zuletzt abgerufen am 02.08.2008).

1119 Siehe hierzu bereits *Kreutzer*, Verbraucherschutz, *passim* mit einer Vielzahl weiterer Nachweise.

c) Weitere Auswirkungen des Datenbankschutzes auf die Informationszugangsfreiheit aufgrund des Schutzes technischer Maßnahmen

Durch den flankierenden Schutz technischer Maßnahmen wird die ohnehin schon gravierende Problematik um die mögliche Monopolisierung von Informationen weiter verschärft. Die durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ eingeführten Vorschriften der §§ 95a ff. UrhG verbieten die Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen, die auf urheber- oder leistungsschutzrechtliche Schutzgüter angewendet werden<sup>1120</sup>. Sowohl der Datenbankurheber als auch der Datenbankhersteller erhalten hierdurch einen flankierenden Rechtsschutz, soweit sie ihre (v. a. elektronischen) Datenbanken mit Zugangs-, Kopierschutz- oder DRM-Systemen versehen<sup>1121</sup>. Durch dieses „neue Instrument“ des Immaterialgüterrechtsschutzes wird der Rechtsinhaber an einer Datenbank in die Lage versetzt, diese durch einen technischen Mechanismus vor dem Zugriff durch Dritte zu sichern und sie so von einer Kenntnisnahme der darin enthaltenen Daten und Inhalte auszuschließen<sup>1122</sup>.

Auf diese Weise wirkt besonders bei Datenbanken ein dreifacher Schutzmechanismus, der letztlich zu einer Zugangskontrolle zu den darin enthaltenen, an sich ungeschützten, Inhalten führt<sup>1123</sup>. Auf der ersten Ebene wird die Datenbank durch § 4 oder die §§ 87a ff. UrhG geschützt. Der Inhaber der jeweiligen Rechte hat auf zweiter Ebene die Möglichkeit, dieses geschützte Gut durch einen technischen Zugangskontroll- und/oder Kopierschutzmechanismus zu sichern. Dieses zusätzliche Mittel wird wiederum auf dritter Ebene durch das Schutzrecht aus § 95a UrhG gegen eine Umgehung geschützt. Anders als bei Computerprogrammen, für der Schutz technischer Maßnahmen gem. § 69a Abs. 5 UrhG ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt wurde, gelten die §§ 95a ff. UrhG auf Datenbanken uneingeschränkt<sup>1124</sup>.

1120 Vgl. Näheres hierzu und allgemein zum Einfluss des Schutzes technischer Maßnahmen auf den urheberrechtlichen Interessensausgleich unten, Punkt IV.B.4.c.bb).

1121 Vgl. § 95a Abs. 1 UrhG: „Wirksame technische Maßnahmen zum Schutz eines nach diesem Gesetz geschützten Werkes oder eines anderen nach diesem Gesetz geschützten Schutzgegenstandes...“. Die Notwendigkeit des Schutzes der Hersteller von Datenbanken wurde durch die Richtlinie 2001/29/EG, auf deren Umsetzung die §§ 95a ff. UrhG basieren, ausdrücklich hervorgehoben, vgl. Erwägungsgründe 47 und 48.

1122 Diese Befürchtung äußert auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (984).

1123 Kritisch hierzu auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (999).

1124 Der ausdrückliche Ausschluss der §§ 95a UrhG für Computerprogramme dient dazu, eine Aushebelung der Software spezifischen Schrankenbestimmungen (wie der Sicherungskopie oder der Dekompilierbefugnis) zu verhindern. Im Ergebnis führt dies dazu, dass technischen Schutzmaßnahmen, die auf Computerprogramme angewendet wurden, umgangen werden dürfen, wenn dies z. B. der Erstellung einer Sicherungskopie dient. Vgl. eingehend hierzu *Kreutzer*, CR 2006, S. 804 ff. Insofern bestehen erhebliche Unterschiede zu den Regelungen über andere Werkarten. Angesichts der Gefahren, die der uneingeschränkte Schutz techni-

Der Umgehungsschutz ist absolut und geht auch der Wahrnehmung der Schrankenbestimmungen vor (siehe sogleich). Zwar bezieht er sich im Prinzip nur auf geschützte Werke und Leistungen (und damit eben nicht auf die in einer Datenbank enthaltenen Informationen/Daten). Ein Bezug auf den Schutzzumfang des jeweiligen Rechts fehlt indes, was bedeutet, dass der Umgehungsschutz vollumfänglich immer dann greift, wenn die jeweilige technische Maßnahme ein Werk oder eine geschützte Leistung sichert. Der Umgehungsschutz macht vor Beschränkungen des Schutzzumfangs nicht halt, er gilt unabhängig davon, in welchem Umfang ein Werk oder eine Leistung geschützt wird<sup>1125</sup>.

Aus einer – beispielsweise – kopiergeschützten Datenbank dürften aus diesem Grund weder unwesentliche Teile noch überhaupt einzelne Datensätze herauskopiert werden, soweit hierfür das Schutzsystem umgangen werden muss<sup>1126</sup>. Ein Zugangskontrollsystem dürfte gleichermaßen nicht umgangen werden, um einzelne Informationen aus der Datenbank zu erlangen. Mit anderen Worten: Setzt der Rechtsinhaber technische Schutzmaßnahmen ein, für die die §§ 95a ff. UrhG gelten, erstreckt sich sein – unter Einbeziehung des Schutzes technischer Maßnahmen zu bemessendes – Monopolrecht auch auf die Inhalte seiner Datenbank. Die rechtlichen Mittel, mittels derer der Ausgleich der widerstreitenden, durch die Datenbankschutzrechte betroffenen, Interessen gewährleistet werden sollen, werden durch technische Schutzmaßnahmen mit dem Segen des Gesetzgebers ausgehebelt. Durch Kumulation von Datenbank- und DRM-Schutzrechten wurde damit ein neues Schutzrecht des Urhebers

scher Maßnahmen auf Datenbanken mit sich bringt, ist unverstänlich, warum diesbezüglich keine Ausschluss- oder Sonderregelung eingeführt wurde.

1125 Für eine andere Bewertung ist angesichts der Formulierung von § 95a UrhG kein Raum. Hier heißt es: „Wirksame technische Maßnahmen zum Schutz eines nach diesem Gesetz geschützten Werkes oder eines anderen nach diesem Gesetz geschützten Schutzgegenstandes dürfen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers nicht umgangen werden, ...“ Es wird damit nicht darauf abgestellt, dass der Schutz dieser Vorschrift in solchen Bereichen nicht wirkt, die das Schutzrecht, etwa aufgrund von individuellen Schranken oder absoluten Beschränkungen, nicht erfasst. Dies zeigt sich einerseits an dem ausdrücklich erklärten Vorrang des § 95a UrhG vor den Schrankenregelungen als auch an der Tatsache, dass die Norm sogar vor einem unautorisierten Zugriff auf das Werk oder die Leistung schützt. Der reine Zugang, soweit er nicht mit einer urheberrechtlich relevanten Verwertungshandlung (z. B. einer Vervielfältigung) einhergeht, war bislang ungeschützt. Gleiches gilt für die reine Rezeption eines Werkes oder einer Leistung. Solcherlei Handlungen werden nunmehr von den §§ 95a ff. UrhG (nach § 108b UrhG sogar strafrechtlich) dergestalt untersagt, als der Nutzer einen technischen Mechanismus nicht umgehen dürfte, um sich hierdurch eine reine Kenntnisnahme oder Benutzung zu ermöglichen (siehe zu dieser Ausweitung des Urheberrechts durch den Schutz technischer Maßnahmen unten, Punkt IV.B.4.c.bb).

1126 Der Grund hierfür liegt darin, dass geschützte technische Schutzmechanismen auch zu legitimen Zwecken nicht umgangen werden dürfen.

oder (v. a.) Verwerter vor der freien Verwendung (Zugang, Nutzung) von Informationen und Daten geschaffen<sup>1127</sup>.

Mit diesem Instrument hat es der Inhaber der Information in der Hand, den Zugriff auf die ungeschützte Information zu steuern oder von einer Vergütung abhängig zu machen<sup>1128</sup>.

Dieser Eingriff in den gemeinfreien Bereich wird dadurch verschärft, dass der Umgehungsschutz nach der rechtlichen Wertung auch den Schrankenvorschriften generell vorgeht. Wirkt eine technische Schutzmaßnahme auf einen Schutzgegenstand, kann der durch eine Schranke Privilegierte diese nicht wahrnehmen, wenn er nicht eine nach dem (abschließenden<sup>1129</sup>) Katalog in § 95b UrhG besonders privilegierte Nutzung anstrebt<sup>1130</sup>. Dies trifft beispielsweise auf die §§ 55a und § 87c UrhG

1127 Kritisch daher auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (999). Ob sich dieser Effekt angesichts der entgegenstehenden Aussagen in der Gesetzesbegründung zum 1. Korb als unerwünschter Nebeneffekt darstellt, ist schwer einzuschätzen. Immerhin heißt es in der Begründung zu § 95a UrhG im Regierungsentwurf zum „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ (BT-Drcks. 15/38, S. 26): „Das Umgehungsverbot aus Absatz 1 ist durch den in der Richtlinie vorgegebenen Schutzzweck insoweit geschützt, als die entsprechenden Maßnahmen zum Schutz urheberrechtlich geschützter Werke oder anderer nach diesem Gesetz geschützter Schutzgegenstände eingesetzt werden müssen. Ausgenommen von dem Schutz dieser Vorschrift ist daher z. B. die Anwendung von Schutzmechanismen auf nicht durch das Urheberrechtsgesetz geschützte Schutzgegenstände, wie etwa gemeinfreie Werke.“ Hiernach soll der Umgehungsschutz zwar im Prinzip allein dazu dienen, urheberrechtlich relevante Nutzungen effektiver zu verhindern, und nicht dazu, Informationen oder Daten zu monopolisieren. Allerdings liegt es auf der Hand, dass ein so weit reichender Umgehungsschutz wie in den §§ 95a ff. UrhG bzw. in Art. 6 der Richtlinie 2001/29/EG vorgesehen, schon strukturell zu erheblichen „Nebeneffekten“ führen muss. Denn technische Schutzmaßnahmen unterscheiden nicht zwischen – aus gesetzlicher Sicht – legitimen und nicht legitimen Nutzungshandlungen. Sie lassen nur zu, was derjenige, der sie einsetzt, zulassen will.

1128 Diese Ausweitung des Schutzzumfangs erzeugt der Schutz technischer Maßnahmen bei allen „Produkten“, die aus einer Mehrzahl von geschützten und ungeschützten Elementen bestehen. Ebenso wie der Kopierschutz für eine Datenbank unabhängig davon gegen Umgehung geschützt ist, ob der Nutzer gemeinfreie Inhalte oder einen vor Nutzung geschützten „wesentlichen Teil“ kopieren will, greift der Umgehungsschutz auf gemeinfreie Elemente anderer Sammelwerke über. Ein Beispiel: Eine Sammlung teils gemeinfreier, teils geschützter Gedichte wird als kopiergesichertes eBook vertrieben. Da die Schutzmaßnahme nicht danach unterscheidet, ob jemand eines der geschützten oder eines der gemeinfreien Gedichte herauskopieren möchte, wird beides gleichermaßen technisch verhindert. Der Nutzer dürfte den Schutz auch nicht umgehen, um das gemeinfreie Gedicht zu kopieren. Denn in diesem Zuge würde er gleichzeitig den Schutz für die noch geschützten Werke aushebeln.

1129 Siehe etwa BVerfG NJW 2006, 42 (42) – Vorschriften zur Umgehung von Kopierschutzmaßnahmen.

1130 Auch wenn die jeweilige Schranke nach § 95b UrhG durchsetzungsstark ausgestaltet ist, bedeutet dies nicht, dass der Begünstigte seine Privilegierung unter Umgehung des technischen Schutzmechanismus selbst durchsetzen kann. Die Regelung gestattet keine Selbsthilfe, sondern nur einen individuellen zivilrechtlichen Anspruch (*Dreier/Schulze-Dreier*, § 95b, Rdnr. 2 und 5). Es muss angesichts des Aufwandes und der Länge gerichtlicher Verfahren bezwei-

sowie die weitaus meisten anderen Schrankenvorschriften zu<sup>1131</sup>. Herrscht der so hergestellte Vorrang des Schutzes der Rechtsinhaber vor Umgehung der von ihnen eingesetzten technischen Maßnahmen, ist der Konsument mithin wiederum auf den guten Willen von Urhebern und Verwertern angewiesen. Mit anderen Worten: Diesen obliegt die nahezu uneingeschränkte Kontrolle über Werke, Leistungen und Inhalte.

### 3) Korrektur überbordenden Urheberrechtsschutzes durch das Kartellrecht?

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen stellt sich die Frage, ob den Schutzrechten an elektronischen Datensammlungen überhaupt noch Grenzen gesetzt sind. In diesem Zusammenhang wird schon seit einiger Zeit über eine mögliche Korrekturfunktion des Kartellrechts diskutiert<sup>1132</sup>.

Grundsätzlich besteht zwischen Urheberrecht und Kartellrecht ein Spannungsfeld. Während das Urheberrecht dem Rechtsinhaber ein Ausschließlichkeitsrecht gewährt, will das Kartellrecht den Wettbewerb möglichst von Monopolen und dem Missbrauch marktbeherrschender Stellungen freihalten<sup>1133</sup>. Das Kartellrecht kann dabei in Ausnahmefällen als Regulativ dienen, soweit es um die Art der Ausübung von Urheber- und sonstigen Schutzrechten geht<sup>1134</sup>. Eine den Schrankenbestimmungen entsprechende oder diese ergänzende, den Zugang zu geschütztem Material garantierende Funktion kann das Kartellrecht indes nicht ausüben<sup>1135</sup>. Es greift schließlich erst bei missbräuchlicher Ausnutzung von Marktmacht, nicht aber bei der Verweigerung des Zugangs an sich ein<sup>1136</sup>. Folgerichtig wird mithin schon das Bestehen einer

felt werden, dass ein solcher Anspruch in der Praxis zur Durchsetzung von Schrankenbefugnissen wirklich geeignet ist.

1131 Dieses Interessenungleichgewicht wird durch § 95b Abs. 3 UrhG noch verschärft. Hiernach ist keine der in Absatz 1 genannten Schranken durchsetzungsstark, wenn die intendierte Nutzung ein Werk betrifft, das aufgrund einer vertraglichen Basis öffentlich zugänglich gemacht wurde. Siehe hierzu unten, IV.B.4.c.bb.(2).(b).

1132 Vgl. etwa *Heinz*, GRUR 1996, S. 455 (458); *Flechsigs*, ZUM 1997, S. 591; *Leistner*, S. 237; *Ullmann* in FS *Brandner*, S. 522.

1133 So *Dreier/Schulze-Dreier*, Einleitung, Rdnr. 51.

1134 Vgl. EuGH, Rs. 262/1981, Slg. 1982, S. 3381 ff. – *Coditel II*, sowie die im Folgenden dargestellten Entscheidungen des EuGH „TV-Magill-Guide“ (GRUR Int. 1995, S. 490) sowie „IMS-Health“ (Urteil des Gerichtshofes vom 29. April 2004, Az. C-418/01). Vgl. hierzu wiederum eingehend *Heinemann* in *Hilty/Peukert* (Hrsg.), S. 207 ff.

1135 Gleicher Ansicht *Hugenholz/Okediji*, *Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright*, S. 32 f.; *Hilty* in *Ohly/Klippel*, S. 107 (116).

1136 *Ulrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 97, ebd. S. 94 drückt dies wie folgt aus: „Zum anderen kann die Kartellaufsicht gar nicht im Einzelfall Schutzzugangsschwellen als zu niedrig, Schutzausnahmen als zu eng, Schutzzumfang als zu weit bewerten und sie entsprechend verschärfen. Sie hat dies auch nie getan.“

grundsätzlichen Kollision von (europäischem) Kartellrecht und Urheberrecht vom EuGH nicht anerkannt<sup>1137</sup>.

Die Gelegenheit<sup>1138</sup>, eine den Zugang zu geschützten Immaterialgütern sichernde Funktion des Kartellrechts gesetzlich festzuschreiben, wurde jedenfalls weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene<sup>1139</sup> genutzt. Dies liegt nicht daran, dass eine solche Maßnahme nicht befürwortet worden wäre. Schon vor der Umsetzung der Datenbank-Richtlinie wurde von einigen Seiten gefordert, ein Informationszugangsrecht vorzusehen, das – über gesetzliche Lizenzen – im Falle einer Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung den Zugang auch zu urheberrechtlich geschützten Informationen garantiert hätte<sup>1140</sup>. Selbst die EU-Kommission hatte einen solchen Vorschlag eingebracht, der jedoch weder bei der Verabschiedung der Datenbank-Richtlinie noch bei deren Umsetzung in Deutschland aufgegriffen wurde<sup>1141</sup>.

Daher kommt eine Korrektur der Immaterialgüterrechte nur über die allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen in Betracht. Ob dies geeignet ist, als systemexterne Schranke, die das „schutzrechtliche Innovationsdilemma“<sup>1142</sup> beheben kann, zu dienen, scheint angesichts der grundsätzlich unterschiedlichen Funktionen von kartellrechtlichen Restriktionen einerseits und urheberrechtlichen Schranken andererseits sowie – dies bestätigend – der äußerst zurückhaltenden Rechtsprechung des Europä-

1137 Nach dem EuGH sind Beschränkungen, die sich aus dem bloßen Bestehen des Rechts ergeben, kartellrechtlich unbedenklich (vgl. nur EuGH, Rs. 262/1981, Slg. 1982, S. 3381 ff. – Coditel II). Eine grundsätzliche Kollision zwischen den beiden Rechtsgebieten besteht damit nicht.

1138 Allgemein muss sehr bezweifelt werden, ob kartellrechtliche Maßnahmen geeignet sind, hier einen Ausgleich zu schaffen. Es mag möglich sein, auf diese Weise in speziellen Einzelfällen Marktteilnehmern den Zugriff auf die Verwertung eines Werkes zu verschaffen (wie im TV-Magill-Guide-Fall entschieden wurde, siehe hierzu sogleich). Den Schutz des generellen Interesses der Allgemeinheit an freier Nutzung von Informationen und Werken hat das wettbewerbsgerichtete Kartellrecht indes nicht zum Ziel. Keineswegs kann dieses Recht somit die Funktion von urheberrechtlich implementierten Schrankenregelungen ersetzen.

1139 Kritisch *Ullmann* in *FS Brandner*, S. 522; *Leistner* S. 236 f. Im Rahmen der 6. Novelle des GWB, die im Jahre 1999 in Kraft trat, blieb die Thematik unberücksichtigt. Der in diesem Zusammenhang eingeführte, ein Zugangsrecht garantierende § 19 Abs. 4 Ziff. 4 GWB betrifft Immaterialgüterrechte ausdrücklich nicht, sondern nur „Netze und andere Infrastruktureinrichtungen“ („Essential Facilities“), vgl. *Ebel*, Kartellrecht, § 19 GWB, Rdnr. 45. In Streitfällen werden durch die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung Betroffene auf das langwierige und mühsame Beschwerdeverfahren vor dem EuGH verwiesen, vgl. auch *Leistner*, S. 237.

1140 Vgl. z. B. *Heinz*, GRUR 1996, S. 455 (458); *Flechsig*, ZUM 1997, S. 591; *Leistner*, S. 237; *Ullmann* in *FS Brandner*, S. 522.

1141 Vgl. hierzu *Flechsig*, ZUM 1997, S. 591.

1142 Hiervon spricht *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 96 ff. Dieses liegt nach *Ullrich* in der Grundsatzfrage, „wie bei sich erweiterndem Rechtsschutz der für das übergeordnete Ziel der Fortschrittsförderung notwendige Zugang auch zu geschütztem Wissen gewährleistet werden könne“.

ischen Gerichtshofs kaum denkbar<sup>1143</sup>. Nicht zuletzt ist dies auf die Anforderungen, die der EuGH an kartellrechtliche Beschränkungen z. B. des Urheberrechts stellt, zurückzuführen, die so hoch sind, dass hierdurch ein ausgewogener Interessensausgleich im Regelfall nicht herzustellen sein wird.

Immerhin hat der EuGH in der Magill-TV-Guide-Entscheidung postuliert<sup>1144</sup>, dass die Ausübung von Immaterialgüterrechten einen Fall der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung und damit einen Verstoß gegen Art. 86 EGV (nunmehr Art. 82 EG) darstellen kann. Ein solcher Missbrauch wurde in dieser Entscheidung auch bejaht. Im Urteil legten die Richter der Beklagten auf, der Klägerin die Nutzung von Programminformationen zu genehmigen. Der Tenor kommt damit der Anordnung einer Zwangslizenz gleich. Allerdings wurde schon in dieser Entscheidung deutlich, dass ein solcher Eingriff in Immaterialgüterrechte nur unter extremen Voraussetzungen denkbar ist. Vor allem der Umstand, dass der Mitbewerber im Magill-Fall einen eigenen Markt bedienen wollte, den der Schutzrechtsinhaber weder abdecken wollte noch konnte, sondern lediglich blockiert hat, scheint hier ausschlaggebend gewesen zu sein.

Dies zeigt sich an der Folgeentscheidung „IMS-Health“<sup>1145</sup> aus dem Jahr 2004, in der es um Mitbewerber auf demselben Markt ging. Der EuGH bestätigte hier die in der Magill-Entscheidung aufgestellten, sehr strengen Anforderungen an den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen durch die Ausübung von Urheberrechten. Ein solcher sei nur unter „außergewöhnlichen Voraussetzungen“ denkbar<sup>1146</sup>. Drei Voraussetzungen müssen hierfür erfüllt sein: „Die Weigerung muss das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindern, nach dem eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht, sie darf nicht gerechtfertigt sein, und sie muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen.“<sup>1147</sup>

Besonders der letzte Umstand dürfte kaum einmal erfüllt sein. Damit dürfte deutlich geworden sein, dass das Kartellrecht – selbst in extremen Fällen – als systemexterne Schranke für zu weit gehende Urheberrechte ungeeignet ist<sup>1148</sup>. Umso weniger kann es dazu dienen, den sensiblen Interessensausgleich zwischen Urhebern, Verwertern und Nutzern allgemein wiederherzustellen, soweit er durch unausgewogene

1143 Dies bezweifelt auch *Ulrich in Schricker/Dreier/Kur*, S. 96 ff.

1144 EuGH GRUR Int. 1995, S. 490 – TV-Magill-Guide.

1145 Urteil des Gerichtshofes vom 29. April 2004, Az. C-418/01 – IMS-Health. Zuvor war die Judikatur bereits durch das Urteil des EuGH vom 26. November 1998, Az. C-7/97 – Bronner (Slg. 1998, I-7791) bestätigt.

1146 EuGH, ebd., Rdnr. 35.

1147 EuGH, ebd., Rdnr. 38. Ob diese Voraussetzungen im Fall IMS Health erfüllt sind, ließ der EuGH offen. Dies wird das Vorlagegericht, das LG Frankfurt/Main, zu entscheiden haben.

1148 Gleicher Ansicht *Ulrich in Schricker/Dreier/Kur*, S. 89. In diese Richtung auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (999), der das Kartellrecht als Korrektiv für das Urheberrecht als nach heutigem Zuschnitt für „deutlich zu schwerfällig“ bezeichnet.

Fortentwicklung des Schutzrechts in eine Schiefelage geraten ist<sup>1149</sup>. Eine angemessene Austarierung kann nur im System des jeweiligen Immaterialgüterrechts selbst gesucht werden.

#### D) Zwischenergebnis

Die Aufnahme des Schutzes von Datenbanken in das Urheberrecht bestätigt die sich auch am Rechtsschutz von Computerprogrammen zeigende Tendenz, technisch-funktionale, rein wirtschaftlich-motivierte Schutzgüter ohne wesentliche Anpassung oder Abgrenzung von anderen Werkarten dem Urheberrechtsschutz zu unterstellen. Dies gilt für den Schutz der Datenbankwerke noch mehr als für die Computerprogramme, da dieser kaum Sonderregelungen vorsieht.

Gleichermaßen führt der Schutz von Datenbanken in urheber- und leistungsschutzrechtlicher Hinsicht den Trend fort, die Immaterialgüterrechte insgesamt immer weiter auszudehnen und die Freiräume für die Nutzung zurückzudrängen. Besonders in Bezug auf den Schutz von Datenbanken bedeutet die zunehmende Kumulation wesensverschiedener Schutzrechte (Schöpfung, Leistung, Technik) eine Gefahr für die Verfügbarkeit an sich ungeschützter und allgemein verfügbarer Informationen und Daten. Dies ist angesichts der freiheitlichen Grundgedanken des Internets und der Notwendigkeit eines möglichst freien Zugangs und Flusses von Informationen, auf dem eine „Informationsgesellschaft“ beruht, äußerst bedenklich. Das Wissen wird zukünftig mehr und mehr ausschließlich in elektronischen Datenbanken gespeichert sein. Kongruent steigt das gesellschaftliche und individuelle Interesse, auf solche Datenbestände zugreifen zu können.

Bleibt es bei dem uneingeschränkten Vorrang des Schutzes technischer Maßnahmen, liegt die Entscheidung über eine Erfüllung der Belange der Allgemeinheit in diesem zunehmend wichtigen Bereich allein in der Hand der Rechtsinhaber. Die gesetzlichen Mittel, solche, dem Individualrechtsschutz entgegenstehende, Interessen durch Schrankenvorschriften bzw. Einschränkungen des Schutzbereichs zu berücksichtigen, sind damit ausgeschaltet.

1149 Nachweise hierzu *supra*, Fn. 1134 und 1135.

#### IV) Weitere Entwicklungstendenzen im Spannungsfeld von Urheberrechtsschutz und digitalem Werkschaffen

##### A) Digitale und digitalisierte Werke

###### 1) Der Einsatz von Digitaltechnologie und die Entwicklung des Urheberrechts

Die Informationstechnologie, insbesondere auf dem Gebiet der Datenverarbeitung, hat Werkschaffen und -verwertung revolutioniert<sup>1150</sup>. Computer werden mehr und mehr zumindest<sup>1151</sup> als Hilfsmittel genutzt, um Texte, Grafiken, Baupläne und Datenbanken zu erschaffen und führen dabei zu erheblichen Erleichterungen. Aufgrund der Unabhängigkeit digitaler Werke von physischen Trägermedien kann deren Distribution mit wesentlich geringerem Zeit- und Kostenaufwand vorgenommen werden. Weltweite Online-Netzarchitekturen ermöglichen die internationale Verwertung ohne komplexe Strukturen. Auf der anderen Seite können digitale Werke nunmehr von fast jedermann problemlos ohne Qualitätsverlust kopiert und der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden<sup>1152</sup>. Das Urheberrecht gewinnt in diesem Spannungsfeld eine neue Bedeutung, die die Rechtsmaterie vor neue Aufgaben stellt. Aufgrund der Konvergenz der Medien und Technologien sind im digitalen Bereich wesentlich mehr gesellschaftliche Gruppen hiervon betroffen, als zuvor. Dies sind nicht mehr nur die herkömmlichen Verwerter wie Verlage, Sendeunternehmen oder Filmproduzenten, sondern zunehmend auch die Hersteller von Hardware<sup>1153</sup>, Dienstleister und

1150 So auch *Wandtke*, GRUR 1995, S. 385 (387 f.).

1151 *Wandtke* (GRUR 1995, S. 385 (387) geht hierüber noch hinaus: „*Allein die Computertechnik hat die künstlerische Produktion revolutioniert, deren positive und negative Auswirkungen für das geistige Eigentum wir nur zu ahnen vermögen. Erinnerung sei hier nur an die Computergraphik, Computermusik und das elektronische Publizieren. Der Computer erweist sich nicht nur als verlängerter Arm des Künstlers. Er ist gleichsam der Meißel des Bildhauers, der Pinsel des Malers, der Stift des Autors und Zeichners.*“

1152 Dieser Aspekt steht bei den Diskussionen über Digitaltechnik und Urheberrecht häufig im Vordergrund, siehe *Dreier/Schulze-Dreier*, Einleitung, Rdnr. 23.

1153 Die Bedeutung der Hardwareindustrie zeigt sich anschaulich anhand der Tatsache, dass deren Branchenverband BITKOM in den Arbeitsgruppen, welche die Bundesregierung zur Konsultation über die im „2. Korb“ der Urheberrechtsreform zu klärenden Fragen einberufen hat, massiv vertreten waren (kritisch hierzu *Hoeren*, MMR 2004, S. 429 (430)).

auch die Urheber und Nutzer selbst, die aufgrund der optimierten Distributionsmöglichkeiten selbst als Werkmittler auftreten können<sup>1154</sup>.

Ein Blick in das Urheberrechtsgesetz zeigt, dass diese Revolution bzw. Evolution sich im Gesetz kaum widerspiegelt. Tatsächlich findet sich das Wort „digital“ hierin nicht ein einziges Mal. Eine Unterscheidung zwischen digitalen und analogen Werken wird allein bei den Datenbanken vorgenommen<sup>1155</sup>. Generell ist es urheberrechtlich jedoch unerheblich, ob ein Werk (digital-)technisch hergestellt oder genutzt wird<sup>1156</sup>.

Dabei lässt die Digitalisierung der Werkinhalte die Grenzen zwischen den einzelnen Werkarten verschwimmen<sup>1157</sup>. Sämtliche digitalen Werke haben das gleiche Format<sup>1158</sup>, sie lassen sich beliebig – ungeachtet der jeweiligen Ausdrucksform – kombinieren. Dies führt zum Teil zu erheblichen Differenzierungsproblemen. So wird häufig z. B. zweifelhaft sein, ob eine Web-Seite, die (zumindest teilweise) in einer Programmiersprache wie HTML oder Java programmiert ist, als Gesamtwerk den Computerprogrammen, den (sonstigen) Sprachwerken, Datenbanken oder den Sammelwerken zuzuordnen, bzw., ob sie überhaupt schutzfähig ist<sup>1159</sup>. Probleme können hieraus entstehen, wenn für bestimmte Werkarten Sonderregelungen gelten

1154 So auch *Dreier/Schulze-Dreier*, Einleitung, Rdnr. 28.

1155 Vgl. die §§ 4 Abs. 2 Satz 1 und 87a Abs. 1 Satz 1 UrhG. Auswirkung hat diese Unterscheidung nur in Bezug auf die Schranken. Für elektronische Datenbankwerke gilt nach § 53 Abs. 5 UrhG eine Bereichsausnahme von der Vervielfältigungsfreiheit zu privaten und sonstigen eigenen Zwecken. Die gleiche Unterscheidung trifft das Datenbankherstellerrecht in § 87c Abs. 1 Nr. 1 UrhG. Auch in Bezug auf andere Vervielfältigungen zum „sonstigen eigenen Gebrauch“ wird zwischen „ausschließlich analogen“ und sonstigen Nutzungen unterschieden (siehe § 53 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 UrhG und dessen Verweise).

1156 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 15, Rdnr. 13.

1157 *Davis*, GRUR Int. 1996, S. 888 (890). *Dreier*, GRUR Int. 1993, S. 742 (744) wirft z. B. die Problematik auf, ob eine Bitmap-Datei etwa ein Lichtbildwerk, eine Datenbank oder ein Computerprogramm sei.

1158 Hiermit gemeint ist nicht das jeweilige digitale Speicherungsformat, das durchaus sehr unterschiedlich sein kann. Vielmehr ist gemeint, dass sich digital gespeicherte Werke nicht nach der Art der Verkörperung (etwa auf Papier, Filmrolle, Tonträger o. Ä.) unterscheiden lassen.

1159 Vgl. zur Problematik OLG Rostock, GRUR-RR 2008, S. 1 ff. Das OLG Rostock hat in der Entscheidung mit der h. M. (Verweise siehe dort) einen Schutz der streitbefangenen Web-Seite als Computerprogramm, als Werk der angewandten Kunst sowie als Multimediawerk abgelehnt. Kurioser Weise hat das Gericht dennoch die Urheberrechtsschutzfähigkeit bejaht, da die Webseite aufgrund ihrer Suchmaschinenoptimierung besonders gut bei Google zu finden sei. „Die Auswahl, die Einteilung und die Anordnung der Suchbegriffe aus der Alltagssprache auf den Webseiten und im Quelltext bilden hier die individuelle schöpferische Eigenheit des vom Kläger gestalteten Internetauftritts“, argumentiert das Gericht für den Schutz der Seite als Sprachwerk. Vgl. zur Thematik auch *Lehmann/Tucher*, CR 1999, S. 700 (703 ff.).

(wie etwa bei den Computerprogrammen) oder – vor allem – solche benötigt werden<sup>1160</sup>.

Eine Anpassung der Kategorisierungsmethoden wird dennoch weder geplant noch – ersichtlich – diskutiert. Auch im digitalen Bereich ist es für die Abgrenzung der einzelnen Werkarten entscheidend, auf welche Art und Weise der dem Werk innewohnende geistige Gehalt zur Rezeption durch die Sinne ausgedrückt wird<sup>1161</sup>.

Die Digitalisierung<sup>1162</sup> fällt dabei nicht etwa unter ein eigenes Verwertungsrecht, sondern wird als Vervielfältigung qualifiziert<sup>1163</sup>. Es ist sogar umstritten, ob hierin – an sich – eine eigenständige Nutzungsart liegt<sup>1164</sup>. Die gleiche technische Neutralität weist das Urheberrechtsgesetz gegenüber den anderen Verwertungsrechten und weit

1160 Gravierend ist dieses Problem v. a. in Bezug auf den Schutz technischer Maßnahmen nach den §§ 95a ff. UrhG. Dieser gilt gem. § 69a Abs. 5 UrhG ausdrücklich nicht für Computerprogramme, was zu erheblichen Abgrenzungsproblemen führt, soweit es die Nutzung von „Multimediawerken“ angeht, bei denen Software mit anderen Werkgattungen kombiniert wird. Ob z. B. von kopiergeschützten Computerspielen Sicherungskopien angefertigt werden dürfen oder nicht, hängt im Zweifel davon ab, ob die Frage nach den §§ 69a ff. oder den 95a ff. UrhG beurteilt werden muss. Das Gesetz äußert sich jedoch nicht zu dieser Abgrenzungsproblematik. Vgl. hierzu ausführlich *Kreutzer*, CR 2006, S. 804 ff. und CR 2007, 1 ff.

1161 So wird beispielsweise bei Sprachwerken ein begrifflicher Inhalt durch das Mittel der Sprache ausgedrückt. Die Unterscheidung der speziellen Formen von Sprachwerken erfolgt sodann nach der Art des begrifflichen Inhalts, wie etwa bei der Abgrenzung zwischen literarischen Werken und wissenschaftlichen Sprachwerken oder Computerprogrammen und Reden. Dagegen drücken Werke der Musik einen durch Hören erfassbaren Inhalt durch Klangfolgen und/oder Geräusche aus vgl. *Rehbinder*, Rdnr. 163 und 175.

1162 Digitalisierung bedeutet die Umwandlung bestehenden (analogen) Materials in Bits und Bytes (Vgl. *Lehmann* in *Cyberlaw*, S. 25 (26), m. w. Nachw.; *Plate* in *Götting* (Hrsg.), S. 5 (7 f.)). Ein Beispiel für die Digitalisierung ist das Scannen. „Digitaltechnik“ ist kein einheitlicher Begriff. Man kann dieser verschiedene Charakteristika zuordnen und dies in einem „3-Schichten-Modell“ veranschaulichen. Dabei reicht das Anwendungsgebiet der Digitaltechnik von der Herstellung über die Fixierung bis zur Verteilung von Inhalten. Bei der Herstellung kommt die Aufnahme- und Wandlertechnik zum Einsatz, für die Fixierung sorgt die Speichertechnik und die Verteilung der Inhalte besorgt die Übertragungstechnik. Zu Einzelheiten vgl. *Thurrow* in *Becker/Dreier*, S. 77 ff. Auch aus der Sicht der urheberrechtlichen Bewertung ist eine solche Aufteilung in die drei Schichten sinnvoll, da man die einzelnen urheberrechtlich relevanten Schritte der digitalen Verwertung analog des chronologischen Ablaufs solcher Nutzungsvorgänge beschreiben kann. So spielt die Aufnahmetechnik besonders bei der Werkherstellung eine Rolle, die Fixierungstechnik dient der Vervielfältigung von Werken und der Übertragungstechnik bedient man sich zur Verbreitung oder zur öffentlichen Wiedergabe des Inhalts.

1163 Allgemeine Ansicht, vgl. nur *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 16, Rdnr. 2; *Schricker/Loewenheim*, § 16, Rdnr. 18; *Schack*, Rdnr. 417; *Loewenheim* in *Loewenheim/Koch*, Online-Recht, S. 299; ders., GRUR 1996, S. 830 (834); *Lehmann* in *Cyberlaw*, S. 57 (58); *Schwarz* in *Becker/Dreier* (Hrsg.), S. 105 (110); *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 27 f.; ders. GRUR 2001, S. 193 (197).

1164 Hierfür wohl *Dreier/Schulze-Schulze*, § 31, Rdnr. 46; dagegen *Schwarz*, GRUR 1996, S. 836 (837).

gehend auch den Schrankenregelungen auf. Zwar wurde mit dem „Recht auf öffentliche Zugänglichmachung“ in § 19a UrhG durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ ein auf digitale Vermittlungsformen zugeschnittenes Verwertungsrecht geschaffen. Spezielle Fragen der digitalen Verwertung, z. B. ob der Erschöpfungsgrundsatz auf immaterielle Werkstücke Anwendung finden soll, wurden hierbei jedoch nicht geklärt<sup>1165</sup>. Soweit die Schrankenvorschriften überhaupt Anpassungen an das „digitale Zeitalter“ erfahren haben, galt dies stets nur, um diese angesichts der Vulnerabilität digitaler Werkstücke zurückzudrängen<sup>1166</sup>. Dass sich aus der Digitaltechnik auch für Rechtsinhaber neue Möglichkeiten ergeben, wurde bei den bisherigen Gesetzesreformen indes nicht berücksichtigt<sup>1167</sup>.

Es zeigt sich also, dass das Urheberrecht, obgleich es in erheblichem Maße über technische Vorgänge und Gegenstände bestimmen soll, sich weit gehend technikneutral präsentiert. Dies hat zumindest prinzipiell den Vorteil, dass das Recht gegenüber technischen Veränderungen neutral ist und damit anpassungsfähig bleibt. Dennoch: Eine diesbezügliche Anpassung der geltenden Regelungen erscheint in mancher Hinsicht sinnvoll. Wie an den im Folgenden genannten Beispielen des Schutzes von Computergrafiken und Multimediawerken deutlich werden sollte, kann das Festhalten an den geltenden Regeln v. a. bei digitalen Werkformen zu praktischen Problemen und Regelungslücken führen.

## 2) Computergrafiken

Computergrafiken, die im elektronischen Verkehr – auch und vor allem im nichtgewerblichen Bereich – massenhaft und ständig eingesetzt werden (sog. „Gebrauchsgrafiken“), sind als Werke der angewandten Kunst grundsätzlich dem Urheberrechtsschutz zugänglich<sup>1168</sup>. Es gelten hier die allgemeinen Regeln, also insbesondere das Erfordernis einer persönlich geistigen Schöpfung. Aufgrund der Zuordnung zu § 2 Abs. 1 Ziff. 4 UrhG (also zu den Werken der angewandten Kunst) gelten

1165 Siehe zu dieser Problematik ausführlich *Kreutzer*, Verbraucherschutz, S. 76 ff. m. w. Nachw. Vgl. zur Entwicklung im europäischen Recht unten, Punkt IV.B.4.e).

1166 So z. B. die Schranken für Computerprogramme in § 69d UrhG, für elektronische Datenbanken in § 53 Abs. 5 und § 87c UrhG oder für die das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) oder die Ausgrenzung der digitalen Privatkopie aus dem Katalog durchsetzungsfähiger Schranken in § 95b Abs. 1 Nr. 6 UrhG (privilegiert sind hierdurch nur „analoge“ Vervielfältigungen).

1167 Siehe zum Aspekt der Zurückdrängung der Schranken unten, Punkt IV.B.4).

1168 Vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 156 und 159; *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 164 ff; *Schlatter* in *Computerprogramme II*, Rdnr. 90.

diesbezüglich jedoch strenge Anforderungen an die Gestaltungshöhe<sup>1169</sup>. Angesichts der heutigen Möglichkeiten, Computergrafiken mit speziellen Programmen zu erstellen, die selbst dem ungeschulten Laien erlauben, seine Webseite, seine Einladungskarten oder seinen Bildschirm zu gestalten, ohne dass es dafür spezieller Fähigkeiten bedarf, wird ein großer Anteil der erzeugten Grafiken an der Schöpfungshöhe scheitern<sup>1170</sup>. Denn hierbei wird es sich zumeist um Durchschnittsgestaltungen handeln, die das Alltägliche und Handwerksmäßige (v. a. aus Sicht eines professionellen Grafikers) nicht „deutlich überragen“<sup>1171</sup>.

Damit fehlt es diesen zahlenmäßig überaus relevanten Geisteserzeugnissen zumeist an einem effektiven Schutzrecht. Dies muss aus Sicht der Informationsvermittlung und -auffindung im nahezu unerschöpflichen Informationsraum Internet als Manko des Urheberrechts angesehen werden. Grafiken stellen das vorherrschende Gestaltungsmittel v. a. im WWW dar. Sie dienen dabei nicht nur der ansprechenden Gestaltung, sondern auch einer erleichterten Identifizierung, da sie einen wichtigen Wiedererkennungseffekt bei den Usern auslösen können. Dabei ist es für die Anbieter der Seiten meist von besonderer Bedeutung, dass Gestaltungsergebnisse, insbesondere, wenn diese auf einem bestimmten Stil des Anbieters (oder Gestalters, falls diese Personen nicht identisch sind) beruhen, nicht von anderen kopiert werden, da dann Wiedererkennungs- und Identifikationseffekt verloren gehen. Oft werden durch solche Vorgehensweisen wettbewerbs- oder markenrechtliche Interessen konkurrierender Anbieter betroffen sein, daneben geht es jedoch gerade den noch in der Überzahl anzutreffenden privaten, nichtkommerziellen Anbietern darum, ihre Seiten, zu welchem Zweck auch immer, zu Popularität zu verhelfen.

Besonders im privaten, nichtkommerziellen Bereich der Informationsvermittlung über das Internet wäre ein urheberrechtlicher Schutz jedoch von besonderer Bedeutung. Selbst wenn gewerbliche Schutzrechte hier einmal ergänzend zur Verfügung stünden<sup>1172</sup>, haben diese Rechte für die Urheber und Verwerter im nichtgewerblichen Bereich den Nachteil, Registerrechte zu sein, die regelmäßig<sup>1173</sup> nur durch Ein-

1169 Vgl. v. a. LG Köln, Urteil vom 21.04.2008, Az. 28 O 124/08, abrufbar unter [http://mediennet-und-recht.de/pdf/VT\\_MIR\\_2008\\_230.pdf](http://mediennet-und-recht.de/pdf/VT_MIR_2008_230.pdf) (zuletzt abgerufen am 28.07.2008). Siehe hierzu auch oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(3).(b).(dd). und *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 160.

1170 Vom Urheberrechtsschutz scheiden nach geltender Auffassung diejenigen Formelemente aus, die auf bekannte, technisch vorgegebene oder allgemein übliche Vorbilder zurückgehen, vgl. BGH GRUR 1974, S. 740 (742); GRUR 1979, S. 332 (336) – Brombeerleuchte.

1171 Eben dies fordert der BGH jedoch für den urheberrechtlichen Schutz von Werken der angewandten Kunst, vgl. GRUR 1995, S. 581 (582) – Silberdistel).

1172 Wie die Bezeichnung „gewerbliche Schutzrechte“ bereits impliziert, sind diese gerade nicht auf den privaten Verkehr zugeschnitten. Aufgrund deren Ausrichtung auf den gewerblichen Bereich dürfte der Schutz durch Marken- oder Gebrauchsmusterrecht – neben den praktischen Nachteilen – für Privatleute auch inhaltlich kaum die gewünschte Wirkung entfalten.

1173 Eine Ausnahme ist die durch Benutzung erworbene Marke (vgl. §§ 4 Nr. 2, 12 MarkenG).

tragung entstehen. Diese und andere Besonderheiten lassen den Rückgriff auf gewerbliche Schutzrechte hier kaum effektiv erscheinen.

Da – wie gesehen – dennoch ein Schutzbedürfnis, u. U. auch eine Schutzwürdigkeit, auf Seiten der Urheber bestehen kann, zeigt sich ein gewisses Defizit, das zum einen durch die Handhabung der geltenden Normen des Urheberrechts, zum anderen aber auch durch das undifferenzierte Regelungskonzept hervorgerufen wird. So erschiene schon auf den ersten Blick die unangepasste Anwendung des sehr weit gehenden Urheberrechtsschutzes (z. B. der allgemeinen Schutzdauer) für derlei schnelllebige Produkte kaum angemessen und ebenso wenig bedarfsgerecht (z. B. in Bezug auf den Grundsatz der Unübertragbarkeit oder das Urheberpersönlichkeitsrecht). Dies heißt jedoch nicht, dass ein der Sache entsprechender Rechtsschutz nicht angemessen und notwendig erscheinen könnte.

Hieran zeigt sich, dass das Urheberrecht bei sich wandelnden Interessen keineswegs immer der ihm neuerlich zugeordneten Funktion als Universalschutzrecht gerecht wird.

### 3) Digitale Multimediawerke

Auch bei dem Schutz von Multimediawerken stellt sich das Problem einer sinngeordneten Einordnung in das geltende Urheberrecht. Fraglich ist hier – anders als bei den Gebrauchsgrafiken – weniger die eigentliche Entstehung des Schutzrechts als vielmehr die Ausgestaltung eines angepassten Urheberrechtsschutzes. Multimediaproduktionen weisen im Vergleich zu anderen Geisteserzeugnissen Besonderheiten auf, aus denen spezielle Anforderungen an einen effektiven Schutz erwachsen.

Aus der Digitaltechnik ergeben sich für die Erzeugung von Multimediawerken<sup>1174</sup> neue Möglichkeiten. Aufgrund der Einheitlichkeit des digitalen Formats können komplexe Verbindungen unterschiedlichster Werkarten mit (gleich bleibend) hoher Qualität hergestellt werden<sup>1175</sup>. Die Digitaltechnik ermöglicht zudem, das Multime-

1174 Eine allgemeine Definition von Multimedia ist nicht existent und dürfte auch schwer realisierbar sein. Das Phänomen Multimedia tangiert die verschiedensten Bereiche (vgl. *Salmony* in *Cyberlaw*, S. 1 (2); *Ockenfeld/Wetzel*, CR 1993, S. 385 ff. (385); *Zscherpe* in *Hoeven/Queck* (Hrsg.), S. 190 (190 f.); *Plate* in *Götting* (Hrsg.), S. 9; *Wachter*, GRUR Int. 1995, S. 860 (860). Aus Sicht des Urheberrechts jedoch sind Multimediawerke Geistesschöpfungen in digitaler Form, die verschiedene Werkarten (wie z. B. Sprach-, Lichtbild-, Musik- und/oder Filmwerke), genauer, verschiedene Ausdrucksformen in sich vereinen. So z. B. auch *Schack*, Rdnr. 217; ders. MMR 2001, S. 9 (10 f.); *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 14 ff.; *Wiebe/Funkat*, MMR 1998, S. 69 (69); *Davis*, GRUR Int. 1996, S. 888 (890); *Becker*, ZUM 1995, S. 231 (238); *Wachter*, GRUR Int. 1995, S. 860; *Plate* in *Götting* (Hrsg.), S. 9.

1175 Beispiele für digitale Multimediawerke können etwa digitale Enzyklopädien, Computer- oder Videospiele mit eingebauten Filmsequenzen oder multimediale eBooks sein.

diaprodukt interaktiv auszugestalten und den Nutzer in die Lage zu versetzen, auf dessen Funktionen selbst einzuwirken.

Die Besonderheit und damit – wie sich noch herausstellen wird – auch das praktische Problem bei Multimediawerken, liegt darin, dass diese aus einer Vielzahl von Einzelteilen bestehen, die wiederum regelmäßig von einer großen Anzahl von Urhebern geschaffen werden. Der „Produzent“ des Multimediaerzeugnisses hat sodann die Aufgabe, die Bestandteile zu einem Ganzen zusammenzufügen<sup>1176</sup>. Schwierigkeiten bereitet die Anwendung des Urheberrechtsschutzes weniger in Bezug auf die einzelnen Bestandteile. Diese weisen häufig jeweils einen eigenen Ausdruck und eine klar abgrenzbare Formgestaltung auf und können somit problemlos den herkömmlichen Werkgattungen zugeordnet werden. Fraglich bleibt jedoch, ob der Ersteller des Multimediawerkes selbst auch ein Recht erlangt und welchen urheberrechtlichen Regelungen dies unterfallen soll. Immerhin hat er an der Erstellung des Gesamtwerkes erheblichen Anteil, da er sowohl kreative Auswahl- und Zusammenstellungsleistungen erbringt als auch die erforderlichen Investitionen und zudem den häufig sehr hohen Organisationsaufwand trägt.

Unzweifelhaft ist lediglich, dass der Schutz des Multimediawerks, das – wie Film- oder Sammelwerke – ein Werkkompodium darstellt, keinen Einfluss auf die Rechte an den Bestandteilen haben kann<sup>1177</sup>. Erkennt man ein solches überhaupt an, muss das Urheberrecht am Multimediawerk auf den Gesamtgegenstand ausgerichtet sein<sup>1178</sup>. Auch diesbezüglich lassen sich Parallelen zum Filmurheberrecht erkennen<sup>1179</sup>.

1176 Siehe zu den hieraus erwachsenen Problemen beim Lizenzmanagement unten Teil 3, Kapitel 2, Punkt I.B).

1177 Das Multimediawerk verbindet seine Bestandteile in besonderer, nahezu „symbiotischer“ Art und Weise. Diese ergänzen und bedingen einander, was zu einem besonderen Gesamtdruck durch die Verschmelzung der Bestandteile führt. Das Multimediawerk bildet so einen eigenständigen, von den verwendeten (vorbestehenden) Werken unabhängigen Schutzgegenstand.

1178 *Schack*, MMR 2001, S. 9 (12); ders.: Rdnr. 217; *Schricker* in Informationsgesellschaft., S. 32; Man muss beim Multimediawerk also verschiedene „Schichten“ an geschütztem Material unterscheiden. Diese „schutzgegenständliche Mehrschichtigkeit“ besteht bei den Multimediawerken aus den aufgenommenen Werken und dem Multimediawerk als solchem in seiner „strukturierten Gesamtheit“. Als eine dritte Schicht könnten dann noch die der Multimediaanwendung zugrunde liegenden Computerprogramme qualifiziert werden, vgl. *Saake* in *Götting* (Hrsg.), S. 23. Wenn im Folgenden die Rechte an Multimediawerken angesprochen werden, sind damit nur die Rechte an diesen Werken als solche gemeint. Nicht behandelt wird die Frage der Rechte an den vorbestehenden Werken. Hier ergeben sich keine urheberrechtlichen Besonderheiten.

1179 Gegenüber den Filmwerken weist das Multimediawerk (u. a.) die Besonderheit auf, dass die einzelnen Bestandteile interaktiv nutzbar und mit elektronischen Verweisen verknüpft sind, sodass ein Zugriff, ein Wechsel von einem zum anderen Bestandteil, in jede Richtung funktioniert.

Es stellt sich daher die Frage, ob Multimediawerke mit anderen „Kombinationswerkarten“, also insbesondere Filmen und Datenbankwerken, gleichgestellt oder zumindest analog behandelt werden können. Dies ist von praktischer Relevanz v. a. in Bezug auf die Filmwerke, da für diese z. T. wichtige Sondervorschriften gelten<sup>1180</sup>. Vor allem eine Anwendung der §§ 88 – 90 UrhG<sup>1181</sup>, die dem Filmproduzenten das Lizenzmanagement und die Auswertung seiner Erzeugnisse erleichtern sollen, wäre für die Hersteller von Multimediaproduktionen von großem Vorteil.

Die Zuordnung der Multimediawerke zu den bislang geregelten (Einzel-)Werkgattungen erscheint zunächst deshalb schwierig, da eine Unterscheidung nach dem für die jeweilige Werkkategorie typischen Stil- oder Ausdrucksmittel hier nicht möglich ist. Dies ist darauf zurückzuführen, dass in Multimediawerken – anders als bei anderen Werkarten, die sich über ein spezielles Ausdrucksmittel definieren, wie Sprach-, Musik- oder wissenschaftliche Werke – die Ausdrucksmittel beliebig kombiniert werden können<sup>1182</sup>. Eine Qualifikation als Sprach- oder Musikwerk kommt daher schon von vornherein nicht in Frage.

Aber auch gegenüber den anderen „Kombinationswerkarten“, wie wiederum den Filmen, bestehen wesentliche Unterschiede. Filmwerke definieren sich über die besondere Art des Ausdrucksmittels, in diesem Fall durch das bewegte Bild<sup>1183</sup>. Bei den Multimediawerken existiert kein typisches Ausdrucksmittel, daher muss jeder Versuch einer hieran anknüpfenden abstrakt-generellen Definition misslingen. Ein virtuelles Lexikon etwa bedient sich vieler Ausdrucksmittel, keines davon ist jedoch allgemein typisch für den – sehr amorphen – Bereich der Multimediawerke. Im Gegensatz zu „dem Film“, ist „das Multimediawerk“ keine homogene Werkart, sondern ein Gattungsbegriff, dessen Erscheinungsformen vielfältig sind. Diese Vielfältigkeit wird durch die Digitalisierung ermöglicht, die ihrerseits den Effekt hat, durch Ausgabetechnologien (wie einen Computer oder eine Spielkonsole) vermittelt wer-

1180 Neben der anscheinenden Wesensverwandtheit mit Filmen, weisen Multimediawerke auf den ersten Blick auch Parallelen zu den Computerprogrammen (§§ 69a ff.), den Sammelwerken (§ 4), Bearbeitungen (§ 3) und den Werkverbindungen (§ 9) auf (vgl. *Dreier in Becker/Dreier*, S. 123 (140)). Siehe hierzu unten, Fn. 1193.

1181 Durch diese Vorschriften werden zu Gunsten des Produzenten und zu Lasten der Urheber vorbestehender- (sog. Stoffwerkautoren, z. B. Drehbuchautor) und für die Produktion geschaffener Werke (z. B. Schnitt, Regie, Kulissen etc.) sowie der Leistungsschutzberechtigten (z. B. Schauspieler, Tonträgerhersteller) umfangreiche Vermutungen hinsichtlich der Rechtseinkräumung geregelt. § 90 UrhG schafft zudem Erleichterungen im Urhebervertrags- und im Urheberpersönlichkeitsrecht.

1182 Nur für den Fall, dass sich das digitale Werk nur eines einzigen Ausdrucksmittels bedient, ist die rechtliche Einordnung unter den Werkkatalog des § 2 Abs. 2 UrhG ohne Weiteres möglich. Vgl. etwa die Argumentation des LG Köln, Urteil vom 21.04.2008 – Az. 28 O 124/08 ([http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT\\_MIR\\_2008\\_230.pdf](http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT_MIR_2008_230.pdf)), das ein virtuelles Second-Life-Modell des Kölner Doms als Werk der angewandten Kunst ansieht und eine Einordnung unter die ungeregelte Werkkategorie des Multimediawerks ablehnt.

1183 *Rehbinder*, Rdnr. 201; *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 185.

den zu können, die ein nahezu unbegrenztes Spektrum an Ausdrucksformen beherrschen.

Angesichts der ansonsten in vielen Aspekten mit den Filmwerken gleichgelagerten Problematik (s. u.) wurde erwogen, Multimediawerke generell als filmähnliche Werke i.S.d. § 2 Abs. 1 Ziff. 6 UrhG zu qualifizieren und auf die Einführung einer neuen Werkart *de lege lata* zu verzichten<sup>1184</sup>. Allerdings entspräche eine pauschale Qualifikation der Multimediawerke als filmähnliche Werke nicht dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 6 UrhG<sup>1185</sup>. Filmähnliche Werke sind hiernach Werke, die „ähnlich wie Filme geschaffen werden“. Auch wenn man annimmt, dass diese Ähnlichkeit weder durch die Aufnahmetechnik noch das Trägermaterial begründet werden muss und den Filmbegriff weit auslegt<sup>1186</sup>, fehlt es hier doch an der werkarttypischen Verwendung filmischer Gestaltungsmittel<sup>1187</sup>, also einer Gestaltung von Bild- und Tonfolge<sup>1188</sup>. Dies kann bei einem Multimediawerk dominantes Stilmittel sein, stellt aber nicht einmal den Regelfall dar. Auch eine weitere Besonderheit des Films, die darin liegt, dass ein vorbestimmter Geschehensablauf in Form einer Bildfolge dem Konsumenten zur passiven Nutzung durch Auge und Ohr vermittelt wird, trifft wegen der Interaktivität der meisten Multimediawerke nicht zu<sup>1189</sup>. Im Übrigen würde die Qualifizierung als filmähnliches Werk den Multimediaproduzenten nicht viel weiter helfen. Eine gesetzlich gestützte Zentralisierung der Rechte beim Produzenten, wie sie durch die §§ 88 ff. UrhG regelmäßig herbeigeführt wird<sup>1190</sup>, kommt den filmähnlichen Werken nicht zugute. Nach h. M. finden diese Sonderregelungen auf filmähnliche Werke keine Anwendung<sup>1191</sup>.

Es zeigt sich hieran bereits, dass eine pauschale Zuordnung der Multimediawerke zu einer bestimmten Werkart aufgrund ihrer Multiformität kaum zu gerechtfertigten

1184 *Hoeren*, CR 1994, 390 (391 ff.); differenzierend *Dreier/Schulze-Schulze*, § 2, Rdnr. 243. Dagegen *Schack* Rdnr. 217 und MMR 2001, S. 9 (12), (jeweils zu Webseiten), der sich für eine neue Werkart ausspricht.

1185 Ebenso *Schack*, Rdnr. 217; ders. MMR 2001, S. 9 (12), Fn. 48.

1186 Vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 2, Rdnr. 182.

1187 Nach BGHZ 26, S. 52 (55) – Sherlock Holmes, ist die Verfilmung eine Umsetzung, hier eines Sprachwerkes, in eine bewegte Bilderfolge mit Hilfe filmischer Gestaltungsmittel.

1188 *Rehbinder*, Rdnr. 202.

1189 Hierin sieht auch *Schack*, Rdnr. 217 einen wesentlichen Unterschied zwischen beiden Formen.

1190 Der Sinn und Zweck dieser Sondervorschriften liegt gerade darin, dem Filmhersteller die Amortisation seiner hohen Investitionen zu sichern. Dies wird durch die gesetzliche Vermutung bewirkt, dass die mannigfaltig in die Filmproduktion eingeflossenen und hier verwendeten Rechte der verschiedenen Filmschaffenden und anderer Urheber, in seiner Hand vereint sind (Motive, UFITA 45 (1965), S. 249 und 316).

1191 Die h. M. ist der Ansicht, dass es sich bei den §§ 88 ff. UrhG um Ausnahmeregelungen handelt, die restriktiv und damit allein auf Filme (und Laufbilder, vgl. § 95 UrhG.) anwendbar seien (vgl. statt vieler *Dreier/Schulze-Schulze*, vor §§ 88 ff., Rdnr. 4 m. w. Nachw.).

Ergebnissen führen wird<sup>1192</sup>. Dies gilt nicht nur in Bezug auf deren mögliche Qualifikation als Filmwerke, sondern auch auf alle anderen, augenscheinlich u. U. nahe liegenden Parallelen<sup>1193</sup>.

Damit ist die Rechtslage für den Produzenten eines Multimediawerkes unsicher. Er kann sich einerseits keiner klar definierbaren eigenen Rechtsposition sicher sein, was zu einer potenziellen Gefährdung für die erbrachten Investitionen führt. Andererseits – und hiermit geht die Unsicherheit über die Einordnung des Multimediawerks einher<sup>1194</sup> – ist er in Bezug auf die Bestandteile auf den Erwerb der Rechte von allen gestalterisch Beteiligten und an allen Beiträgen nach dem allgemeinen Urhebervertragsrecht angewiesen, will er sich nicht – entgegen der ganz h. M.<sup>1195</sup> – auf eine mögliche analoge Anwendbarkeit der §§ 88 ff. UrhG verlassen. Diese komplizierte und vage urheberrechtliche Situation wird dadurch verschärft, dass dem Multimediaproduzenten – anders als dem Filmhersteller (siehe § 94 UrhG) –

1192 Hiermit ist nicht gesagt, dass eine Zuordnung zu den filmähnlichen Werken im Einzelfall nicht denkbar ist. Sachlich zutreffend erschiene dies v. a. dann, wenn ein Multimediawerk vorrangig aus Filmsequenzen besteht, ähnlich z. B. Computerspielen, die z. T. auch als filmähnliche Werke angesehen werden. Vgl. hierzu *Schricker/Katzenberger*, vor §§ 88 ff., Rdnr. 46; *Schack*, Rdnr. 217; A. A. *Saake* in *Götting* (Hrsg.), S. 29. Allerdings führt diese Ansicht zu praktischen Problemen, da sie nicht ausreichend berücksichtigt, dass Computerspiele vorrangig aus Computerprogrammen bestehen und als solche genutzt werden. Vgl. hierzu *Kreutzer*, CR 2008, S. 1 ff. (passim).

1193 Eine Vergleichbarkeit mit den Werkverbindungen gemäß § 9 UrhG wird in den meisten Fällen deshalb nicht gegeben sein, da sich diese durch eine nur lose Verbindung der einzelnen Bestandteile auszeichnen, die dazu führt, dass jeder Bestandteil selbstständig behandelt wird, da er trotz der Verbindung seine Eigenständigkeit behält (vgl. etwa *Schricker/Loewenheim*, § 9, Rdnr. 1 und 4). Auch eine generelle Qualifikation als Bearbeitungen der Bestandteile geht an dem eigentlichen Charakter des Multimediawerkes vorbei. Wenngleich eine Bearbeitung der Einzelwerke durch die Aufnahme in ein Multimediawerk durchaus stattfinden kann, liegt doch die maßgebliche Leistung des Multimediawerkurhebers weder in der Transkription von Werken in eine andere Werkart noch in einer sonstigen Formenwandlung oder sonstigen Umgestaltung oder Änderung des jeweiligen Inhalts. Mit anderen „Kombinationsformen“, wie Sammel-, Datenbankwerken oder Computerprogrammen bestehen zwar insofern Parallelen, als die schöpferische Leistung auch bei einer Multimediaproduktion häufig darin liegen wird, vorbestehende Elemente einer individuellen Anordnung, Auswahl, Strukturierung und/oder Darstellung zuzuführen (vgl. *Schricker* in *Informationsgesellschaft*, S. 42). Auch in diese Richtung scheint eine pauschale Einordnung jedoch nicht angezeigt. Der Schutz der besonderen Auswahl und Anordnung der Bestandteile kann solche Fälle nicht erfassen, in denen die schöpferische Leistung – und damit die Schutzbedürftigkeit – eines Multimediawerkes auf anderer Ebene, z. B. in der besonderen Gestaltung der Benutzeroberfläche zu suchen ist (so auch *Saake* in *Götting* (Hrsg.), S. 30; *Schricker* in *Informationsgesellschaft*, S. 41 f.).

1194 Da nicht klar ist, ob die §§ 88 ff. im Einzelfall Anwendung finden.

1195 *Dreier*, Gutachten, S. 20 und 32; *Katzenberger* in *Informationsgesellschaft*, S. 215 f.; *Schricker/Katzenberger*, vor §§ 88 ff., Rdnr. 46; a. A. ist *Schack*, Rdnr. 217, der meint, aufgrund der Ähnlichkeit von Film- und Multimediawerken sei eine analoge Anwendung der §§ 88 ff. UrhG jedenfalls nicht generell ausgeschlossen.

timediaproduzenten – anders als dem Filmhersteller (siehe § 94 UrhG) – kein eigenes Leistungsschutzrecht zusteht.

Es stellt sich damit die Frage, ob der Schutz von Multimediawerken nicht eine weiter gehende Differenzierung erfordert, als dies durch das geltende Urheberrechtsmodell ermöglicht wird. Es handelt sich hierbei nur um ein Beispiel für neue Werkformen, die zwar aufgrund der Offenheit des Urheberrechts gegenüber neuen Schutzgegenständen generell einem Schutz zugänglich sind, einen solchen in adäquater Form jedoch nicht durch das geltende Recht erfährt. Inwiefern dies zu praktischen Problemen führt, ist Gegenstand der Ausführungen in Teil 3<sup>1196</sup>.

## B) Die Expansion des Urheberrechts

Beleuchtet man die Entwicklung des Urheberrechts in neuerer Zeit, zeigt sich, dass dies – wie auch andere Immaterialgüterrechte<sup>1197</sup> – immer mehr ausgeweitet wird<sup>1198</sup>. Diese Ausweitung hat dazu geführt, dass das Urheberrecht sich von seinen ursprünglichen Zielen und Zwecken immer weiter entfernt hat. Es unterliegt damit einem stetigen Funktionswandel. Diese Tatsache manifestiert sich an verschiedenen Regelungaspekten, von denen im Folgenden einige genannt werden sollen.

1196 Siehe dort v. a. Kapitel 2 *passim*.

1197 So auch *Cornish* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 9 (9), der sich in diesem Artikel sehr instruktiv mit Ursache und Wirkung der Expansion der Immaterialgüterrechte auseinandersetzt. Er bezeichnet die gegenwärtige Situation der Entwicklung der Schutzrechte als „*An age of expansion*“ und umschreibt dies wie folgt (S. 9): „*We are in full flush of an expansion of IPRs, after a quarter-century – the Age of the New International Economic Order – where comparatively little happened, certainly little that was strikingly new.*“

1198 So z. B. auch *Dreier/Schulze-Dreier*, Einleitung, Rdnr. 40; *Kreutzer*, Spannungsfeld, S. 109 (112); ders. Geistiges Eigentum, S. 8; *Cornish* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 9 (9); *Peukert* in *Hilty/Peukert*, S. 11 (11); *Beldiman* in *Hilty/Peukert*, S. 187 ff. (*passim*). Vgl. zu der, diesen Effekt verstärkenden Praxis der Ausweitung von Schutzrechten durch Verträge, insbesondere allgemeine Geschäftsbedingungen, z. B. *Kreutzer*, Verbraucherschutz, *passim*, z. B. S. 8.

## 1) Die faktische Ausweitung des Urheberrechtsschutzes auf die reine Benutzung digitaler Werke mittels datenverarbeitender Technologie

### a) Vervielfältigungsrecht und Benutzung digitaler Werke

Durch die Richtlinie 2001/29/EG wurde in der EU der Vervielfältigungsbegriff harmonisiert<sup>1199</sup>. Damit gilt nunmehr in allen Mitgliedstaaten ein sehr weit gehendes Verständnis des Vervielfältigungsrechts, das auch flüchtige und rein technisch bedingte (Zwischen-)Speicherungen erfasst. Diese Vorgabe hat Folgen. Versteht man das Vervielfältigungsrecht derart extensiv, führt dies bei der Verwendung digitaler Werkstücke faktisch zur Ausweitung des Urheberrechtsschutzes auf den Konsum, d. h. die bestimmungsgemäße Benutzung des Werkes<sup>1200</sup>. Dies hat zur Folge, dass die reine Rezeption geschützter Werke, die bisher ohne Weiteres frei war, unter die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers fällt. Während also analoge Werkexemplare wie Schallplatten, Bücher, Filme, Gemälde oder Lichtbilder beliebig oft und an jedem Ort gehört, gelesen oder angesehen werden können, muss der Nutzer für entsprechende Vorgänge bei digital gespeicherten Werken Vervielfältigungsrechte – jedenfalls theoretisch – erwerben. Dies bedeutet nicht nur eine massive Ausweitung des Urheberrechts zu Lasten des ungeschützten Bereichs, sondern führt gleichermaßen zu einem Paradigmenwechsel im Urheberrecht.

1199 In Art. 2 der Richtlinie wird das Vervielfältigungsrecht folgendermaßen geregelt: *„Die Mitgliedsstaaten sehen für folgende Personen das ausschließliche Recht vor, die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten: a) für die Urheber in Bezug auf ihre Werke, b) für die ausübenden Künstler in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Darbietungen, c) für die Tonträgerhersteller in Bezug auf ihre Tonträger, d) für die Hersteller der erstmaligen Aufzeichnungen von Filmen in Bezug auf das Original und die Vervielfältigungsstücke ihrer Filme, e) für die Sendeunternehmen in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Sendungen, unabhängig davon, ob diese Sendungen drahtgebunden oder drahtlos, über Kabel oder Satellit übertragen werden.“* Auch nach geltendem Recht geht man von einem weiten Vervielfältigungsbegriff aus. Hiernach ist Vervielfältigung *„jede körperliche Festlegung eines Werks, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen“*, vgl. etwa BGH GRUR 1991, S. 449 (453) – Betriebssystem, m. Anm. v. Gravenreuth; Schricker/Loewenheim, § 16, Rdnr. 2 und 6, jeweils m. w. Nachw. Eine Umsetzung der europäischen Vorgabe war angesichts dessen nicht notwendig.

1200 Hiermit gemeint ist der bloße „rezeptive Genuss“ eines Werkes im Gegensatz zu dem „aktiven Gebrauch“ (vgl. *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 15, Rdnr. 1). Dieser ist urheberrechtlich nicht geschützt, vgl. nur BGH GRUR 1994, S. 363 (354) – Holzhandelsprogramm.

Für die Benutzung digitaler Werke sind regelmäßig Vervielfältigungen erforderlich. Dies ergibt sich einerseits aus technischen, andererseits aus faktischen Notwendigkeiten.

So kommt es bereits beim Konsum digitaler Werke, soweit dieser unter Einsatz eines PCs und damit der Datenverarbeitung ist einem Mikroprozessor vorgenommen wird, ebenso wie bei Verwendung anderer Datenverarbeitungs- oder -übertragungstechnologien in den meisten Fällen zu flüchtigen (Zwischen-)Speicherungen im Arbeitsspeicher (RAM)<sup>1201</sup>. Sowohl beim *Browsing* im WWW, beim *Routing*<sup>1202</sup> oder beim *Browser-* oder *Proxy-Caching*<sup>1203</sup> als auch bei dem Ablauf eines Computerprogramms oder bei dem Abruf von Einträgen in einer elektronischen Datenbank werden vom Computer ephemere Kopien des Werkes im Arbeitsspeicher abgelegt<sup>1204</sup>.

1201 *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 175.

1202 Vgl. hierzu *Bechtold*, ZUM 1997, S. 436; *Loewenheim/Koch*, Online-Recht, S. 307.

1203 Hierbei wird zur Beschleunigung des erneuten Seitenaufbaus im WWW eine Kopie der Seite (und damit auch etwaigem geschützten Materials) im Arbeitsspeicher des PCs angelegt, welche beim Beenden des Programms gelöscht wird. Auch legt der Browser von den zuletzt aufgerufenen Seiten Kopien in einem bestimmten Cache-Speicher an, welche z. B. bei Netscape erst dann gelöscht werden, wenn der Speicher, dessen Größe vom Nutzer bestimmbar ist, voll ist. Das *Caching* wird auch von Internet-Providern genutzt, um die Kapazitäten der überlasteten Leitungen zu erweitern. Zu diesem Zweck legt der Provider auf einem sog. *Proxy-Server* eine Zwischenspeicherung der von seinen Usern abgerufenen Daten auf einem weiteren Speichermedium (als Spiegeldatei) an, auf die die Nutzer dann zugreifen können. Angesichts der wachsenden Frequentierung des Internets ist diese Dezentralisierung der Speicherorte unerlässlich, um den Datenfluss zu gewährleisten.

1204 Ausführlich hierzu *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 174 ff., der darauf hinweist, dass zwar regelmäßig, aber nicht in jedem Fall der Ablauf eines Computerprogramms mit einer Vervielfältigung im Arbeitsspeicher beginne. Dies sei z. B. nicht der Fall, wenn eine Kopie sich noch von einer früheren Nutzung im Arbeitsspeicher oder einem Festwertspeicher befindet, auf die der Computer zurückgreift. Siehe auch *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 30 ff. Einen weiteren Sonderfall bildet das Nutzungsmodell des *Application Service Providing* (ASP), auch als *Software as a Service* (SaaS) bezeichnet. Hierbei handelt es sich um eine Methode, Software nicht auf dem eigenen Rechner, sondern auf der Hardware eines Dritten ablaufen zu lassen. Eine Form dieses Konzepts bildet das sog. „Emulation-ASP“. Beim Emulations-ASP, das im Folgenden stellvertretend für derartige Nutzungsmodelle (vgl. zu den anderen Formen des ASP, *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, S. 81 (82) kurz ASP bezeichnet werden soll, erhält der Verwender eines Computerprogramms Zugriff auf den Server des Anbieters, auf dem allein das Programm abläuft (vgl. *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, S. 81 (82), *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, S. 75 (76)). Hierbei entstehen auf dem Rechner des Verwenders weder dauerhafte noch flüchtige Vervielfältigungsstücke. Die einzige Nutzung des Rezipienten der Dienstleistung liegt in der Bildschirmansicht und gegebenenfalls in der Steuerung des Ablaufs der Programmfunktionen. Zu diesem Zweck wird u. U. lediglich ein Browser, evtl. auch ein Steuerungsprogramm benötigt. Letzteres wird sich zwar auf dem Rechner des Nutzers befinden und dort ablaufen; dieses ist jedoch von dem gesteuerten Programm zu unterscheiden (so auch *Sedlmeier/Kolk*, ebd.). Das Konzept führt dazu, dass nicht die Vertei-

Dies mag bei der Verwendung digitaler Werke, die auf materiellen Werkträgern (etwa einer CD) gespeichert sind, nicht stets der Fall sein<sup>1205</sup>. Jedenfalls aber bei der Benutzung immaterieller Werkstücke, die nicht auf physischen Werkträgern in den Besitz des Nutzers gelangen, ist der Zusammenhang zwischen Rezeption und Vervielfältigungsrecht untrennbar. Erwirbt jemand beispielsweise eine Musikdatei bei einem kommerziellen Online-Dienst, muss er diese schon für die Primärnutzung auf seinem Computer downloaden, also vervielfältigen. Hat er die „Sachherrschaft“ über die Datei dann einmal erlangt, ist es dem Nutzer nicht möglich, hierüber frei zu verfügen, ohne sie zu vervielfältigen. Dies beginnt schon damit, dass der Speicherort – z. B. zu dem Zweck, das Musikwerk mit anderen technischen Geräten abspielen zu können – nur durch immaterielle Übertragung gerändert werden kann. Erforderlich ist hierfür wiederum eine Vervielfältigung, z. B. durch das Speichern auf einem Wechselmedium oder einem Datenträger. Dies wiederum ist Voraussetzung für die Nutzung auf einem anderen Gerät. Vergleicht man hiermit die Benutzung eines Buches, das einmal gekauft jederzeit und überall, so oft wie gewünscht gelesen werden kann, zeigt sich der Unterschied zwischen digitaler und analoger Nutzung sehr deutlich.

Die rechtliche Einordnung der genannten Kopiervorgänge ist eindeutig. Jede dieser „benutzungsinduzierten“ Vervielfältigungen – seien sie flüchtiger oder dauerhafter Natur – fallen unter das Recht des Urhebers aus § 16 Abs. 1 UrhG<sup>1206</sup>. Dies ergibt sich hinsichtlich der ephemeren Vervielfältigung von Computerprogrammen unmittelbar aus § 69c Ziff. 1 S. 2 UrhG<sup>1207</sup> und wurde auch bei anderen Werkarten stets von der wohl h. M. angenommen<sup>1208</sup>. Spätestens seit Verabschiedung der Richtlinie 2001/29/EG kann hieran kein Zweifel mehr bestehen<sup>1209</sup>.

lung geschützter Güter, wie es das Urheberrecht zum Vorbild hat, den Markt definiert, sondern der reine Zugang zu diesen. Die Bedeutung des Eigentums tritt auf diese Weise gegenüber der Nutzungsmöglichkeit in den Hintergrund (so auch *Czychowski/Bröcker*, ebd., S. 81).

1205 Auch bei dem Ablufenlassen von materiellen Datenträgern werden jedoch zumeist Daten in den Arbeitsspeicher überführt, um die Prozesse zu beschleunigen.

1206 Vgl. aus der neueren Rechtsprechung etwa OLG Hamburg MMR 2001, S. 533 f. – Roche Lexikon zur Nutzung von elektronischen Datenbankwerken.

1207 § 69d Abs. 1 UrhG relativiert dieses sehr weit gehende Zustimmungsbedürfnis mit einer Schranke. Diese greift, soweit die Vervielfältigung für eine bestimmungsgemäße Benutzung durch eine zur Verwendung der Software berechnete Person notwendig ist.

1208 Dies war vor Inkrafttreten der RL 2001/29/EG immerhin streitig. Nachweise zu diesem Meinungsstreit finden sich bei *Haberstumpf* in Computerprogramme, Rdnr. 117 ff. und bei *Schriker/Loewenheim*, § 16, Rdnr. 9; *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 164 ff.; offengelassen von BGH GRUR 1991, S. 449 (453) – Betriebssystem und BGH GRUR 1994, S. 363 (365) – Holzhandelsprogramm. Das Hauptargument für die Gegenansicht ist, dass die Speicherung im RAM nur der Nutzung des Programms diene und eine Erweiterung des Nutzerkreises oder der erlaubten Handlungen dadurch nicht statfinde. Die Erfassung der Speicherung im Arbeitsspeicher komme der urheberrechtlichen Erfassung der reinen Benutzung gleich, was systemfremd sei (so *Loewenheim* in FS v. *Gamm*, S. 423 (430 ff.). Nach *Dreier* in *Be-*

Der Einwand des Bundesgerichtshofs, dass zwischen dem eigentlichen Genuss und der hierfür notwendigen Vervielfältigung grundsätzlich zu unterscheiden ist<sup>1210</sup>, ist angesichts dieser technisch-faktischen Notwendigkeiten rein dogmatischer Natur. Für die betroffenen Nutzer ergibt sich hieraus kein Unterschied, wenn sich die bestimmungsgemäße Verwendung nur nach einer zustimmungsbedürftigen Vervielfältigung realisieren lässt. Man kann mithin jedenfalls von einer faktischen Ausweitung des Vervielfältigungsrechts auf die Benutzung sprechen<sup>1211</sup>. Diese hat zur Folge, dass für einen rezeptiven Genuss – soweit nicht Schrankenregelungen eingreifen – generell Nutzungsrechte erworben werden müssen<sup>1212</sup>.

b) Korrektur der faktischen Ausweitung des Urheberrechts auf die reine Benutzung durch Schrankenvorschriften?

#### aa) Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

Nach alter Rechtslage, also vor Inkrafttreten des „Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ im September 2003, wurde durch das Urheberrecht – abgesehen von der Bereichsausnahme des § 69d Abs. 1 UrhG, die al-

*cker/Dreier*, S. 123 (136) habe sich die Bewertung einzig an den Kontroll- und Partizipationsinteressen des Urhebers zu orientieren. Dieses dürfte z. B. bei der Entstehung von flüchtigen, immateriellen Vervielfältigungen im Rahmen eines zulässig vorgenommenen Übertragungsvorgangs über ein Datennetz und den hierbei automatisch erfolgenden Kopien kaum beeinträchtigt werden. Ähnlich argumentierte v. *Lewinski*, UFITA 136 (1998), S. 117, die die Ansicht vertrat, dass *Caching* und *Browsing* deshalb zustimmungspflichtig sein sollten, da die Zwischenspeicherung eine intensivere Nutzung des Werkes ermögliche.

1209 Siehe *Dreier/Schulze-Dreier*, § 44a, Rdnr. 1.

1210 Hiernach ist die bloße Benutzung eines Computerprogramms oder eines anderen digitalen Werkes an sich ebenso wenig zustimmungsbedürftig, wie die bloße Bildschirmansicht, BGH GRUR 1991, S. 449 (453) – Betriebssystem; BGH GRUR 1994, S. 363 (354) – Holzhandelsprogramm. Ebenso die h. M., vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 69c Rdnr. 10, *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 175 jeweils m. w. Nachw. Dagegen hatte *Kindermann*, GRUR 1983, S. 150 (161) seinerzeit gefordert, den bloßen Programmablauf eines Computerprogramms mittels einer extensiven Auslegung des Vervielfältigungsbegriffes zu erfassen.

1211 Siehe oben bei Fn. 1212 und 1210; so auch *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 175; *Schricker/Loewenheim*, § 69c, Rdnr. 10. Gleiches gilt auch für die Bildschirmansicht, vgl. *Marly*, ebd., S. 178; *Schricker/Loewenheim*, ebd.

1212 Dies gilt besonders für Computerprogramme. Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 77; OLG München, Urteil vom 03.07.2008, Az. 6 U 2759/07, S. 7 – UsedSoft. *Kindermann*, GRUR 1983, S. 150 (157) hebt hervor: „Das zur unmittelbaren Nutzung eines Computerprogramms notwendige Nutzungsrecht ist das Vervielfältigungsrecht in dem Umfang, in dem es der Kunde zum bestimmungsgemäßen Gebrauch des Programms benötigt.“

lein für Computerprogramme galt – keine Schrankenregelung vorgesehen, die benutzungsinduzierte Vervielfältigungen gestattet hätte. Dem nach h. M.<sup>1213</sup> sehr weiten Verständnis vom Vervielfältigungsbegriff stand damit insofern kein Korrektiv gegenüber.

Der Nutzer hätte sich damit einzig auf die allgemeine Privatkopierschranke in § 53 Abs. 1 UrhG berufen können, die allerdings keine Unterschiede zwischen benutzungsinduzierten und sonstigen Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch macht. Zwar gilt die Schranke generell auch für die digitale Privatkopie<sup>1214</sup>. Diese Gleichbehandlung kann jedoch angesichts des Umstandes, dass nur „*einzelne*“ Vervielfältigungsstücke angefertigt werden dürfen, bei benutzungsinduzierten Vervielfältigungen zu erheblichen Einschränkungen im Vergleich zur Benutzungsfreiheit im analogen Bereich führen. Als „normale“ Vervielfältigung muss jede, technisch oder faktisch erforderliche Kopie bei der Beurteilung, ob sich die Zahl der Vervielfältigungen noch im Rahmen des nach § 53 Abs. 1 UrhG Zulässigen hält, eingerechnet werden.

In Bezug auf die Frage, wie groß die Anzahl privater Kopien, die von einem einzelnen Werkexemplar angefertigt werden, sein darf, wird noch heute vielfach auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1977 verwiesen<sup>1215</sup>. Hiernach sollen maximal sieben Vervielfältigungsstücke zulässig sein. Obgleich diese Zahl nicht absolut zu verstehen ist, wird sie doch generell als Obergrenze angesehen<sup>1216</sup>. Bei der Beurteilung dieser zahlenmäßigen Beschränkung der Privilegierung ist zwar grundsätzlich zu berücksichtigen, wie viele Vervielfältigungsstücke für den Gebrauch in der Privatsphäre zur Befriedigung rein persönlicher Bedürfnisse erforderlich sind<sup>1217</sup>. Dennoch wird deutlich, dass im Zuge des privaten Gebrauchs eines digitalen Werkes mittels eines Computers mit der Zeit mitunter deutlich mehr als „*einzelne*“ Vervielfältigungsstücke erzeugt werden müssen. Dies wäre mit dem herkömmlichen Verständnis vom Umfang der Privatkopierschranke in § 53 Abs. 1 UrhG wohl nicht mehr vereinbar. Damit sind die Möglichkeiten einer Inanspruchnahme der Privatkopierschranke im digitalen Bereich aufgrund der nutzungsinduzierten Vervielfältigungen wesentlich eingeschränkt. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Besonderheiten digitaler Nutzung bei der Frage nach der zulässigen Anzahl von Pri-

1213 Nachweise s. o., Fn. 1208.

1214 Vgl. *Dreier* in Informationsgesellschaft, S. 165; *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (200). Auch der Gesetzgeber weist in der Begründung zum Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft ausdrücklich darauf hin, dass eine Ungleichbehandlung nicht gewollt ist (siehe BT-Drcks. 15/38, S. 20). Zur Klarstellung wurde in § 53 Abs. 1 UrhG die Formulierung „*auf beliebigen Trägern*“ eingefügt.

1215 Vgl. BGH GRUR 1978, S. 474 (475) – Vervielfältigungsstücke

1216 Vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 53, Rdnr. 14.

1217 So *Schricker/Loewenheim*, § 53, Rdnr. 14.

vatkopien zu berücksichtigen sind<sup>1218</sup>, verbleiben bei einer Anwendung von § 53 Abs. 1 UrhG auf digitale Nutzungsvorgänge und die hierbei entstehenden ephemeren Vervielfältigungen erhebliche Rechtsunsicherheiten<sup>1219</sup>.

1218 So Möhring/Nicolini-Decker, 2. Auflage, § 53 Rn. 8; in diese Richtung auch Loewenheim-Loewenheim, § 31 Rn. 22; Spindler, GRUR 2002, 105, 118. Es wird jedoch, unter Verweis auf den Umstand, dass digitale Vervielfältigungen keinen Qualitätsverlusten unterliegen, auch das Gegenteil vertreten, vgl. z. B. Stichelbrock, GRUR 2004, S. 736 (737); weitere Nachweise bei Schenk, Die digitale Privatkopie, S. 33.

1219 Wie viele Privatkopien eine Person genau anfertigen darf, ist Frage des Einzelfalls und entzieht sich einer abstrakten Beurteilung. In der bislang einzigen höchstrichterlichen Entscheidung entschied der BGH im Jahr 1978 zu dieser Frage, dass die Anfertigung von mehr als sieben Kopien eines Schulbuches zu Unterrichtszwecken nicht mehr von der Privatkopierschranke gedeckt sei (siehe BGH GRUR 1978, S. 474 ff. – Vervielfältigungsstücke; die ersichtlich einzigen instanzgerichtlichen Urteile, die sich mit diesem Problem beschäftigen, sind die beiden Vorinstanzen: LG Bremen GRUR 1976, S. 202 ff. sowie OLG Bremen JZ 1976, S. 597 ff.). Die Zahl Sieben hat sich seitdem in der Praxis als grundsätzlich zulässige Obergrenze eingespielt (Schricker/Loewenheim, § 53, Rn. 14). Allerdings steht die einschlägige Rechtsliteratur dieser Annahme weit überwiegend kritisch gegenüber und verweist auf den beschränkten Aussagegehalt des BGH-Urteils (zur Kritik: Loewenheim-Loewenheim, § 31 Rn. 22; Kress, Die private Vervielfältigung im Urheberrecht, 2004, S. 174 m. w. Nachw.). Eine absolute Aussage dahingehend, dass stets sieben Kopien zulässig seien, lässt sich dem Urteil auch nicht entnehmen (ganz h. M., so z. B. auch Röhl/Bosch, NJW 2008, S. 1415 (1416): „grobe Richtschnur für die Praxis“). Wie viele Vervielfältigungsstücke zulässig sind, hängt vielmehr davon ab, wie viele Kopien im jeweiligen Fall für die Befriedigung der rein persönlichen Bedürfnisse des Erstellers und der mit ihm privat verbundenen Personen benötigt werden (h. M., vgl. nur Schenk, Die digitale Privatkopie, S. 33). Die hiernach generell zulässige Zahl wird höchst unterschiedlich beurteilt. Die Ansichten gehen von „einer einzigen“, „einigen wenigen“ bis zu der Aussage: „während für den Gebrauch durch die eigene Person meist ein einziges Exemplar genügt, kann es für den Gebrauch im Familien- oder Freundeskreis erforderlich sein, dass jeder der Beteiligten ein Vervielfältigungsstück besitzt.“ (so Schricker/Loewenheim, § 53, Rn. 14. Vgl. ebd. auch zu den abweichenden Ansichten in der Rechtsliteratur). Manche Autoren halten mit Verweis auf die Gesetzesbegründung 1965 (BT-Drucks. IV/270, S. 73) eine Anzahl von 5-6 Kopien für zulässig (Nachweise bei Nippe, GRUR 1994, S. 888 ff.). In der (neueren) Gesetzesbegründung zum „I. Korb“ heißt es dagegen (BT-Drucks. 15/38, S. 39): „Es erscheint hingegen nicht sachgerecht, den Umfang privater Kopien per Gesetz quantitativ festzulegen. Maßgeblich ist nach geltendem Recht der jeweils mit der Vervielfältigung verfolgte Zweck im Einzelfall. Dessen Beurteilung in Zweifelsfällen muss der Rechtsprechung überlassen bleiben. Grundsätzlich wird sich die Privatkopie auf wenige Exemplare beschränken. Es ist aber durchaus denkbar, dass in einem Fall bereits ein Vervielfältigungsstück ausreicht, während in einem anderen mehrere Exemplare zulässig sind. Eine numerisch bestimmte Obergrenze schafft demgegenüber den Anreiz, diese auch auszuschöpfen.“

## bb) Rechtslage nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

Auch nach der Reform des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft durch den 1. und 2. Korb<sup>1220</sup> hat sich an der Tatsache, dass der Ausweitung der urheberrechtlichen Monopolstellung durch Schrankenregelungen nur unzureichend begegnet wird, nichts geändert. Die gesetzliche Erlaubnis, digitale Vervielfältigungen zu erstellen, ergibt sich nach wie vor insbesondere aus § 53 UrhG, der durch die beiden Reformstufen nicht etwa ausgeweitet, sondern vielmehr weiter eingeschränkt wurde<sup>1221</sup>.

Im Bereich der technischen Vervielfältigungen wurde durch das „Erste Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ als Korrektiv<sup>1222</sup> die neue Schranke des § 44a UrhG implementiert. Diese vermag die Ausweitung des urheberrechtlichen Schutzes auf benutzungsinduzierte Vervielfältigungen nicht auszugleichen. Die Regelung ist sehr eng formuliert und erfasst nicht alle technischen Vervielfältigungen, die im Rahmen der passiven Rezeption digital gespeicherter Werkexemplare entstehen können. Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die „flüchtig oder begleitend sind“, sind hiernach nur dann vom ausschließlichen Vervielfältigungsrecht ausgenommen, wenn sie lediglich

„einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und deren alleiniger Zweck es ist, 1. eine Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder 2. eine rechtmäßige Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes zu ermöglichen, und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben“.

1220 Die Reform, die jedenfalls dem Namen nach die Anpassung des Urheberrechts an die Belange einer sich wandelnden Gesellschaft und technischen Realität realisieren soll, dient der Umsetzung der sog. „InfoSoc-Richtlinie“ 2001/29/Erwägungsgrund. Das (Erste) „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ wurde durch Beschluss des Bundestages am 11. Juli 2003 verabschiedet und ist am 13. September 2003 in Kraft getreten (siehe BGBl. Teil I/2003, Nr. 46, vom 12. September 2003, S. 1774). Das „Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ trat am 1. Januar 2008 in Kraft (siehe BGBl. Teil I Nr. 54, 2007 vom 31. Oktober 2007, S. 2513 ff.). Vgl. zum Zustandekommen des Gesetzes *Kreutzer*, Spannungsfeld, S. 109 (113 ff.).

1221 Dies gilt insbesondere für die neu eingeführte Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 53 Abs. 1, Satz 1 UrhG, nach der dieser nur solche Vervielfältigungen legitimiert, die nicht von einer „offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage“ angefertigt wurden. Siehe hierzu unten, Punkt IV.B.4.c.aa).

1222 Vgl. die Begründung zu § 44a UrhG, mit dem die zwingende Ausnahme in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG umgesetzt wurde, im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“, BT-Drcks. 15/38, S. 18. Das Ziel einer Ausgleichfunktion dieser Regelung geht aus den Erwägungsgründen der Richtlinie weniger klar hervor. Hier wird allein auf die fehlende (wirtschaftliche) Relevanz für den Rechtsinhaber abgestellt (vgl. Erwägungsgrund 33 der RL 2001/29/EG), was die einseitige Ausrichtung der Schranke auf die Interessen der Rechtsinhaber einmal mehr verdeutlicht.

Die Schranke ist dabei vorrangig auf die im Online-Verkehr entstehenden technischen Vervielfältigungsvorgänge, z. B. im Rahmen des *Routing* oder *Caching*, ausgerichtet<sup>1223</sup>. Eine Berufung auf die Vorschrift ist nur entweder technischen Dienstleistern, die die Übertragung im Netz ermöglichen, oder rechtmäßigen Nutzern gestattet. Rechtmäßig i.d.S. ist eine Nutzung, die vom Rechtsinhaber zugelassen bzw. nicht durch Gesetze beschränkt ist<sup>1224</sup>. Nutzungshandlungen, die durch eine Nutzungsrechtsvereinbarung oder eine Schrankenbestimmung nicht ohnehin gestattet sind, profitieren also nicht von der Freistellung für technisch bedingte Vervielfältigungen. Eine Schranke, nach der technisch induzierte und für die bestimmungsgemäße Benutzung digitaler Werke erforderliche Vervielfältigungshandlungen vom Urheberrecht allgemein freigestellt werden, existiert damit nicht<sup>1225</sup>.

Diese Funktion kann und soll auch § 44a UrhG nicht erfüllen, was sich an den erheblichen Beschränkungen der Regelung zeigt. Dies gilt v. a. für die Restriktion, dass die hiernach zulässigen Vervielfältigungshandlungen keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung aufweisen dürfen. Für die Benutzung von Werken bedeutet dies, dass die hierfür notwendigen Vervielfältigungen – wenn überhaupt – nur insoweit freigestellt sind, als ihnen neben anderen vergütungspflichtigen Handlungen keine zusätzliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt<sup>1226</sup>.

Sobald Zwischenspeicherungen etwa der Beschleunigung der technischen Nutzungsabläufe dienen, könnte man ihnen eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zumessen. Hierdurch wiederum käme der reinen Benutzung urheberrechtliche Bedeutung zu. Eine Freistellung von Verbots- und Vergütungsrecht käme dann – wenn nicht andere Schrankenbestimmungen die Vervielfältigung ausnahmsweise gestatten – nicht in Betracht<sup>1227</sup>.

1223 So ausdrücklich die Begründung zu § 44a UrhG, BT-Drscks. 15/38, S. 18.

1224 So Erwägungsgrund 33 der RL 2001/29/EG. Vgl. auch *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 8.

1225 Wie bereits ausgeführt, ist § 53 UrhG nicht auf solche Fälle ausgerichtet. Die Schranke wird daher häufig, aber nicht immer eingreifen. Vor allem gilt diese nicht für gewerbliche Benutzungshandlungen. Will ein Nutzer beispielsweise eine Daten-CD vervielfältigen, die er rechtmäßig erworben hat, um sie in seinem Betrieb zu benutzen, ist er hierzu nicht – auch nicht nach § 53 Abs. 1 UrhG – berechtigt.

1226 Dies gilt im Übrigen schon bei flüchtigen Vervielfältigungen von Werkteilen, wenn diese für sich genommen urheberrechtsschutzfähig sind, vgl. *König*, Rdnr. 524; *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 174. Bei der Größe der heutzutage in normalen Heimanwender-PCs verbauten Arbeitsspeicher, bedeutet dies indes nur eine geringe Einschränkung. Hierdurch bedingt ist es möglich, größere Teile oder auch ganze Werke flüchtig zwischenzuspeichern, um die Datenverarbeitungsvorgänge zu beschleunigen. Auch die Entnahme von Teilen einer elektronischen Datenbank per rechnergesteuertem Zugriff kann nach ganz h. M. bereits einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht bedeuten und ist damit keine bloße Benutzung.

1227 Dies könnte etwa in folgendem Beispiel zu einer Erstreckung des Urheberrechts auf reine Benutzungshandlungen führen: Angenommen ein gewerblicher Nutzer würde eine Technologie einsetzen, die durch zusätzliche unterstützende Zwischenspeicherungen eine Beschleuni-

Eine weitere, erhebliche Einschränkung erfährt die Schrankenbestimmung dadurch, dass hiernach nur „flüchtige und begleitende“ Vervielfältigungen freigestellt werden. Ob die Regelung die für einen technisch ungehinderten Datenverkehr und die Verwirklichung notwendigen Freiheiten tatsächlich eröffnet, muss die Praxis erweisen. Jedenfalls ergeben sich hieraus für neue Formen der Übermittlung zunächst erhebliche Unsicherheiten. Fraglich ist etwa, ob die im Rahmen der Übertragung von Rundfunksignalen über das Internet oder andere Online-Infrastrukturen notwendigen Zwischenspeicherungen hierunter fallen. Bei solchen Angeboten müssen die Inhalte im Zweifel auf Servern zwischengespeichert werden, um über IP-gestützte Empfangstechnologien (v. a. PCs) abgerufen werden zu können. Sind derartige Zwischenspeicherungen nicht nur von sehr kurzer Dauer stellt sich bereits die Frage nach der Anwendbarkeit des § 44a UrhG, da sie u. U. nicht als „flüchtig“ im Sinne der Norm angesehen werden könnten. Je nach Vermittlungsform (man denke etwa an Video-On-Demand oder Near-Video-On-Demand-Angebote) können derartig länger währende, dennoch die eigentliche Verwertungshandlung rein unterstützende Zwischenspeicherungen jedoch notwendig sein. Auch ist zumindest fraglich, ob solchen Vervielfältigungen nicht eine eigene wirtschaftliche Bedeutung zukommt<sup>1228</sup>.

Das Beispiel zeigt im Vergleich zur Nutzung von Werken über den herkömmlichen, analogen Rundfunk, dass die Bedeutung des Vervielfältigungsrechts bei digitalen Verwertungsformen erheblich gesteigert ist. Trotz – in wirtschaftlicher und

gung der Verarbeitungsgeschwindigkeit seines Computers bei dem Abspielen von Film-Dateien herbeiführt, indem sie große Teile der Werke (Film-Dateien) in einem besonders schnellen Speicher (u. U. sogar dauerhaft) zwischenspeichert. Derartige Vervielfältigungen würden im Zweifel nicht unter § 44a UrhG fallen, da ein wirtschaftliches Interesse der Rechtsinhaber insoweit bestehen könnte, als aufgrund deren Herstellung eine intensivere (da technisch verbesserte) Nutzung ermöglicht würde. Da es sich zudem nicht um einen wesentlichen (also notwendigen) Bestandteil der Datenverarbeitung handelt, käme auch insofern u. U. eine Anwendbarkeit der Schranke nicht in Betracht. Auch § 53 UrhG kann zur Korrektur nicht herangezogen werden, da es sich um eine gewerbliche, also keine private Nutzung handelt (keine Anwendung von § 53 Abs. 1 UrhG) und nicht nur kleine Teile des Werkes vervielfältigt werden (keine Anwendung von § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG).

1228 Ein Beispiel sind die Speicherungen von Fernsehsendungen durch „Personal Video Recorder“ (oder „Online-Videorekorder“), die im Rahmen technischer Prozesse auf Servern entstehen, damit die Sendungen zu privaten Zwecken zeitversetzt angesehen werden können. Das OLG Dresden (NJOZ 2007, S. 1564 (1566 f.)) hat sowohl eine Anwendbarkeit von § 53 Abs. 1 UrhG als auch von § 44a UrhG auf solche Vervielfältigungsstücke abgelehnt. § 44a UrhG komme nicht in Betracht, da die Vervielfältigungen weder begleitend noch flüchtig seien und zudem eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hätten. § 53 Abs. 1 UrhG sei nicht anwendbar, da nicht der Endnutzer, sondern der Anbieter des Personal Video Recorders „Hersteller“ der Vervielfältigungsstücke sei (gleicher Ansicht OLG Köln, MMR 2006, S. 45 (36)). Dies ergebe sich aus einer wertenden Betrachtung. Folgt man dieser Auffassung, wäre das Angebot solcher Personal Video Recorder – anders als das „normaler“ Videorekorder – aus urheberrechtlicher Sicht zustimmungspflichtig, da es in die Vervielfältigungsrechte der Rechtsinhaber eingreift.

sonstiger Hinsicht – vergleichbarer Nutzung (zeitgleiche Sendung eines Programms an den Zuschauer) ergeben sich je nach verwendeter Technologie rechtliche Unterschiede. Da bei der Ausstrahlung etwa über Satellit oder Breitbandkabel keine Zwischenspeicherungen notwendig sind, müssen hierfür keine Rechte erworben werden. Nur der Umstand, dass solche bei digitalen Sendeformen technisch bedingt notwendig sind, verschafft den Rechtsinhabern weitere Rechtspositionen, die auf der anderen Seite die Freiheit, urheberrechtlich geschützte Werke zu nutzen (etwa durch „informationelle Mehrwertdienste“ wie Pressespiegel- und Suchmaschinenanbieter oder „Informationsveredler“<sup>1229</sup>), beschränken<sup>1230</sup>. Ob § 44a UrhG geeignet ist, tatsächlich als Korrektiv für diese Expansion des Urheberrechts zu dienen, ist angesichts des weiten Anwendungsbereichs des Vervielfältigungsrechts, des geringen Anwendungsbereichs der Schranke und der allgemein restriktiven Handhabung von Schrankenbestimmungen<sup>1231</sup> zumindest zweifelhaft.

### c) Auswirkungen auf den Rechtsverkehr mit Werkexemplaren

Die Notwendigkeit, bei der Benutzung digitaler Werkexemplare Vervielfältigungen anzufertigen, hat auch für den Rechtsverkehr erhebliche Auswirkungen. Sind nutzungsinduzierte Vervielfältigung erforderlich, die nicht freigestellt sind, muss der Endabnehmer für den bestimmungsgemäßen Gebrauch seines Werkexemplars Nutzungsrechte erwerben. Dies ist bei der Nutzung analoger Werkstücke dagegen nicht der Fall, da hier die Rezeption unzweifelhaft vom Urheberrecht nicht berührt wird. Im digitalen Bereich genügt es dagegen nicht mehr, nur einen Kaufvertrag über das Eigentum am Werkträger (soweit notwendig) abzuschließen, um dem Nutzer die angestrebte Rechtsposition zu vermitteln; vielmehr ist zusätzlich das Zustandekommen eines Lizenzvertrags mit dem Rechtsinhaber erforderlich. Da der Inhalt solcher Lizenzverträge vom Rechtsinhaber diktiert wird, ergibt sich für diesen ein erheblicher Gewinn an Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten<sup>1232</sup>. Er wird in die Lage versetzt,

1229 Hiermit sind Dienstleister gemeint, die – urheberrechtlich meist geschützte – Inhalte auf eine Art und Weise neu aufbereiten, dass für die Nutzer im Vergleich zum Ausgangsprodukt andere, weiter gehende Möglichkeiten der Wahrnehmung und Verwendung entstehen. Als Beispiel könnte das Online-Angebot „Perlentaucher“ ([www.perlentaucher.de](http://www.perlentaucher.de)) dienen, auf dem u. a. Feuilletonartikel der deutschen Tagespresse (SZ, FAZ) in Form von kurzen eigenen Texten (Abstracts) wiedergegeben werden. Perlentaucher ist derzeit Gegenstand eines viel beachteten Rechtsstreits, in dem es darum geht, die Grenzen des Urheberrechts gegenüber Sekundärverwertungen von geschützten Werken auszuloten. Siehe die (nicht rechtskräftigen) Entscheidungen des LG Frankfurt/Main, MMR 2007, S. 188 ff. und des OLG Frankfurt/Main, ZUM 2008, S. 233 ff.

1230 Siehe hierzu das eben (siehe letzte Fn.) genannte Beispiel der Personal Video Recorder.

1231 Siehe hierzu sogleich, Punkt IV.B.4).

1232 Siehe hierzu eingehend *Kreutzer*, Verbraucherschutz, *passim*, u. a. einleitend S. 13 ff.

die Nutzung der Werkstücke durch den Endverbraucher mehr oder weniger erheblich einzuschränken<sup>1233</sup>. So könnte der Rechtsinhaber die Anzahl der Nutzungshandlungen reglementieren oder – insbesondere – Schrankenregelungen vertraglich abbedingen.

Vor allem die letztgenannte Möglichkeit birgt, soweit derlei Maßnahmen rechtlich zulässig sind, erhebliche Gefahren für den durch die sensible Schutzrecht-Schrankensystematik hergestellten Interessensausgleich im Urheberrecht.

Die Zulässigkeit von vertraglichen Beschränkungen gesetzlich gewährter Freiheiten hängt – wie in anderen Bereichen – von den Gegebenheiten des Vertragsschlusses ab. Hier ist v. a. zwischen Individualverträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterscheiden. Eine Abdingung von Schrankenregelungen durch Individualvertrag ist angesichts des Grundsatzes der Dispositionsfreiheit grundsätzlich stets möglich, es sei denn, dies ist ausdrücklich gesetzlich ausgeschlossen<sup>1234</sup>. Beschränkungen, die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind, können dagegen unzulässig sein, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders gem. § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligen. Dies ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB insbesondere dann der Fall, wenn durch die Klausel von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen abgewichen wird. Ein Ausschluss gesetzlicher Schranken wird damit nur in seltenen Fällen; genauer dann unzulässig sein, wenn diese überragenden Allgemeininteressen dienen<sup>1235</sup>. Zieht man als Beurteilungsgrundlage den § 95b UrhG heran, wie von einer Stimme in der Literatur vorgeschlagen<sup>1236</sup>, ergibt sich, dass z. B. sowohl § 53 UrhG in weiten

1233 Diese Möglichkeit besteht bei analogen Werken schon deshalb nicht, da hier keine Lizenzverträge mit dem Endnutzer geschlossen werden. Diese durch (Sach-) Kaufverträge Restriktionen bei der Nutzung zu unterwerfen, wird regelmäßig an AGB-rechtlichen Hürden, v. a. an § 305c Abs. 1 BGB (Unzulässigkeit überraschender Klauseln) oder u. U. an § 307 BGB (unangemessene Benachteiligung) scheitern. Zur AGB-rechtlichen Beurteilung einer Beschränkung von Schrankenvorschriften durch urheberrechtliche Lizenzverträge siehe sogleich und ausführlich *Kreutzer*, Verbraucherschutz, *passim*, S. 11 ff.

1234 *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 9. Nicht dispositiv sind indes die wenigsten Schrankenregelungen. Seltene Ausnahmen enthalten v. a. die §§ 55a, 69g Abs. 2, 87e. Siehe auch und 95b Abs. 1 Satz 2 UrhG, der ausschließen soll, dass die Rechtsinhaber die von § 95b Abs. 1 UrhG vorgesehene Durchsetzungsstärke von Schrankenbestimmungen gegen technische Schutzmaßnahmen über Vertragsbestimmungen aushebeln.

1235 So *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 9.

gen<sup>1236</sup>, ergibt sich, dass z. B. sowohl § 53 UrhG in weiten Teilen (besonders im Bereich der digitalen Privatkopie)<sup>1237</sup> abdingbar ist, wie auch § 44a UrhG<sup>1238</sup>.

#### d) Fazit

Die bloße Benutzung eines Werkes urheberrechtlich zu erfassen, ist – jedenfalls nach den überkommenden Grundgedanken – systemwidrig<sup>1239</sup>. Das Urheberrecht ist nach herkömmlichem Verständnis nicht berufen, den Genuss zu kontrollieren, son-

1236 *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 9. Angesichts der restriktiven Auffassung gegenüber den Schrankenvorschriften (s. u., Punkt IV.B.4) scheint nicht fern liegend, dass auch die Gerichte so entscheiden würden. Der Bezug auf § 95b UrhG liegt von daher nahe, da dieser erstmals das subjektive, durchsetzbare Recht auf die Wahrnehmung von bestimmten Schrankenregelungen schafft (soweit der Begünstigte aufgrund des Einsatzes von technischen Schutzmaßnahmen hieran gehindert wird). Den diesem Forderungsrecht unterliegenden Schrankenregelungen wird damit vom Gesetzgeber eine besondere Bedeutung zugemessen.

1237 § 95b Abs. 1 Nr. 4 UrhG erklärt unter den diversen, in § 53 UrhG genannten Zwecken, nur wenige für durchsetzungsstark gegen den Schutz technischer Maßnahmen. Der digitale Bereich wird v. a. dadurch erheblich benachteiligt, dass die digitale Privatkopie, das Zitatrecht (§ 51 UrhG) oder § 44a UrhG hier nicht genannt werden. Dies hat z. B. zur Folge, dass Zitate aus auf digitalen, kopiergeschützten Bildträgern (wie alle herkömmlichen DVDs) gespeicherten Filmwerken nicht möglich und auch nicht zulässig sind. Denn der technische Schutz verhindert die für eine Nutzung des Ausschnitts als Zitat erforderliche Kopie desselben. Selbst wenn eine Umgehung des Schutzes technisch möglich ist, wäre sie nach § 95a Abs. 1 UrhG untersagt. Ein Anspruch gegen den Rechtsinhaber auf Herausgabe der Mittel, die zur Umgehung und damit zur Inanspruchnahme des Zitatrechts erforderlich wären, besteht nach § 95b Abs. 1 UrhG ebenfalls nicht.

1238 So in Bezug auf § 53 Abs. 1 UrhG auch *Kreutzer*, Verbraucherschutz, S. 159 f.; *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 9. *Hohagen*, Die Freiheit zur Vervielfältigung zum privaten Gebrauch, S. 504 ff., meint dagegen, da die sachgerechte Abgrenzung der Rechte des Urhebers gegenüber der Allgemeinheit ein Grundanliegen des Urheberrechtsgesetzes darstelle und der Gesetzgeber diese Abwägung in § 53 UrhG konkretisiert habe, sei die Vervielfältigungsfreiheit zum eigenen Gebrauch als wesentlicher Grundgedanke des Urheberrechtsgesetzes anzusehen. Dennoch sei nicht jede formularvertragliche Abweichung von § 53 UrhG als Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken des Gesetzes zu qualifizieren. Dies hänge von einer Gesamtabwägung nach Treu und Glauben gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB im Einzelfall ab. Vgl. ausführlich zur Problematik *Guibault, passim*, v. a. S. 197 ff. (zum deutschen Recht S. 218 ff., 223 ff.), die meint, dass überwiegende Argumente – die sich v. a. aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Sozialbindung des (geistigen) Eigentums ergäben – für einen zwingenden Charakter der Schrankenbestimmungen sprächen (ebd. S. 224 ff.).

1239 So wohl auch die allgemeine Auffassung, vgl. etwa BGH GRUR 1991, S. 449 (453) – Betriebssystem; *König*, Rdnr. 561; *Loewenheim* in FS v. *Gamm*, S. 423 (434); ders. in *Schricker*, § 69d, Rdnr. 13; *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 169.

dem nur die Verwertung<sup>1240</sup>. Wenn auch im Bereich der herkömmlichen Verwertung der eigentlichen Benutzung zustimmungs- und vergütungspflichtige Verwertungshandlungen vorangestellt sind<sup>1241</sup>; der Zusammenhang zwischen Urheberrecht und Benutzung hat sich im digitalen Bereich entscheidend geändert. Herkömmlich benötigte allein der Vermittler des Werkes Nutzungsrechte, nicht aber der Endnutzer. Die eigentliche Benutzung war damit frei, die Möglichkeit, die Nutzung des Werkes zu steuern und hieran wirtschaftlich zu partizipieren, endete bei den Verwertungshandlungen. Durch die Notwendigkeit benutzungsinduzierter Vervielfältigungen ändert sich dies entscheidend. Der Rechtsinhaber erwirbt somit die Kontrolle über den Endnutzer<sup>1242</sup>. Dies gilt umso mehr im Verkehr mit immateriellen Werkstücken, die zur Nutzung an verschiedenen Orten und mittels verschiedener Geräte stets vervielfältigt werden müssen.

Inwieweit sich dies praktisch auswirkt, mag sich noch herausstellen. Bedenken in diese Richtung ergeben sich z. B. angesichts der angestrebten Möglichkeiten, jede einzelne, auch private, (Be-)Nutzung technisch zu erfassen und abzurechnen. Derartige Möglichkeiten sind nach den Regelungen der Richtlinie 2001/29/EG auch bei der Abfassung der Privatkopieschranke als vorrangig zu berücksichtigen<sup>1243</sup>. Aus Erwägungsgrund 39 der Richtlinie wird deutlich, dass dem Einsatz und der Entwicklung von technischen Maßnahmen zum Schutz und zur Kontrolle des Urheberrechts<sup>1244</sup> in Zukunft die Priorität gegenüber der das Verbotrecht entziehenden Privatkopieschranke eingeräumt wird. Die Richtlinie erklärt zwar die Einführung oder Aufrechterhaltung der Schranke in Art. 5 Abs. 2b) auch für digitale Vervielfältigungen für legitim, spricht sich aber klar dafür aus, dass eine solche Ausnahme vom

1240 Vgl. die Nachweise in Fn. 1239 sowie *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 15, Rdnr. 1, *Schulze*, ZUM 2000, S. 126 (130), der allerdings meint, auch die rein passive Nutzung sei – als unkörperliche Wahrnehmung des Werkes – durchaus eine urheberrechtlich relevante Nutzung. Diese sei indes durch eine Schranke gedeckt.

1241 So ist das Lesen eines Buches regelmäßig vom vorhergehenden Erwerb eines Exemplars abhängig. Für die Anfertigung (Vervielfältigung) dieses Exemplars hat der Verlag im Zweifel entgeltliche Nutzungsrechte erworben. Leiht man dies in einer öffentlichen Bibliothek, fallen hierfür Verleihvergütungen nach § 27 Abs. 2 Satz 1 UrhG an. Betrachtet man ein Gemälde in einer Ausstellung, hat der Veranstalter für diese öffentliche Wiedergabe nach § 18 UrhG im Zweifel Nutzungsrechte gegen Entgelt erworben.

1242 An der den Werkmittler treffenden Vergütungspflicht ändert sich bei der digitalen Nutzung nichts. Auch hier sind die Erstellung eines Vervielfältigungsexemplars (z. B. eines eBooks) und/oder die öffentliche Zugänglichmachung von Zustimmung und Vergütung abhängig. Kontrolle und wirtschaftliche Beteiligung ist dem Rechtsinhaber auf dieser Ebene mithin weiterhin sicher. Durch die Notwendigkeit nutzungsinduzierter Vervielfältigungen erweitert sich diese Kontrollmöglichkeit jedoch faktisch auf die Benutzungshandlungen des Endnutzers.

1243 Vgl. Erwägungsgrund 39.

1244 Diese erhalten nach den Bestimmungen des Art. 6 RL 2001/29/EG einen rechtlichen Flankenschutz durch das Urheberrecht. Vgl. zum Spannungsverhältnis der Privatkopieschranke zum Schutz technischer Maßnahmen *Metzger/Kreutzer*, MMR 2002, S. 139 (140 ff.).

Urheberrecht nicht die Entwicklung und den Einsatz der technischen Schutz- und Kontrollmaßnahmen behindern dürfe<sup>1245</sup>. Hierauf wird unten<sup>1246</sup> noch näher einzugehen sein.

- 2) Der Schutz von Ideen und Know-how durch den Rechtsschutz von Computerprogrammen, insbesondere durch das Dekompilierungsverbot in § 69c Nr. 1 und 2 UrhG

Eine weitere wesentliche Ausdehnung, die gleichsam auf einen Funktionswandel des Urheberrechts hinweist, liegt in der durch den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen bewirkten Monopolisierung von Know-how<sup>1247</sup>. Dies wird durch eine Kumulation zweier Faktoren herbeigeführt: der Absenkung der Schutzuntergrenze und der Ausweitung der Verwertungsrechte.

Zunächst bewirkt die Absenkung der Schutzuntergrenze, dass sich der Software-schutz auf nahezu jede Programmierleistung erstreckt. Geschützt werden damit auch Programme, die nur einen geringen Grad an Individualität aufweisen. Mit der in Teil 1 aufgezeigten Handhabung des Individualitätsbegriffs durch die Rechtspraxis heißt dies, dass die Umsetzung eines geringen Gestaltungsspielraums bei der Transformierung einer Idee in eine konkrete Form durch die Programmerstellung<sup>1248</sup> ausreicht, um den weit reichenden Urheberrechtsschutz entstehen zu lassen. Kurz gesagt: auch wenn es wegen der äußeren Umstände des Werkschöpfungsprozesses nur einige wenige Möglichkeiten gibt, eine Idee umzusetzen, ist das Ergebnis einer solchen Umsetzung zumeist geschützt. Angenommen, es gäbe faktisch nur zwei Möglichkeiten, ein Konzept im Rahmen einer Programmgestaltung umzusetzen, und eine Ausgestaltung ist durch ein Urheberrecht geschützt, wird damit faktisch eine von zwei Alternativen bei der Umsetzung der Idee monopolisiert<sup>1249</sup>. Damit wird der gemeinfreie

1245 Vgl. hierzu auch *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, S. 733 (739).

1246 Siehe Punkt 4.c.bb) in diesem Abschnitt.

1247 Eine solche Wirkung wird auch durch den Datenbankschutz herbeigeführt, worauf oben schon eingegangen wurde (Punkt III.C.2.b). Kritisch hierzu auch *Ulrich* in *Schri-cker/Dreier/Kur*, S. 100.

1248 Genauer gesagt genügt eine gewisse Auswahlleistung hinsichtlich der Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials, vgl. BGH GRUR 1985, 1041 (1047) – Inkassoprogramm.

1249 Der Grundsatz, dass das Urheberrecht keine Ausschlussfunktion gegen (zufällige) Doppelschöpfungen entfalten soll, ist hierbei praktisch ohne Bedeutung, vgl. oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(dd). und die Nachweise in Fn. 196. Besteht ein Urheberrecht, wird von der deutschen Rechtspraxis vermutet, dass eine andere, später entstandene Schöpfung mit im Wesentlichen gleichen oder ähnlichen Elementen hierauf aufbaut. Dies führt, gleich ob die Nachschöpfung als Bearbeitung oder als Vervielfältigung qualifiziert würde, zur Unverwertbarkeit. Der Nachweis, dass es sich tatsächlich um eine zufällige Doppelschöpfung handelt,

Bereich erheblich eingeschränkt, eine negative Folge, die v. a. im Softwarebereich virulent werden kann, da hier die Gestaltungsspielräume häufig sehr gering sind<sup>1250</sup>.

Die gleiche Folge kann sich aufgrund der Möglichkeiten des Rechtsinhabers an Computerprogrammen ergeben, mittels seiner Verbotsrechte gegen Weiterentwicklungen und Vervielfältigungen nach § 69c Nr. 1 und 2 UrhG (durch dessen Wirkung als „Dekompilierungsverbot“) die Verwendung der Struktur einer Software und v. a. des dahinter liegenden Konzepts zu verbieten. Die Nutzung von an sich ungeschützten Ideen, Grundsätzen, Vorgehensweisen oder Regeln, die einem urheberrechtlich geschützten Computerprogramm zugrunde liegen, wird durch das Verbot, die Software zu dekompileieren, untersagt.

Eine Dekompilierung ist – jedenfalls bei „proprietär“ vertriebener Software<sup>1251</sup> – regelmäßig notwendig, um diese allgemeinen Grundlagen eines Computerprogramms erkennen zu können. Die meisten Programme werden dem Verkehr in verschlüsselter Form, im Objektcode, zur Verfügung gestellt. Das sichtbare Programm besteht somit nur aus Binärkombinationen, die in der Regel keinen Rückschluss auf die dahinterstehenden Ideen zulassen. Hierfür wäre wiederum eine Übersetzung (Dekompilierung) in den Quellcode notwendig, die nach § 69e i.V.m. 69 c UrhG indes grundsätzlich zustimmungspflichtig ist<sup>1252</sup>. Ohne Zustimmung ist die Dekompilierung gem. § 69e UrhG nur zur Nutzung Berechtigten gestattet, soweit dies zur Herstellung von Interoperabilität mit anderen Programmen erforderlich ist. Ist eine hiernach zulässige Dekompilierung erfolgt und gelungen, dürfen die gewonnenen Erkenntnisse wiederum gem. § 69e Abs. 2 UrhG nicht zu anderen Zwecken als der Herstellung von Interoperabilität weiterverwendet, an Dritte weitergegeben oder zur eigenen Entwicklung eines Programms mit ähnlicher Ausdrucksform genutzt werden.

Zur Erschließung der (ungeschützten) Grundlagen, auf der die Software basiert, darf eine Dekompilierung mithin nicht vorgenommen werden. Wiederum<sup>1253</sup> greifen also ein technischer (Verschlüsselung) und ein rechtlicher Schutz (Vervielfältigungsrecht) ineinander und versetzen kumuliert den Rechtsinhaber in die Lage, Zugang und Nutzung von an sich ungeschützten Elementen zu steuern und zu kontrol-

wird dem Nachschaffenden kaum einmal gelingen können, sodass es faktisch zur Monopolisierung der Idee kommt.

1250 Siehe oben, Punkt II.D.3.a).

1251 Proprietäre Software wird kompiliert vertrieben, sodass der Quellcode nicht eingesehen werden kann. Hierin unterscheidet sie sich von der sog. Freien oder Open Source Software, deren Quellcode zum allgemeinen Zugriff verfügbar gemacht wird. Vgl. näheres hierzu in Fn. 1017.

1252 Vgl. zu vorstehendem *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 268.

1253 Siehe schon oben zum Schutz technischer Maßnahmen (in Bezug auf Datenbanken), Punkt III.C.2.b).

lieren. Dies lässt die ausdrückliche Ausgrenzung des Ideenschutzes in § 69a Abs. 2 UrhG als fragwürdig erscheinen<sup>1254</sup>.

Nicht zu Unrecht wird diese Folge des Urheberrechts an Computerprogrammen von manchen Stimmen als Gefahr für den technischen Fortschritt angesehen<sup>1255</sup>.

### 3) Gefahren für den kulturellen und technischen Fortschritt durch die Expansion des Bearbeitungsrechts bei gleichzeitiger Beschränkung des Bereichs freier Benutzung bei technischen Werkarten

Nach § 23 UrhG steht dem Urheber das Recht zu, das Werk nicht nur in seiner ursprünglichen, sondern auch in abgewandelter Form zu verwerten. Die Wirkung die-

1254 Ebenso *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 317 f.

1255 *Wiebe*, S. 439 ff.; ders. GRUR 1994, S. 233 (244). *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 318 weist diesbezüglich darauf hin, dass sogar das PatG in § 11 Ziff. 2 bestimmte Nutzungen für Versuchszwecke freistellt, soweit diese zum Zwecke der Weiterentwicklung und der Forschung notwendig sind. Eine solche Ausnahme enthält das UrhG hingegen nicht. Dies widerspricht wiederum dem Grundsatz, dass das Urheberrecht im Gegensatz zum Patentrecht als universelles Schutzrecht keine Sperrwirkung gegenüber Neuschöpfungen und der Umsetzung von Ideen entfalten soll (s. o., Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(dd)). Auch wird durch den Ideenschutz ein unmittelbarer Innovationsbezug hergestellt. Hierauf wird unten in Teil 3, Kapitel 3, Punkt III.B) erneut eingegangen werden. A. A. ist offenbar *Kraßer in Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovation*, S. 113 (126), der innovationshemmende Wirkungen des Urheberrechts, jedenfalls bezogen auf den speziellen Bereich der Telekommunikation, nicht zu erkennen vermag. Diese würden nur dann entstehen, wenn die Rechtsinhaber ihre Zustimmung zur Verwertung versagten, was kaum vorkommen werde, heißt es hier. Besonders da sich *Kraßer* in seiner Untersuchung auf die innovationsrelevanten Wirkungen des Urheberrechtsschutzes auf Computerprogramme bezieht, greift seine Ansicht zu kurz. Er verkennt hierbei die Möglichkeit, durch den Softwareschutz auch Ideen und Konzepte dem Allgemeingut entziehen zu können, was zu einem Übermaß an Monopolisierung und einer innovationshemmenden Wirkung führen kann. Auch im Telekommunikationsbereich scheint dies denkbar. Ein erheblicher Innovationsbezug des Urheberrechts zum Telekommunikationsmarkt ergibt sich auch aus einer anderen, eher mittelbaren Friktion des auf dem Urheberrecht basierenden Handels mit Nutzungsrechten und der Telekommunikationsindustrie (sowohl Hersteller als auch Dienstleister). Wie unten noch näher dargelegt werden wird (vgl. Teil 3, Kapitel 3, Punkt II.B), nimmt die Entertainmentindustrie eine Schlüsselrolle auch für die Weiterentwicklung im technischen Übermittlungsbereich ein. Es hat sich im Napster-Streit (siehe hierzu unten, ebd., z. B. Fn. 1617 und 1618) gezeigt, dass die Entwicklung neuer Übertragungs- und Distributionsmodelle über das ausschließliche Urheberrecht beeinflusst werden kann, wenn Märkte stark monopolisiert sind. Grund hierfür ist, dass die Gewinnerwartung solch neuer Modelle nicht zuletzt von der Akzeptanz durch die Konsumenten abhängig ist. Wenn die Inhaltsindustrie keine Lizenzen zur Verwertung der Inhalte erteilt (wie dies im Fall Napster geschehen ist), bleibt das Medium uninteressant und die Investitionen zahlen sich nicht aus. Vgl. kritisch zu dieser Entwicklung *Kreutzer in Broeckmann/Jaschko* (Hrsg.), *Art and Digital Media*, S. 147 (147).

ses Bearbeitungs- und Umgestaltungsrechts<sup>1256</sup> erstreckt sich gem. § 24 UrhG bis zur Grenze sog. freier Benutzungen. Frei ist eine Benutzung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>1257</sup> nur, wenn das später geschaffene Werk nicht von einem vorbestehenden Werk „abhängig“ ist. Dies ist der Fall, wenn die entlehnten Züge des alten Werkes angesichts der Eigenheit des neuen Werks verblassen<sup>1258</sup>. Der freie Benutzer darf sich bei seiner Schöpfung also zwar von dem vorbestehenden Werk inspirieren lassen<sup>1259</sup>. Will er das ältere Werk jedoch „in relevantem Umfang“ benutzen<sup>1260</sup>, also eines oder sämtliche individuelle und prägende Elemente hieraus übernehmen, bedarf es der Zustimmung des anderen Urhebers. An das Vorliegen einer freier Benutzung werden vor diesem Hintergrund strenge Anforderungen gestellt.

Auf der Basis dieser ständigen Spruchpraxis geht der Bundesgerichtshof von einem sehr weit reichenden Schutz des Urheberrechts vor Nachschaffungen (und damit vor Weiterentwicklungen, Verbesserungen oder Folgeschöpfungen) aus<sup>1261</sup>. Die restriktive Haltung gegenüber dem Begriff der freien Benutzung hat bei dem gleichzeitig bestehenden extensiven Verständnis vom Individualitätsbegriff unmittelbare Auswirkungen auf den urheberrechtlichen Schutzzumfang.

Bei der Beurteilung, ob ein nachgeschaffenes Werk abhängig oder frei ist, wird ein Werkvergleich zu dem älteren Werk vorgenommen<sup>1262</sup>, im Rahmen dessen zunächst festgestellt wird, welche individuellen Züge das ältere Werk aufweist und sodann, ob und inwieweit diese im späteren Werk wiederkehren<sup>1263</sup>. Die Reichweite des Schutzes gegen Nachschaffungen hängt damit von der Auslegung zweier Merkmale ab: der Individualität und der freien Benutzung. Das Verständnis von Individualität ist entscheidend, da der Bundesgerichtshof nur die individuellen Aspekte des älteren Werks bei dem Vergleich von zwei zeitlich nachrangigen Geistesschöpfungen berücksichtigt<sup>1264</sup>. Dies ist vor dem Hintergrund, dass nichtindividuelle Elemente des Werkes ungeschütztes Gemeingut bleiben sollen, immerhin konsequent. Dagegen entscheidet die Auslegung des Begriffes „frei“ über das Spektrum der Möglichkeiten, auf geschützten Bestandteilen des Werkes aufzubauen. Beide Aspekte sind daher zwar deutlich zu trennen, müssen aber dennoch aufgrund ihrer unlösbaren

1256 Dies ist nicht zu verwechseln mit dem Bearbeiterurheberrecht gem. § 3 UrhG, vgl. zur Unterscheidung *Dreier/Schulze-Schulze*, § 23, Rdnr. 2.

1257 BGH GRUR 1994, S. 191 (193) – Asterix-Persiflagen.

1258 Vgl. nur BGH GRUR 1994, S. 191 (193) – Asterix-Persiflagen m. w. Nachw.

1259 Vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 24, Rdnr. 7.

1260 BGH GRUR 1994, S. 191 (193) – Asterix-Persiflagen.

1261 Ständige Rechtsprechung, siehe etwa BGH GRUR 1994, S. 191 (193) – Asterix-Persiflagen, m. w. Nachw.

1262 Vgl. BGH GRUR 1980, S. 853 (854) – Architektenwechsel.

1263 Siehe *Dreier/Schulze-Schulze*, § 24, Rdnr. 12 ff.

1264 Siehe beispielsweise BGH GRUR 1994, S. 191 (193) – Asterix-Persiflagen.

Wechselwirkung<sup>1265</sup> bei der Beurteilung des urheberrechtlichen Schutzbereichs zwingend in einer Gesamtschau betrachtet werden.

Nimmt man diese Gesamtschau anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, zeigt sich eine klare Neigung zur Gewähr eines weiten Schutzbereichs. Während der Schutz der kleinen Münze durch den Bundesgerichtshof in Bezug auf fast alle – v. a. die technischen – Werkarten anerkannt ist<sup>1266</sup>, zeigt sich die Rechtsprechung in Bezug auf die Auslegung des Begriffs der freien Benutzung sehr restriktiv. Folge ist, dass sich das nachgeschaffene Werk regelmäßig an einer Vielzahl für individuell befundener Werke und Werkteile messen lassen muss, die sich hierin nicht wiederfinden dürfen. Damit ist die Möglichkeit, auf dem vorbestehenden Schaffen ohne Zustimmung anderer Urheber oder Rechteinhaber aufzubauen, sehr eingeschränkt.

Bei technischen Werken – deren ungehinderte Fortentwicklungsfähigkeit aus Sicht des technischen Fortschritts ganz besonders wichtig ist<sup>1267</sup> – verschärft sich diese Problematik durch weitere Umstände. Hier sind die Anforderungen an die Schöpfungshöhe (also den Grad der Individualität) aufgrund des hier geltenden „europäischen Werkbegriffs“ besonders niedrig<sup>1268</sup>. Dies hat indes nicht etwa dazu geführt, dass sich der Gesetzgeber entschieden hätte, bei Computerprogrammen und elektronischen Datenbanken den Freiraum für Nachschöpfungen, Weiterentwicklungen und Anpassungen zu erweitern. Im Gegenteil: Gerade in Bezug auf solche Werkarten wurde das Bearbeitungsrecht gegenüber den meisten anderen Werkarten noch ausgedehnt. Während der Schutz vor Bearbeitungen üblicherweise erst bei der Verwertung greift (siehe § 23 Satz 1 UrhG), wird im Bereich des Datenbankurheberrechts und Programmschutzes bereits die Herstellung einer solchen dem Urheber vorbehalten (vgl. §§ 23 Satz 2, 69c Nr. 2 UrhG). Im Bezug auf Computerprogramme gilt zudem gem. § 69c Nr. 2 UrhG ein spezieller, umfassender Änderungsschutz<sup>1269</sup>, durch den der ungeschützte Bereich freier Benutzungen weiter zurückgedrängt wird. Hinzu tritt, dass die mittelbare Wirkung des Dekompilierungsverbots bei Computerprogrammen ein „Anlehnen“ an vorbestehende Software nahezu gänzlich<sup>1270</sup> unterbindet, da hierfür die Kenntnis vom Quellcode – mithin, jedenfalls bei „proprietär“ vertriebener Software<sup>1271</sup> – eine Dekompilierung notwendig wäre. Der Dekompilie-

1265 So auch *Dreier/Schulze-Schulze*, § 24, Rdnr. 8.

1266 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 953 zum Schutz der kleinen Münze allgemein und in Fn. 981 in Bezug auf Computerprogramme.

1267 Siehe näheres hierzu unten, Teil 3, Kapitel 3, Punkt III.B).

1268 Siehe hierzu oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.d).

1269 Vgl. *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69c, Rdnr. 12.

1270 Zur Reichweite des Dekompilierungsverbotes vgl. § 69e UrhG und oben, Punkt IV.B.2).

1271 Siehe hierzu oben, Fn. 1251.

rungsschutz überlagert damit die Schutzbegrenzung durch den an sich auch hier anwendbaren § 24 UrhG<sup>1272</sup>.

Es stellt sich v. a. in Bezug auf technische Werke die Frage, ob diese Tendenz mit Blick auf die betroffenen Interessen und die Zielbestimmungen des Urheberrechts angemessen erscheint. Dies erscheint insbesondere angesichts des Umstands zweifelhaft, dass das Bearbeitungsrecht in seiner ursprünglichen Funktion auch eine persönlichkeitsrechtliche Intention verfolgt, die – in Ergänzung des Rechts aus § 14 UrhG<sup>1273</sup> – darin liegt, den Urheber vor der Verbreitung von Werken zu schützen, die sichtlich „seine Handschrift tragen“, aber in dieser Form nicht von ihm stammen. Mag vor diesem Hintergrund ein sehr weit gehendes Bearbeitungsrecht noch gerechtfertigt sein, gerät dies – zumal in erweiterter Form – bei technischen Werken an denen schutzbedürftige ideelle Belange des Urhebers kaum bestehen, in einen Begründungsnotstand. Die durch die Expansion des Bearbeitungsrechts bewirkte einseitige Verschiebung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs zu Lasten der Gemeinfreiheit entbehrt v. a. im Lichte des überkommenden urheberrechtlichen Begründungsansatzes jeglicher Rechtfertigung. Es wurde bereits aufgezeigt, dass die Belange der Urheber im schöpferischen Bereich eher größere Freiräume als weitere Schutzrechte erfordern, da diese bei der Erbringung ihrer schöpferischen Leistungen auf einen nicht zu engen schutzrechtsfreien Bereich zwingend angewiesen sind<sup>1274</sup>. Eine weit reichende Schutzwirkung dient dagegen vornehmlich den Verwertungsinteressen und damit in erster Linie den wirtschaftlichen Belangen der Verwerter<sup>1275</sup>. Der – häufig unternommene – Versuch, die Ausweitung der Schutzrechte mit der Schutzbedürftigkeit der Schöpfer zu begründen, muss daher scheitern. Eine solche Argumentation spricht für eine industriepolitische Instrumentalisierung des urheberrechtlichen Schutzprinzips.

Es zeigt sich damit, dass der ausufernde Schutz geistiger Schöpfungen unmittelbare Auswirkung auf das zeitlich nachgelagerte Schaffen hat. Angesichts der Erkenntnis, dass jeder Urheber auf den Errungenschaften seiner Vorgänger aufbaut und aufbauen können muss, damit der kulturelle und technische Fortschritt gesichert werden kann, begegnet diese Entwicklung gravierenden Bedenken<sup>1276</sup>. Es wird vor diesem Hintergrund vertreten, dass die wirtschaftlichen Interessen der Verwerter jedenfalls gegenüber dem „kreativen“ Gebrauch zurückzutreten haben, da hier fundamentale Interessen der Allgemeinheit rein partikularen Gewinninteressen gegenüberstehen<sup>1277</sup>.

1272 Vgl. *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69c, Rdnr. 13.

1273 So wohl auch *Dreier/Schulze-Schulze*, § 23, Rdnr. 1.

1274 Siehe hierzu oben, Teil I, Kapitel 1, Punkt I.C.3).

1275 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (993 f.).

1276 So auch *Ulrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 99. Zu den Auswirkungen dieser Entwicklung auf die Innovation, vgl. unten, Teil 3, Kapitel 3, Punkt III.B).

1277 So in *Hilty* in *Ohly/Klippel*, S. 107 (119).

Die entstandene Schiefelage erscheint umso bedenklicher, als der Schutzzumfang – wie an weiteren Beispielen aufgezeigt werden wird – auch in anderer Hinsicht stetig expandiert. Es sollte bedacht werden, dass alle punktuellen Ausweitungen des Schutzrechts in einem Kausalitätszusammenhang stehen, den es bei der Entwicklung des Urheberrechts insgesamt zu berücksichtigen gilt.

#### 4) Expansion des Urheberrechts durch Zurückdrängung der Schrankenregelungen bei digitalen Werken

##### a) Die Schranken des Urheberrechts im Umfeld sich ändernder Rechtstatsachen

Schon seit einiger Zeit ist eine Tendenz im deutschen Urheberrecht zu erkennen, die Schranken im Gegensatz zu den Verwertungsrechten allgemein sehr restriktiv zu handhaben. Ändern sich die Rechtstatsachen, mangelt es häufig zudem an einer Fortschreibung der Schrankenbestimmungen durch Gesetzesänderungen oder richterliche Rechtsfortbildung, sodass auftretende Ungleichgewichte der Interessenbewertung nicht oder erst mit einiger Verzögerung korrigiert werden<sup>1278</sup>. Seit jeher vertritt die h. M. in Rechtsprechung und Literatur die Ansicht, dass die Bestimmungen des 6. Abschnitts des Urheberrechtsgesetzes abschließend formuliert und generell eng auszulegen seien<sup>1279</sup>. Zudem sprechen sich einige Stimmen in der Rechtsliteratur

1278 *Rehbinder* in *Dittrich* (Hrsg.), *Notwendigkeit*, S. 91 (91 f.). *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 7 drücken es wie folgt aus: „Die bestehenden Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. spiegeln nach wie vor weit gehend den Ausgleich der Interessenkollision wieder, wie er sich dem Gesetzgeber bei Verabschiedung des UrhG 1965 und den nachfolgenden Novelierungen anhand der seinerzeitigen Technologien dargestellt haben.“

1279 Statt vieler BGHZ 50, S. 147 (152 f.) – *Kandinsky*; BGHZ 58, S. 262 (265) – *Landesversicherungsanstalt*; BGHZ 123, S. 149 (155 f.) – *Verteileranlagen* (m. w. Nachw.); zuletzt auch BGH JZ 2001, S. 461 (461) – *Parfumflakon* m. Anm. *Schricker*; *Möhring/Nicolini-Nicolini*, 2. Auflage, § 45, Rdnr. 2; *Schricker/Melichar*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 15 und 16; *Fromm/Nordemann-Nordemann*, vor § 45 ff., Rdnr. 3. An diesem „Grundsatz“ wird in der jüngeren Literatur verstärkt Kritik geübt, vgl. *Pahud*, UFITA 2000/I, S. 99 (136), Fn. 177; *Kröger*, S. 222; *Löffler*, NJW 1980, S. 201 ff. und – begrenzt auf seltene Fälle – auch *Schack*, Rdnr. 480. Auch das Bundesverfassungsgericht ist dem nicht gefolgt. Es ging davon aus, dass die Schrankenvorschriften bei einer Kollision von widerstreitenden (grundrechtlich geschützten) Interessen im Lichte der betroffenen Grundrechte auszulegen sind. Das Verlangen nach einem absoluten Vorrang urheberrechtlicher Interessen am Werk kann vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gesamtzusammenhangs nicht durchgreifen. So für das Spannungsfeld Urheberrecht – Kunstfreiheit, BVerfG, NJW 2001, S. 598 (598 f.) – *Germania 3*. Siehe hierzu auch Fn. 1463.

dafür aus, dass die Schrankenvorschriften einem generellen Analogieverbot unterlägen<sup>1280</sup>. Diese Sicht wird in der neueren Literatur allerdings ebenso zunehmend kritisiert wie die hiermit einhergehende Anpassungsträgheit der Schrankenbestimmungen<sup>1281</sup>.

## b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Auslegung von Schrankenbestimmungen

Schon in der Entscheidung „Grundig-Reporter“ hat der Bundesgerichtshof postuliert, dass die technische Weiterentwicklung zwar im Rahmen der ausschließlichen Verwertungsbefugnis des Urhebers erfasst werden könne<sup>1282</sup>. Dies gelte indes nicht für die Schranken, die einer Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung auch bei tatsächlichen Veränderungen nicht zugänglich seien. Es heißt hier<sup>1283</sup>:

„Dann aber darf diese Einschränkung des Vervielfältigungsrechts des Urhebers nicht über ihren eigentlichen Sinn und Zweck hinaus erstreckt werden. Der mit dieser Ausnahmebestimmung<sup>1284</sup> verfolgte Zweck kann nur aus der tatsächlichen und rechtlichen Lage, die der Gesetzgeber bei Erlass dieser Bestimmung vorfand, entnommen werden.“

Die Erweiterung der Zweckbestimmung einer Schrankenregelung zu Gunsten einer Anpassung an technische oder sonstige Veränderungen kam hiernach nicht in Betracht. Für den Umfang der Schutzrechte sollte dies jedoch nicht gelten. Diesbezüglich führt der Bundesgerichtshof in Bezug auf die Auslegung des Vervielfältigungsrechts an Tonbandaufnahmen weiter aus<sup>1285</sup>:

„Entgegen der Auffassung der Beklagten muss auch gegenüber einem sprachlich eindeutigen Wortlaut eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes Platz greifen, wenn der zur

1280 *Fromm/Nordemann-Nordemann*, vor §§ 45 ff., Rdnr. 3; *Schricker/Melichar*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 16; anders diesbezüglich allerdings der BGH in GRUR 1987, S. 362 ff. – Filmzitat und GRUR 1994, S. 45 (47) – Verteileranlagen. Hiergegen wenden sich jedoch immer mehr Stimmen in der Literatur, vgl. etwa v. *Becker*, GRUR 2004, S. 104 (108); *Bornkamm* in FS *Piper*, S. 641 (650) und die unten in Fn. 1457 und 1460 Genannten.

1281 Vgl. etwa *Hoeren*, MMR 2000, S. 3 (4 f.); *Kröger*, MMR 2002, S. 18 (20 f.). Für eine Neukonzeption der Schrankensystematik in Richtung einer „Mega-Schranke“ nach Vorbild der amerikanischen *fair use doctrine* spricht sich *Wandtke*, GRUR 2002, S. 1 (7) aus. Auch *Kur* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23 (45 ff.) verweist aufgrund der „asymmetrischen Konvergenz“ der verschiedenen Immaterialgüterrechte auf das Potenzial einer Öffnung der Schrankensystematik zu Gunsten einer schutzrechtsübergreifenden „*fair use doctrine*“.

1282 Vgl. BGHZ 17, S. 266 (275 ff.) – Grundig-Reporter (ergangen vor dem Hintergrund des LUG).

1283 BGHZ 17, S. 266 (282) – Grundig-Reporter.

1284 Gemeint ist hier die Vervielfältigungsfreiheit im privaten Bereich im Sinne des § 15 Abs. 2 LUG.

1285 BGHZ 17, S. 276 – Grundig-Reporter.

Entscheidung stehende Interessenskonflikt bei Erlass des Gesetzes noch nicht ins Auge gefasst werden konnte, weil er erst durch die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nach diesem Zeitpunkt in Erscheinung getreten ist. Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gestattet dem Richter nicht nur, das Recht im Sinne seiner Weiterentwicklung durch Auslegung des gesetzten Rechts fortzubilden, sondern verpflichtet ihn sogar dazu, wenn die Findung einer gerechten Entscheidung dies erfordert. Höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Sinn und Zweck. Diesen im Einzelfall der Rechtsanwendung nutzbar zu machen und danach unter Berücksichtigung von Treu und Glauben den Streitfall einer billigen und vernünftigen Lösung zuzuführen, ist die Aufgabe des Richters.“

Durch diese Entscheidung wurde der Grundstein für die weitere Entwicklung des Urheberrechts in Richtung einer zunehmenden Divergenz des Umfangs von Schranken und Ausschließlichkeitsbefugnissen gelegt<sup>1286</sup>.

Bis vor einigen Jahren hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung an diesem Grundsatz festgehalten<sup>1287</sup>. Hierauf beruft sich der 1. Zivilsenat beispielsweise in seinem Urteil „CB-Infobank I“<sup>1288</sup>, in dem postuliert wird, dass die Vervielfältigung einzelner Zeitungsartikel durch einen Recherchedienst, der mit der Zusammenstellung von elektronischen Datenbanken befasst ist, nicht unter die Privilegierung des § 53 Abs. 2 Ziff. 4a UrhG falle.

Auch in der Entscheidung „Elektronische Pressearchive“ kam der Auffassung, dass die Privilegierungstatbestände einer Rechtsfortbildung nicht zugänglich sein sollen, entscheidende Bedeutung zu<sup>1289</sup>. Die Anwendbarkeit von § 53 Abs. 2 Ziff. 2 UrhG auf betriebsinterne, elektronische Pressearchive wurde vor diesem Hintergrund verneint, da die Nutzungsmöglichkeiten eines solchen über die bei Gesetzesabfassung angestrebten Ziele der Privilegierung hinausgehe<sup>1290</sup>.

1286 Kritisch hierzu auch *Geiger*, Anmerkung zum Urteil des Cour d'appell de Paris „Utrillo“, GRUR Int. 2002, S. 329 (332), zur entsprechenden Tendenz im französischen Urheberrecht. Die Entscheidung Grundig-Reporter wurde ihrerseits sicherlich durch die Systematik des Urheberrechts (damals noch KUG und LUG, ebenso heute der §§ 45 ff. UrhG) beeinflusst. *Kur* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 47 weist zurecht darauf hin, dass die ungleiche Behandlung von Schranken und Schutzrechten nicht zuletzt darauf beruhe, dass es sich bei den Erstgenannten nicht um „Rechte“ der hierdurch Privilegierten handele, sondern lediglich um Rechtfertigungstatbestände. *Kur* führt aus: „Im Urheberrecht (...) sind der richterlichen Entscheidungsfreiheit durch die Formulierung eines geschlossenen Kataloges schutzrechtsspezifischer Schrankenbestimmungen enge Grenzen gesetzt.“

1287 Vgl. aus neuerer Zeit die Entscheidung des Bundesgerichtshofs „Parfumflakon“ in JZ 2001, S. 461 (461) –m. Anm. *Schricker*, und hierzu sogleich unten.

1288 Vgl. BGH GRUR 1997, S. 459 (463). „Das Verständnis der privilegierenden Norm hat sich vor allem an den technischen Gegebenheiten der Information im Zeitpunkt der Einführung des Privilegierungstatbestandes zu orientieren.“

1289 Vgl. BGH, MMR 1999, S. 409 (412) m. Anm. *Hoeren*.

1290 Vgl. BGH, MMR 1999, S. 409 (412) – Elektronische Pressearchive: „Die Nutzung eines solchen Archivs mag zwar auf Betriebsangehörige beschränkt sein; auch dann geht aber der Umfang der Nutzungsmöglichkeiten weit über diejenigen hinaus, die durch § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG freigestellt werden sollten.“ Unabhängig von der Frage, ob die elektronischen Presse-

Eine wirklich nachvollziehbare oder gar zwingende Begründung für diese Haltung hat die Rechtsprechung bis heute nicht geliefert. Die Schwierigkeit, den „Grundsatz“ der restriktiven Anwendung von Schrankenvorschriften plausibel zu machen, zeigt sich an der neueren Entscheidung des Bundesgerichtshofs „Parfümflakon“<sup>1291</sup>. Der Senat führt hier zur Begründung das Folgende aus:

„Dies hat seinen Grund weniger darin, dass Ausnahmenvorschriften generell eng auszulegen wären, sondern beruht darauf, dass mit den Schrankenbestimmungen das Ausschließlichkeitsrecht begrenzt wird, das dem Urheber hinsichtlich der Verwertung seiner Werke an sich, und zwar dem Grundsatz gemäß, dass der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke tunlichst angemessen zu beteiligen ist, möglichst uneingeschränkt zusteht.“

Die innere Logik dieser Begründung erschließt sich nur schwerlich. Der Grundsatz der „angemessenen Beteiligung an der wirtschaftlichen Nutzung seines Werkes“ ist nicht mit „möglichst uneingeschränkter Ausschließlichkeitsrechtsgewähr“ gleichzusetzen. Dieser Beteiligungsgrundsatz, der ein wesentliches Element des Urheberrechts darstellt<sup>1292</sup>, basiert auf der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, welcher diesbezüglich lediglich zu entnehmen ist, dass der (geistige) Eigentümer an der wirtschaftlichen Verwertung seines Geistesgutes (angemessen) partizipieren können soll. Diesem Erfordernis kann jedoch – nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – durchaus auch durch die Gewähr von Vergütungsansprüchen Genüge getan werden<sup>1293</sup>. Die Verfassung ist dem rechtlichen Mittel, mit welchem dem Urheber eine angemessene Beteiligung gesichert wird, gegenüber weit gehend indifferent<sup>1294</sup>.

Auch in den neuesten Entscheidungen zur Auslegung und Anwendung der Schrankenbestimmungen im Bereich digitaler Technologien hat der Bundesgerichtshof an dieser restriktiven Grundhaltung im Wesentlichen festgehalten<sup>1295</sup>. In Sonderfällen könne es jedoch notwendig sein, dass die in den Privilegierungsvorschriften verwendeten Begriffe veraltet seien. Hier könne zur Durchsetzung des mit

archive gegenwärtig oder in Zukunft die Funktion herkömmlicher Pressearchive in Papierform ersetzen würden, kam für den Bundesgerichtshof im Ergebnis eine Anwendung der Privilegierung nicht in Betracht.

1291 BGH JZ 2001, S. 461 (461) mit kritischer Anmerkung von *Schricker*.

1292 Der Beteiligungsgrundsatz war nach altem Urheberrecht in § 36 Abs. 1 UrhG und ist nach neuem Recht, also nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern (vgl. BGBl. I 2002, S. 1155 – 1158) am 1.7.2002, in §§ 11 S. 2 und 32a Abs. 1 S. 1 UrhG ausdrücklich bestimmt. Die Rechtsprechung hat sich mit diesem Grundsatz in verschiedenen Entscheidungen auseinandergesetzt, vgl. v. a. BGH GRUR 1996, S. 763 (765 f.) – Salome II und BGH ZUM 2002, S. 144 – Kinderhörspiele.

1293 So auch *Kröger*, S. 223.

1294 Allerdings sind die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Entzugs der jeweiligen Position unterschiedlich. Siehe hierzu oben Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.b.bb.(2) m. w. Nachw.

1295 Vgl. auch *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 7.

der Schranke verwendeten Zwecks eine extensive Anwendung der Vorschrift geboten sein<sup>1296</sup>.

In diese Richtung äußerte sich der Bundesgerichtshof erstmals in der Entscheidung „Kopienversanddienst“<sup>1297</sup> und später erneut u. a. in der Entscheidung „Elektronische Pressespiegel“<sup>1298</sup>. Durch die letztgenannte Entscheidung wurde einem langwierigen Streit zwischen den Verlagen und kommerziellen Pressespiegelanbietern ein Schlusspunkt gesetzt<sup>1299</sup>. Der Bundesgerichtshof entschied, dass eine extensive Anwendung der Schrankenregelung dann in Betracht komme, wenn der Gesetzgeber die entstandene Situation bei Abfassung des Gesetzes nicht habe berücksichtig-

1296 Auch wenn der Bundesgerichtshof den bloßen Kopienversand durch eine Bibliothek, (vgl. MMR 1999, S. 665 (666 f.) – Kopienversanddienst, m. Anm. *Hoeren*) für nach § 53 Abs. 1 UrhG zulässig erkannt hat, kann man diese Entscheidung nicht als Statut für eine Öffnung der Schranken durch die Rechtsprechung ansehen. Zwar scheint der erste Zivilsenat hier der Informationszugangsfreiheit größeres Gewicht beigemessen und deren Bedeutung bei der Auslegung der Schranke immerhin mit einbezogen zu haben. Allerdings bot die Entscheidung auch keinen Anlass für eine Erweiterung der Privilegierung. Anders als bei dem in der Entscheidung „CB-Infobank“ streitbefangenen Recherchedienst übernahm die Bibliothek im Rahmen des Kopienversanddienstes reine Kopier- und Versendungsaufträge (u. a. per Fax). Hierbei handelte es sich mithin um einen gewöhnlichen Fall des Kopierens im Auftrag und für einen Dritten zu dessen privaten Zwecken nach § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG. Es ging also nicht um eine technische Neuerung gegenüber den Möglichkeiten zu Zeiten der Abfassung des Gesetzes 1985, die eine erweiternde Auslegung der Schranke erfordert hätte. Im Gegenteil: Der BGH stellte ausdrücklich fest, dass den Materialien der Urheberrechtsnovelle 1985 „unzweideutig zu entnehmen [sei], daß die Vervielfältigung durch öffentliche Bibliotheken im Rahmen eines Kopienversanddienstes auch ohne Zustimmung der Urheberberechtigten als urheberrechtlich zulässig angesehen wurde und weiter zugelassen werden sollte.“ (ebd., S. 667). Vor diesem Hintergrund wurden die Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des Klägers verneint, der Bundesgerichtshof schuf jedoch einen neuen Vergütungsanspruch für die Nutzungen durch gemeinnützige Kopienversanddienste (ebd. 668 f.). Vgl. weiter hierzu *Kröger*, MMR 2002, S. 18 (21).

1297 Siehe MMR 1999, S. 665 (666 f.), m. Anm. *Hoeren*. Auch früher hat es ganz vereinzelt Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gegeben, in denen eine extensive Auslegung oder sogar analoge Anwendung von Schrankenbestimmungen zugelassen wurde, vgl. v. a. BGH GRUR 1987, S. 362 ff. – Filmzitat; GRUR 1994, 45, 47 – Verteileranlage. und BGHZ 87, 126 (131) – Zoll- und Finanzschulen 2.

1298 GRUR 2002, S. 963 ff. Vgl. hierzu die Besprechung von *Hoeren* in GRUR 2002, S. 1022 ff. Auch in früheren Entscheidungen hat der BGH vereinzelt eine erweiternde Anwendung von Schrankenbestimmungen zugelassen. Beispielhaft hierfür ist v. a. die Entscheidungen „Filmzitat“ (GRUR 1987, S. 362 ff.). In der Entscheidung Verteileranlagen (GRUR 1994, S. 45 (47)) hat der BGH eine solche Möglichkeit immerhin in Erwägung gezogen.

1299 Dass sich der Gesetzgeber der Thematik noch einmal annimmt, ist höchst unwahrscheinlich. Immerhin hat er es in beiden Stufen des „Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ (sog. 1. und 2. Korb) abgelehnt, eine gesetzliche Regelung einzuführen. Angesichts des BGH-Urteils bestehe kein weiterer Regelungsbedarf, heißt es zur Begründung im Regierungsentwurf zum 2. Korb (siehe BT-Drcks. 16/1828, S. 21).

sichtigen können, die gesetzliche Wertung sich jedoch auf die veränderten Umstände übertragen lasse<sup>1300</sup>.

Ob sich dieser Entscheidung der Hinweis für eine Abkehr vom Dogma der generell restriktiven Handhabung der Schrankenbestimmungen, die nur vom Gesetzgeber an geänderte technische Rechtstatsachen angepasst werden können, abzeichnet, ist zumindest nicht auszuschließen. Immerhin hat sich der Bundesgerichtshof auch in der späteren Entscheidung „Gies-Adler“ noch einmal dahin gehend geäußert, dass dies nicht uneingeschränkt gelten kann<sup>1301</sup>. Dennoch ist angesichts der geltenden Konzeption des Urheberrechtsgesetzes mit einer adäquaten Öffnung der Schrankenregelungen gegenüber richterlicher Rechtsfortbildung nicht zu rechnen. Diese sind nicht als „Rechte“, sondern als Rechtfertigungsgründe, als Befugnisse ausgestaltet, was der außergesetzlichen Fortschreibung schon konzeptionell Grenzen setzt<sup>1302</sup>. Hinzu kommt, dass die Instanzgerichte selbst dann vor einer erweiternden Auslegung zurückschrecken, wenn sie eine solche im Grundsatz für gerechtfertigt halten<sup>1303</sup>.

Überdies zeigt die nachfolgend dargestellte Entwicklung des geschriebenen Rechts die Tendenz, die Schrankenbestimmungen zunehmend einzuschränken. Auch

1300 Vgl. BGH GRUR 2002, S. 963 (964). Im Ergebnis erklärte der BGH die Schranke des § 49 UrhG auf elektronische Pressespiegel – in engen Grenzen – für anwendbar.

1301 BGH GRUR 2003, S. 956 (957) – Gies-Adler. In der Entscheidung wird wie folgt ausgeführt: *„Besteht beispielsweise an der Wiedergabe eines geschützten Werks ein gesteigertes öffentliches Interesse, kann dies unter Umständen schon bei der Auslegung der dem Urheber zustehenden Befugnisse, in jedem Fall aber bei der Auslegung der Schrankenbestimmungen berücksichtigt werden und im Einzelfall dazu führen, dass eine enge, am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung einer großzügigeren, dem Informations- und Nutzungsinteresse der Allgemeinheit Rechnung tragenden Interpretation weichen muss.“*

1302 Kur in Schrickler/Dreier/Kur, S. 47, siehe hierzu auch bereits oben, Fn. 1286. Dagegen kennt die zivilrechtliche Methodenlehre keinen allgemeinen Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen, vgl. Dreier/Schulze-Dreier, vor §§ 44a ff., Rdnr. 7 m. w. Nachw.

1303 Beispielhaft ist hierfür die „Personal Video Recorder“-Entscheidung des OLG Dresden zu nennen (siehe NJOZ 2007, S. 1564 (1569)). Das OLG Dresden führt hierin aus: *„Immerhin hat der BGH sogar den Versand reprografischer Vervielfältigungen, für die sich der Besteller auf eine Privilegierung nach § 53 UrhG berufen kann, als einen Vorgang gewertet, der einen Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung begründet (BGH, GRUR 1999, 707 – Kopienversanddienst). Eine solche Lösung auf Grund einer rechtsanalogen Anwendung anderer Vergütungsregelungen wäre auch im vorliegenden Zusammenhang sachgerecht, da es den Sendeunternehmen vor allem um eine angemessene Kompensation für die Nutzung ihrer Programme und einen Ausgleich für eventuell entstehende Verluste bei den Werbeeinnahmen geht (in diesem Sinne auch Dreier, FS Ullmann, 2006, 37 [50]). Eine solche Regelung zu schaffen, welche die Entwicklung neuer Dienstleistungsangebote ermöglichen würde, die durchaus im Interesse der Verbraucher liegen, ist aber dem Gesetzgeber bzw. allenfalls der höchstrichterlichen Rechtsprechung (wie in der Entscheidung „Kopienversanddienst“ BGH, GRUR 1999, 707, 4. LS) vorbehalten.“*

insofern wird für die richterliche Rechtsfortbildung im Bereich der Beschränkungen des Urheberrechts zukünftig immer weniger Raum bleiben.

c) Einschränkung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums bei der Gewähr von Schrankenbestimmungen durch die Richtlinie 2001/29/EG

Durch die Richtlinie 2001/29/EG hat sich das europäische Urheberrecht erstmals der Schrankenbestimmungen angenommen. Anders als die Schutzrechte (die nach wie vor nicht abschließend durch Richtlinien geregelt und damit einer dynamischen Anpassung durch die nationalen Gesetzgeber oder Gerichte zugänglich sind) hat man sich in diesem Zuge dafür entschieden, die möglichen Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht und dem Recht der öffentlichen Wiedergabe abschließend zu regeln<sup>1304</sup>. Abgesehen von einer Ausnahme (des in § 44a UrhG umgesetzten Art. 5 Abs. 1) sind die Schrankenbestimmungen jedoch nicht obligatorisch.

Diese Entwicklung führt dazu, dass die Mitgliedstaaten zwar einerseits nicht verpflichtet sind, Schrankenbestimmungen zu gewähren, andererseits aber gehindert sind, notwendige oder (gegebenenfalls aufgrund weiterer technischer Entwicklungen) notwendig werdende Schrankenbestimmungen einzuführen, soweit sie von der Richtlinie nicht erfasst sind. Diese Entscheidung ist – mit Blick auf ein ausgewogenes Urheberrecht – äußerst bedenklich<sup>1305</sup>. Nicht nur dass auf diese Weise ohne nachvollziehbare Begründung<sup>1306</sup> ein bestimmter Status quo des stark im Fluss befindlichen urheberrechtlichen Interessensausgleichs festgeschrieben wurde. Hinzu kommt, dass diese Fixierung – einmal mehr – allein die Seite der Werknutzer benachteiligt, indem allein denjenigen rechtlichen Instrumenten jegliche Dynamik entzogen wurde, die ihnen zugute kommen (nämlich den Schrankenbestimmungen). Diese Fixierung wirkt umso schwerer, als gesetzgeberische Entscheidungen auf europäischer Ebene noch schwieriger zu revidieren sind als solche auf nationaler Ebene<sup>1307</sup>. Eine weiter gehende, massive Verschiebung des Ausgleichs der Interessen von Verwertern, Urhebern und Werknutzern ist damit schon durch die politischen

1304 Insofern eindeutig die Formulierung des 32. Erwägungsgrundes: „Die Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe sind in dieser Richtlinie erschöpfend aufgeführt.“

1305 So auch Hilty in *Ohly/Klippel*, S. 107 (120).

1306 Das in der Regel vorgebrachte Argument, dass die europäische Regelung der Schrankenbestimmungen notwendig sei, um eine Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes herbeizuführen, die wiederum Hindernissen des Binnenmarktes entgegenwirken soll, ist offensichtlich vorgeschoben. Denn aufgrund des Umstandes, dass die Schrankenbestimmungen nicht obligatorisch sind, ist das gewählte Regelungsinstrument evident untauglich, um einen auch nur nennenswerten Grad an Harmonisierung herbeizuführen.

1307 So auch Jaeger in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), S. 47 (60).

Entscheidungen auf europäischer Ebene vorangelegt. Dies zeigt sich deutlich auch an einer Reihe weiterer europäischer Initiativen<sup>1308</sup>.

d) Einschränkung der Schranken durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“

Auch die Art und Weise, wie das Urheberrechtsgesetz in den letzten Novellen fortgeschrieben wurde, erweist sich in Bezug auf die Entwicklung von Schutzrecht und Schranken als kontradirektional.

Dies wird besonders an den Neuregelungen deutlich, die das Urheberrecht durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ (also den 1. und 2. Korb) erfahren hat.

aa) Die Beschränkung der Privatkopieschranke auf Vervielfältigungen aus legalen Quellen

Besonders aus den Kreisen der Unterhaltungsindustrie, wie den Musik- und Filmverbänden sowie den Verwertungsgesellschaften, wurde bereits bei Beginn der Debatten um eine neue Urheberrechtsreform die Forderung laut, bei der Anwendbarkeit von Schrankenvorschriften zwischen digitalen und analogen Nutzungshandlungen zu differenzieren<sup>1309</sup> und v. a. die Privilegierungstatbestände in Bezug auf digitale

1308 So z. B. die Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Abl. L 195/16 v. 02.06.2004), die durch das „Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“ in das deutsche Recht umgesetzt wurde und die am 1. September 2008 in Kraft treten wird. Durch diese Gesetzesnovelle werden weitere Verschärfungen (u. a.) des Urheberrechts (in diesem Fall auf Rechtsfolgenebene) vorgenommen. Ein weiteres Beispiel für die auf europäischer Ebene vorangetriebene systematische Expansion des Urheberrechtsschutzes ist ein Richtlinienvorschlag, in dem die Kommission eine Verlängerung der Schutzdauer für verwandte Schutzrechte für Tonträgerhersteller und ausübende Künstler auf 95 (!) Jahre zu verlängern beabsichtigt [# prüfen], vgl. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/term-protection/term-protection\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/term-protection/term-protection_de.htm) (zuletzt abgerufen am 28.7.2008). Dieser Vorschlag erfolgte entgegen der wohl einheitlichen Ansicht internationaler Experten, die eine solche Ausweitung des Schutzes für ungerechtfertigt und – aus verschiedener Hinsicht – bedenklich halten. Siehe hierzu u. a. <http://irights.info/blog/arbeit2.0/2008/06/21/fachleute-warnen-vor-verlangerung-von-schutzfrist-fur-musikaufnahmen/>, zuletzt abgerufen am 28.7.2008, m. w. Nachw. Siehe auch *Hugenholz et al*, S. 83 ff.

1309 So geschehen in Art. 5 Abs. 3 lit. o) der Richtlinie 2001/29/EG. Hierin wird bestimmt, dass traditionelle Schrankenbestimmungen in den Mitgliedsstaaten trotz des abschließenden Cha-

Kopien erheblich einzuschränken<sup>1310</sup>. Ein besonders umstrittener Punkt im Rahmen der Reform lag in der Frage, ob die in § 53 Abs. 1 UrhG gesicherte Freiheit, Vervielfältigungen zur privaten Nutzung ohne Zustimmung der Rechtsinhaber anfertigen zu dürfen, nach neuem Recht<sup>1311</sup> auf Fälle beschränkt werden sollte, in denen eine rechtmäßig hergestellte (oder bereitgestellte, s. u.) Kopiervorlage verwendet wurde<sup>1312</sup>.

rakters des Schranken kataloges in Art. 5 RL aufrecht erhalten werden dürfen, soweit dies nur analoge Nutzungen betrifft (vgl. hierzu *Kröger*, MMR 2002, S. 18 (19)).

- 1310 *Geiger*, GRUR Int. 2002, S. 329 (332). Siehe zur Entwicklung dieser Frage in den Diskussionen vor Abfassung der Richtlinie 2001/29/EG *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 104 f.; ders. zur Entwicklung des deutschen Urheberrechts im 1. und 2. Korb in Geistiges Eigentum, S. 47 ff. und Spannungsfeld, S. 109 (112 ff.). Vgl. zu den Bestimmungen der Info-Soc-Richtlinie *Metzger/Kreutzer*, MMR 2002, S. 139 (139).
- 1311 Nach der bis September 2003 geltenden Rechtslage war es umstritten, ob es auf die Rechtmäßigkeit der Kopiervorlage für die Anwendbarkeit von § 53 Abs. 1 UrhG ankommt (zur Änderung durch Inkrafttreten des „Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ siehe sogleich). Eine aufstrebende Ansicht in der Literatur (vgl. *Leupold/Demisch*, ZUM 2000, S. 379 (383 f.); *Loewenheim* in FS *Dietz*, S. 415 (419 ff.); *Intveen*, S. 44 f.; *Braun*, GRUR 2001, S. 1106 (1107); wohl auch *Möhring/Nicolini-Decker*, 2. Auflage, § 53, Rdnr. 9) spricht sich dafür aus, die Schranke entsprechend restriktiv zu handhaben. Die Auslegung des § 53 UrhG gebiete – aufgrund eines „*ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals*“ – dass Vervielfältigungen zu privaten Zwecken nur dann zulässig seien, wenn schon die Kopiervorlage vom Anbieter rechtmäßig hergestellt wurde. Damit wäre die Rechtslage an der Kopiervorlage für den privaten Nutzer entscheidend. Eine durch den Werkmittler rechtswidrig hergestellte Werkkopie trüge nach den Vertretern dieser Ansicht gewissermaßen einen rechtlichen Makel, der sich von der Kopiervorlage auf die weiteren Vervielfältigungsstücke übertrüge. Nach der Gegenansicht entsprach dies nicht dem seinerzeit geltenden Recht, da Vervielfältigungen zu privaten Zwecken aufgrund einer gesetzlichen Lizenz gestattet seien, die unabhängig von jeglichen Eigenschaften der Kopiervorlage gewährt würde (vgl. *Schack*, Rdnr. 496; *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (200); *Mönkemöller*, GRUR 2000, S. 663 (668)).
- 1312 Vgl. etwa die Stellungnahme des „Forums der Rechtsinhaber“ von Oktober 2002 an das Bundesministerium der Justiz (vgl. <http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/st/Forum-RegEntw.pdf>, zuletzt abgerufen am 28.07.2008). In diesem Verbund hatten sich 14 Institutionen aus der Verlags-, Musik- und Filmbranche Mitglieder zur gemeinsamen Interessenvertretung zusammen getan. Hierzu gehörten u. a. der Bundesverband der phonographischen Wirtschaft, die Deutsche Landesgruppe der IFPI (*International Federation Of The Phonographic Industry*), der Börsenverein des deutschen Buchhandels und die wichtigsten Verwertungsgesellschaften, u. a. die GEMA. Unter anderem wurde hier vorgeschlagen, § 96 UrhG zu erweitern und dieser Norm den Tatbestand der Vervielfältigung hinzuzufügen. Der Formulierungsvorschlag der erweiterten Norm lautete: „*Rechtswidrig hergestellte oder verbreitete Vervielfältigungsstücke dürfen weder vervielfältigt noch verbreitet noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden.*“ Später wurde die Forderung von der FDP-Fraktion aufgenommen, die eine Änderung des § 53 UrhG mit dem gleichen Ziel vorschlug, vgl. die Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses im Bundestag, BT-Drcks. 15/837 vom 9. April 2003, S. 30. Auch der Bundesrat machte sich die genannte Forderung der Entertainment- und Kulturgüterindustrie schließlich zu eigen. Dies führte – aufgrund der entgegenstehenden Auffassung der

Die Bundesregierung hat diese (erstmalig im 1. Korb gestellten) Forderungen zunächst zurückgewiesen<sup>1313</sup>. Eine solche Beschränkung auf die Vervielfältigung von legalen Quellen „liefe de facto auf ein Verbot der Herstellung von Kopien zum privaten Gebrauch hinaus.“<sup>1314</sup> Denn v. a. beim Online-Zugriff, aber auch häufig im Offline-Kontext lasse sich die Rechtmäßigkeit der Kopiervorlage nicht beurteilen<sup>1315</sup>.

Diesen Bedenken ist zuzustimmen. Eine Regelung, nach der Vervielfältigungen von rechtmäßig hergestellten Quellen ohne Einschränkung rechtswidrig wäre, würde dazu führen, dass private Nutzer die Rechtslage an der verwendeten Kopiervorlage überprüfen müssten. Die Kollateralschäden einer solchen Bestimmung wären immens. Denn neben den Fällen, in denen im eigentlichen Sinne „Raubkopien“ als Kopiervorlagen verwendet werden, würden diese auch solche erfassen, in denen es z. B. im Rechtsverhältnis zwischen Urheber und Verwerter zu Störungen im Vertragsverhältnis gekommen ist<sup>1316</sup>. Die Privilegierung aus der für den urheberrechtlichen Interessensausgleich bedeutsamen Privatkopierschranke würde damit unter anderem von der Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter der Kopiervorlage und dem Berechtigten abhängig gemacht<sup>1317</sup>.

Auch ansonsten können Nutzer, v. a. im Online-Bereich, die Rechtmäßigkeit der Angebote kaum jemals überprüfen. Eine Beschränkung auf das Kopieren von „legalen Quellen“ hätte für den Rechtsverkehr und besonders die privaten Nutzer eine kaum hinnehmbare Rechtsunsicherheit zur Folge gehabt, wodurch die Funktion der Schranke unterwandert worden wäre.

Der Gesetzgeber hat diesen Bedenken nur teilweise Rechnung getragen. Nachdem der Bundesrat sich diese Forderung der Entertainmentwirtschaft zu eigen gemacht und – angesichts der Weigerung der Bundesregierung, dem nachzukommen –

Bundesregierung – schließlich zur Einberufung des Vermittlungsausschusses, vgl. Anrufungsbeschluss des Bundesrates vom 23. Mai 2003, BR-Drcks. 271/03, S. 2.

1313 Vgl. zur Kritik auch *Kreutzer*, Stellungnahme des ifrOSS an das Bundesministerium für Justiz zu einer möglichen Neuregelung der Schrankenvorschrift § 53 und damit zusammenhängender Normen im Zuge der Neuordnung des deutschen UrhG bei der Einarbeitung der Richtlinie 2001/29/EG vom 08.11.2001 (vgl. [www.ifross.de/ifross\\_html/art13.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art13.pdf)).

1314 Vgl. die Gegenäußerung der Bundesregierung in Erwiderung auf eine entsprechende Forderung des Bundesrates, BT-Drcks. 15/38, S. 39.

1315 Weiter heißt es hier: „Im Internet zum Download bereitgehaltene Dateien bieten keinerlei Anhaltspunkte für ihre Herkunft. Bei Offline-Medien, wie etwa CDs, ist in der Regel allein das booklet, nicht aber der Tonträger selbst, geeignet, die Originalität der Vorlage zu belegen.“

1316 Um eine (objektiv) rechtswidrig hergestellte Kopiervorlage würde es sich z. B. auch bei einer im Handel erworbenen Film-DVD handeln, wenn der Filmhersteller es unterlassen hat, sich an allen vorbestehenden Werken die erforderlichen Rechte einzuholen o. Ä.

1317 Der Umstand, dass den Nutzer für derart entstehende Rechtsverletzungen in aller Regel kein Verschulden treffen dürfte, schützt ihn nur unzureichend. Denn Unterlassungsansprüche und Ansprüche auf Abmahnkosten sind verschuldensunabhängig.

den Vermittlungsausschuss angerufen hatte, einigte man sich auf einen Kompromiss. Vervielfältigungen zu privaten Zwecken waren nach der endgültigen Fassung des 1. Korbes nur noch zustimmungsfrei zulässig, „soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird“<sup>1318</sup>.

In Anbetracht des Umstandes, dass das Ziel dieser Regelung v. a. darin lag, die Online-Tauschbörsen „auszutrocknen“<sup>1319</sup>, kann man die letztlich gefundene Formulierung nur als Redaktionsversehen verstehen.

Denn zu beurteilen, ob eine Kopiervorlage rechtmäßig hergestellt wurde, ist den Nutzern kaum einmal möglich<sup>1320</sup>.

Man nehme den Fall, dass sich ein Nutzer aus einem *Filesharing*-Netzwerk von einem anderen Teilnehmer des Systems eine Musikdatei herunterlädt<sup>1321</sup>. Die angebotene Datei, also die Kopiervorlage, kann – ohne dass dies erkennbar oder technisch relevant wäre – sowohl eine Originaldatei<sup>1322</sup>, eine berechtigte Privatkopie oder eine Raubkopie sein. Allein die Raubkopie wäre eine „rechtswidrig hergestellte Kopiervorlage“. Diese dürfte indes allenfalls klar erkennbar sein, wenn der darauf befindliche Musiktitel oder Film noch gar nicht veröffentlicht war. Selbst wenn dies der Fall wäre, wäre jedoch noch nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass es sich um eine „offensichtlich“ rechtswidrig hergestellte Kopiervorlage handelt. Denn ob die Vervielfältigung überhaupt rechtswidrig war, hängt u. a. von dem jeweils geltenden Recht ab. Da es den Nutzern, v. a. im Online-Bereich, jedoch in aller Regel nicht einmal möglich ist zu erkennen, in welchem Land die Datei erstellt wurde, die im Internet zum Download zugänglich gemacht wird, ist es umso weniger möglich, die Rechtslage im Zuge der Herstellung zu überprüfen. Stellen sich derlei Fragen, handelt es sich in keinem Fall um ein „offensichtlich“ (also für jedermann ohne Weiteres erkennbar) rechtswidrig hergestelltes Werkstück.

Hieran ändert auch die nochmalige Anpassung der Regelung im 2. Korb nichts. Zwar wurde § 53 Abs. 1 UrhG in diesem Zuge erneut geändert und die Einschränkung auf „*offensichtlich rechtswidrig hergestellte und öffentlich zugänglich gemachte Vorlagen*“ erweitert. Die o. g. Unsicherheit über das anwendbare Recht und die

1318 Vgl. Beschluss des Bundestages vom 4. Juli 2003, BR-Drcks. 445/03.

1319 Siehe zu den Motiven die Ausführungen im Regierungsentwurf zum 2. Korb, BT-Drcks. 16/1828, S. 25 f.

1320 Selbst bei einem augenscheinlich eindeutigen Fall, dem Kauf einer selbst gebrannten Musik-CD auf dem Flohmarkt wäre diese Unsicherheit gegeben. Die für die Beschränkung relevante Herstellung derselben kann durchaus von § 53 Abs. 1 UrhG gedeckt gewesen sein. Dies kann der Käufer im Zweifel nicht erkennen. Dagegen drängt sich auf, dass das Angebot wegen § 53 Abs. 6 UrhG rechtswidrig ist. Der Ansatz scheint daher verfehlt.

1321 Siehe zur Rechtslage bei der Nutzung von *Filesharing*-Systemen *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (193 f.) und 307 ff.; *Braun*, GRUR 2001, S. 1106 (1109); *Schack* in FS Erdmann, S. 165 (169); *Spindler*, JZ 2002, S. 60 (66).

1322 Die etwa – ohne noch einmal kopiert worden zu sein – gegen Entgelt bei einem kommerziellen Musikdownloaddienst heruntergeladen wurde.

hiermit zusammenhängende Frage, wie sich dies auf die Nutzung von online bereitgestellten Werkkopien auswirkt, besteht indes weiterhin<sup>1323</sup>.

Trotz oder gerade aufgrund des fragwürdigen, möglicherweise gar nicht existenten Anwendungsbereichs der Beschränkung auf legale Quellen führt der Verweis auf die offensichtlich rechtswidrigen Vorlagen zu erheblicher Rechtsunsicherheit, die v. a. die durch die Schranke begünstigten, „rechtschaffenen“ Endnutzer belastet. Diese können sich zukünftig nicht mehr wie bislang auf die Kopierfreiheit im privaten Umfeld verlassen. Zwar wollte der Gesetzgeber mit der Formulierung „offensichtlich“ gerade ausschließen, dass die Nutzer mit Rechtsfragen belastet werden, die sie nicht beurteilen können. Die Rechtsunsicherheit ergibt sich jedoch dennoch unmittelbar aus dem unklaren, vagen Wortlaut des § 53 Abs. 1 UrhG. Dies ist bei einer Regelung, die sich unmittelbar an Laien, also an private Nutzer richtet, nicht hinnehmbar. Angesichts des überdies fragwürdigen Nutzens für die Belange der Rechteinhaber erscheint es mehr als zweifelhaft, ob der urheberrechtliche Interessensausgleich bei diesem Zugeständnis an die Forderungen der Unterhaltungsindustrie gewahrt wurde.

bb) Die Beschränkung der Schrankenbestimmungen durch den Schutz technischer Maßnahmen

(1) Die Einführung des „Schutzes technischer Maßnahmen“ durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“

Zurückgehend auf die Umsetzungsverpflichtung aus den Art. 11 WCT und Artikel 18 WPPT<sup>1324</sup> sowie des Art. 6 der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG wird dem Urheberrechtsgesetz ein neues Schutzinstrumentarium implementiert. Nach den durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ eingeführten §§ 95a ff. UrhG wird ein „Schutz technischer Maßnahmen“ bestimmt, der

1323 Auch die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Online-Angebotes z. B. einer Musikdatei ist nach dem jeweils anwendbaren Recht zu beurteilen. Abgesehen von dem Umstand, dass gerade Tauschbörsennutzer aufgrund der in solchen Systemen herrschenden absoluten Anonymität nicht einmal wissen, in welchem Land sich der jeweilige Anbieter der Datei befindet, könnte ein Laie die schwierigen Fragen des Internationalen Privatrechts, nach denen sich das anwendbare Recht beurteilt, nicht beantworten. Auch insofern ist diese Kenntnis jedoch für die Einschätzung der Frage, ob das jeweilige Angebot überhaupt rechtswidrig ist, erforderlich. Wie vor diesem Hintergrund das Regelungsziel erreicht werden soll, ist nicht ersichtlich. Den sich aus der Internationalität der Vorgänge in Online-Netzen ergebenden Komplexitäten wird dieser Ansatz des deutschen Rechts jedenfalls nicht gerecht.

1324 Zur Entstehungsgeschichte dieser Normen, vgl. *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 80 ff.

ein bislang ungekanntes System von wechselseitigen flankierenden rechtlichen und technischen Schutzmechanismen verkörpert. Als technische Maßnahmen werden nach § 95a UrhG verstanden:

„Technologien, Vorrichtungen und Bestandteile, die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, geschützte Werke oder andere nach diesem Gesetz geschützte Schutzgegenstände betreffende Handlungen, die vom Rechtsinhaber nicht genehmigt sind, zu verhindern oder einzuschränken.“

Vereinfacht gesprochen, sind mit technischen Maßnahmen i.S.d §§ 95 a ff. UrhG in erster Linie Kopier- und Zugangsschutzsysteme gemeint<sup>1325</sup>. Der hinter dieser gesetzlichen Neuerung stehende Gedanke besteht darin, dass in einer digitalen Welt einerseits das Recht die Technik benötigt, um Schutzpositionen gewährleisten zu können, dass auf anderer Seite aber diese Sicherungstechnik ebenfalls anfällig für Eingriffe ist und somit ihrerseits wiederum des Rechtsschutzes bedarf<sup>1326</sup>. Durch diese enge funktionale Verknüpfung von Technik und Recht entsteht ein für das Urheberrecht neuer synergetischer Effekt<sup>1327</sup>.

1325 Vgl. Näheres bei *Kreutzer*, „Selbsthilferecht zum Umgehen von Kopierschutz?“ in Telepolis vom 18.10.2002 (<http://www.telepolis.de/r4/artikel/9/9817/1.html>).

1326 In Erwägungsgrund 47 zur Richtlinie 2001/29/EG heißt es hierzu: *„Im Zuge der technischen Entwicklung werden Rechtsinhaber von technischen Maßnahmen Gebrauch machen können, die dazu bestimmt sind, die Verhinderung oder Einschränkung von Handlungen zu erreichen, die von den Inhabern von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten oder des sui-generis-Recht an Datenbanken nicht genehmigt worden sind. Es besteht jedoch die Gefahr, dass die Umgehung des durch diese Vorrichtungen geschaffenen technischen Schutzes durch rechtswidrige Handlungen ermöglicht oder erleichtert wird. Um ein uneinheitliches rechtliches Vorgehen zu vermeiden, das den Binnenmarkt in seiner Funktion beeinträchtigen könnte, muss der rechtliche Schutz vor der Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen und vor der Bereitstellung entsprechender Vorrichtungen und Produkte bzw. der Erbringung entsprechender Dienstleistungen harmonisiert werden.“*

1327 Die Auswirkungen des Schutzes technischer Maßnahmen können an einem Schichtenmodell erläutert werden, das vier Sicherungsebenen unterscheidet. Jede Sicherungsebene dient der jeweils höher gelegenen gewissermaßen als „doppelter Boden“, wodurch eine Mehrfachabsicherung der Interessen der Rechtsinhaber erreicht wird. 1. Sicherungsebene: Urheberrecht, schützt vor unbefugter Nutzung des Werkes (rechtlicher Schutz). 2. Sicherungsebene: Technische Schutzmaßnahme, schützt vor unbefugter (und befugter) Nutzung sowie – je nach Funktion – vor unbefugtem Zugang zum Werk (technischer Schutz). 3. Sicherungsebene: Schutz technischer Maßnahmen, schützt vor einer Umgehung der technischen Schutzmaßnahme (rechtlicher Schutz). 4. Sicherungsebene: Schutz von Handlungen, die Umgehungen erleichtern oder ermöglichen. § 95a Abs. 3 untersagt es, Umgehungsmittel oder Informationen über Umgehungsmittel (z. B. Anleitung zur Umgehung eines Kopierschutzes) herzustellen, zu vertreiben usw. (rechtlicher Schutz). Siehe das Modell bei *Kreutzer*, Geistiges Eigentum, S. 43.

## (2) Auswirkungen des Schutzes technischer Maßnahmen auf das Urheberrecht

Für das Urheberrecht bedeutet dies zunächst eine erhebliche Erweiterung des Rechts auf einen neu erschlossenen Schutzbereich<sup>1328</sup>. Durch die §§ 95a ff. UrhG kann der Urheber aufgrund seines Ausschließlichkeitsrechts erstmals Handlungen untersagen, die sich nicht auf die Nutzung von Werken, nicht einmal auf das Werk selbst, beziehen. Geschaffen wird damit ein für das Urheberrecht neuartiges Schutzrecht „sui generis“, das weder Verwertungs- noch Persönlichkeitsrecht ist. Durch die sehr weite Formulierung dieses neuen Schutzrechts stehen die hierdurch untersagten Handlungen zu einer Werknutzung teilweise nur noch in einem sehr entfernten Zusammenhang. Neben dem in § 95a Abs. 1 UrhG geregelten Verbot einer Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen werden durch Abs. 3 dieser Vorschrift auch mittelbar hiermit in Beziehung stehende (z. B. Vorbereitungs-)Handlungen untersagt<sup>1329</sup>. Systematisch folgerichtig finden sich die neuen Verbotsrechte des Rechtsinhabers auch nicht im 4. Abschnitt des 1. Teils des Urheberrechtsgesetzes (also bei den Verwertungsrechten), sondern in einem neu geschaffenen 1. Abschnitt des 4. Teiles<sup>1330</sup> mit der Überschrift „Ergänzende Schutzbestimmungen“.

Der Einfluss des Schutzes technischer Maßnahmen auf das Regelungsgefüge des Urheberrechts kann nicht deutlich genug hervorgehoben werden. Durch die Neuregelung wird ein gänzlich neues Spannungsfeld eröffnet, dessen Auswirkungen auf den urheberrechtlichen Interessensausgleich zwischen Individual- und Kollektivinteressen erheblich sind.

### (a) 1. Beispiel für den Einfluss der §§ 95a UrhG auf den urheberrechtlichen Interessensausgleich: Zugangssteuerung statt Verwertungsrecht

Zunächst wird hierdurch dem Ausschließlichkeitsrecht des Rechtsinhabers ein bislang ungeschützter Bereich zugeordnet, der in einer Informationsgesellschaft von grundlegender Bedeutung ist: die Entscheidung über den Zugang zum Werk und

1328 Siehe hierzu schon oben, Punkt IV.B.4.c.bb).

1329 Hier heißt es: „*Verboten sind die Herstellung, die Einfuhr, die Verbreitung, der Verkauf, die Vermietung, die Werbung im Hinblick auf Verkauf oder Vermietung und der gewerblichen Zwecken dienende Besitz von Vorrichtungen, Erzeugnissen oder Bestandteilen sowie die Erbringung von Dienstleistungen, die Gegenstand einer Verkaufsförderung, Werbung oder Vermarktung mit dem Ziel der Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen sind oder abgesehen von der Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen nur einen begrenzten wirtschaftlichen Zweck oder Nutzen haben oder hauptsächlich entworfen, hergestellt, angepasst oder erbracht werden, um die Umgehung technischer Maßnahmen zu ermöglichen oder zu erleichtern.*“

1330 Dieser enthält „Gemeinsame Bestimmungen für Urheberrecht und verwandte Schutzrechte“.

damit zu etwaigen darin verkörperten Informationen<sup>1331</sup>. Nach § 95a Abs. 2 UrhG werden als „wirksame technische Maßnahmen“ i.S.d. Abs. 1 und 3 dieser Norm auch Zugangskontrollen verstanden<sup>1332</sup>. Der Zugang zu (veröffentlichten<sup>1333</sup>) Werken wurde bislang indes nicht dem Urheber vorbehalten. Ist das Werk einmal veröffentlicht, darf jeder, der faktischen Zugriff auf ein Werkexemplar hat, hiervon Kenntnis nehmen, dieses benutzen, solange dies nicht mit einer zustimmungsbedürftigen Verwertungshandlung (z. B. einer Vervielfältigung) einhergeht<sup>1334</sup>. Durch den Schutz von Zugangskontrollsystemen wird dieser ungeschützte Bereich dem Urheberrecht mittelbar zugeordnet. Setzt der Rechtsinhaber einen solchen Mechanismus ein, kann er jede Kenntnisnahme vom Inhalt eines bereits in Verkehr gebrachten Werkes verhindern.

Zwar wäre ihm dies auch ohne rechtlichen Schutz jedenfalls in gewisser Weise faktisch möglich<sup>1335</sup>. Der Rechtsschutz der technischen Schutzmaßnahmen gem. § 95a Abs. 1 und 3 UrhG geht jedoch über diese faktische Steuerungsmacht des Rechtsinhabers weit hinaus. Zu der technisch-faktischen Möglichkeit, mittels einer Zugangskontrolle jede einzelne Benutzung des Werkes zu kontrollieren, tritt nunmehr ein ausschließliches (also gegenüber jedermann wirksames) Recht, die Umgehung des technischen Mechanismus<sup>7</sup> zu verbieten. Damit wird faktisch ein Recht geschaffen, über jede Form der Kenntnisnahme des Werkes zu entscheiden und zwar selbst dann, wenn der Urheber dieser mit der Veröffentlichung eigentlich bereits zugestimmt hat und die Rezeption nicht mit einer urheberrechtlich relevanten Verwertungshandlung einhergeht. Der Umfang der ausschließlichen Befugnisse wird so erheblich ausgeweitet<sup>1336</sup>, da die Unterscheidung von freier rezeptiver Verwendung und zustimmungspflichtiger Verwertung bei Anwendung technischer Maßnahmen bedeutungslos wird.

1331 Vgl. auch *Hilty* in *Ohly/Klippel*, S. 107 (109). Siehe zu der besonders einschneidenden Auswirkung dieses Regelungsgefüges auf in Datenbanken gespeicherte Informationen oben, Punkt III.C.2.b).

1332 Näheres hierzu, vgl. *Wand*, S. 10 ff.

1333 Nach bisher geltendem Recht existiert ein „Zugangskontrollrecht“ nur in Form des Veröffentlichungsrechts gem. § 12 UrhG. Hierbei handelt es sich jedoch um ein Urheberpersönlichkeitsrecht mit einem anderen Schutzzweck. Es erlischt im Übrigen nach h. M. mit der Erstveröffentlichung (vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 12, Rdnr. 6 m. w. Nachw.) und stellt schon von daher kein umfassendes Zugangsrecht, kein „right of communication to the public“ dar.

1334 Siehe oben, Punkt IV.B.1) in diesem Abschnitt zur urheberrechtlichen Relevanz der Benutzung bei Nutzungshandlungen mittels Computertechnologie.

1335 Niemand ist verpflichtet, sein Werk nach Veröffentlichung jedermann zur Verfügung zu stellen oder überhaupt zu veröffentlichen. So werden Bücher nur an diejenigen verkauft, die den Kaufpreis bezahlen, Download-Angebote können nur nach Zahlung der jeweiligen Gebühren in Anspruch genommen werden usw.

1336 Zum Schutz technischer Maßnahmen nach alter Rechtslage vgl. *Haedicke* in *FS Dietz* (2001), S. 349 ff.

(b) 2. Beispiel für den Einfluss der §§ 95a UrhG auf den urheberrechtlichen Interessensausgleich: Die Umgehung der Schrankenregelungen

Das Verbot, Kopierschutz- und Zugangskontrollsysteme zu umgehen, führt dazu, dass die Schrankenvorschriften, v. a. solche, die die zustimmungsfreie Vervielfältigung ermöglichen (wie z. B. das Zitatrecht oder die Privatkopie), faktisch ausgehebelt werden können. Setzt der Rechtsinhaber etwa Kopierschutzmechanismen ein<sup>1337</sup>, können z. B. Zitate<sup>1338</sup> oder Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch und anderen Zwecken nicht mehr angefertigt werden. Ein Selbsthilferecht, das die Schrankenprivilegierten in die Situation versetzen würde, zur Durchsetzung ihrer Interessen technische Maßnahmen zu umgehen, sehen die §§ 95 a ff. UrhG nicht vor.

Vor diesem Hintergrund stellt sich in Bezug auf den Schutz technischer Maßnahmen die vorrangige Frage, ob und wenn auf welche Weise das Spannungsfeld zwischen Schranken und dem Schutz technischer Maßnahmen durch gesetzliche Mittel auszugestalten werden ist. Ausgangspunkt der Überlegung muss die ganz grundsätzliche Frage sein, ob man die durch technische Schutzmaßnahmen beeinträchtigten Privilegien des Urheberrechts auch im digitalen Bereich erhalten will. Ohne rechtliche Gebote, die die Rechtsinhaber verpflichten, bei Einsatz technischer Schutzmaßnahmen die Wahrnehmung der Schranken auf irgendeine Weise<sup>1339</sup> zu gewährleisten, werden diese in bestimmten Bereichen urheberrechtlich relevanter Nutzung faktisch ausgehebelt<sup>1340</sup>. Hiermit würde man die Entscheidung über eine

1337 Dies wird heute im Entertainment-Bereich schon weithin genutzt. Bereits seit Mitte der achtziger Jahre werden Videofilme z. B. mit dem analogen Kopierschutzsystem „Macrovision“ versehen. Auch werden mittlerweile viele neu erscheinende Audio-CDs, vor allem von den großen Musikunternehmen, mit digitalen Kopierschutzmechanismen versehen.

1338 Dies gilt zumindest für Zitate, bei denen eine Vervielfältigung des zitierten Werkteils oder Werkes zwingend erforderlich ist. Bei Textzitaten ist dies in aller Regel nicht der Fall, da der jeweilige Ausschnitt abgeschrieben werden kann. Anders jedoch bei Zitaten aus Filmen, von Fotografien oder Musikaufnahmen. Da es weder möglich noch im Sinne des Zitats ist, beispielsweise einen Filmausschnitt nachzudrehen, um ihn als Zitat einzusetzen, ist es hierfür erforderlich, diesen aus dem Film herauszukopieren und die Kopie in das zitierende Werk einzufügen. Ist die Filmdatei jedoch kopiergeschützt, wird dies technisch verhindert. Die §§ 95a ff. UrhG verbieten wiederum, den technischen Schutz zu umgehen.

1339 Denkbar wären verschiedene Alternativen, vgl. *Metzger/Kreutzer*, MMR 2002, S. 139 ff., die zwischen einer Anspruchs-, einer Selbsthilfe-, einer Pönalisierungs- oder einer Verbandsklagenlösung unterscheiden. Vgl. ausführlich hierzu mit weiteren Anregungen *Kreutzer/Jaeger* in ihrer Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ vom 04.11.2002 ([http://www.ifross.de/ifross\\_html/art22.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art22.pdf)), S. 8 ff.

1340 Kritisch daher auch *Metzger/Kreutzer*, MMR 2002, S. 139 (140); *Linnenborn K&R* 2001, S. 394 (399 f.). Nach Erwägungsgrund (52) Richtlinie 2001/29/EG „sollten“ die Mitgliedstaaten

Ausgestaltung des Interessensausgleichs durch die Schranken des Urheberrechts einer der Interessengruppen selbst, nämlich v. a. der Verwertungsindustrie, überlassen.

In der Richtlinie 2001/29/EG wird diese Problematik in Art. 6 behandelt<sup>1341</sup>. Des- sen Abs. 4 UA 1 schreibt zwingend vor, eine Wahrung bestimmter Schrankenvor- schriften – sofern diese überhaupt gewährt werden<sup>1342</sup> – gesetzlich zu gewährleis- ten<sup>1343</sup>. Diese obligatorische Gewährleistung gilt indes nach Art. 6 Abs. 4 UA 1 der Richtlinie weder für die – ebenfalls fakultative – Schranke aus Art. 5 Abs. 2 lit. b) (digitale Vervielfältigung zum privaten Gebrauch) noch für Art. 5 Abs. 3 lit. d) (Zi- tatrecht).

Einerseits hat man sich also, trotz erbitterten Widerstandes der Verwerter<sup>1344</sup>, in der Schlussfassung der Richtlinie auf eine – fakultative – Schranke für die Vervielfältigung zu privaten Zwecken sowohl in analoger als auch digitaler Form einigen können<sup>1345</sup>. Auch ein Zitatrecht kann im Prinzip, wiederum unabhängig von der verwendeten Technik oder den beim Zitieren vorgenommenen Nutzungshandlungen, gewährt werden. Da die Richtlinie den nationalen Gesetzgebern jedoch in Bezug auf die Ausgestaltung des Verhältnisses dieser Schranken und dem Schutz technischer Schutzmaßnahmen einen Umsetzungsspielraum einräumt, ist die Gewähr der Ge-

Sorge tragen, dass die Ziele der Schranken – soweit ins nationale Recht umgesetzt – auch er- reicht werden können.

1341 Vgl. Richtlinie 2001/29/EG, abgedr. GRUR Int. 2001, S. 745. In Art. 6 Abs. 4: Unterabsatz 1 heißt es: „*Werden von Seiten der Rechtsinhaber freiwillige Maßnahmen, einschließlich Ver- einbarungen zwischen den Rechtsinhabern und anderen betroffenen Parteien, nicht ergriffen, so treffen die Mitgliedstaaten ungeachtet des Rechtsschutzes nach Absatz 1 geeignete Maß- nahmen, um sicherzustellen, dass die Rechtsinhaber dem Begünstigten einer im nationalen Recht gemäß Artikel 5 Absatz 2 Buchstaben a, c, d, oder e oder Absatz 3 Buchstaben a, b o- der e vorgesehenen Ausnahme oder Beschränkung die Mittel zur Nutzung der betreffenden Ausnahme oder Beschränkung in dem für die Nutzung der betreffenden Ausnahme oder Be- schränkung erforderlichen Maße zur Verfügung stellen, soweit der betreffende Begünstigte rechtmäßig Zugang zu dem geschützten Werk oder Schutzgegenstand hat.*“

Unterabsatz 2: „*Ein Mitgliedstaat kann derartige Maßnahmen auch in Bezug auf den Begünstigten einer Ausnahme oder Beschränkung gemäß Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b treffen, sofern die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch nicht bereits durch die Rechtsinhaber in dem für die Nutzung der betreffenden Ausnahme oder Beschränkung erforderlichen Maße gemäß Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b und Absatz 5 ermöglicht worden ist; der Rechtsinhaber kann dadurch nicht gehindert werden, geeignete Maßnahmen in Bezug auf die Zahl der Vervielfältigungen gemäß diesen Bestimmungen zu ergreifen.*“ (...)

1342 Die Umsetzung der Schrankenvorschriften an sich ist fakultativ, vgl. Art. 5 Abs. 2 und 3 RL 2001/29/EG (“*die Mitgliedstaaten können...*“) und Erwägungsgrund 32.

1343 Durch dieses Privileg geschützt werden lediglich die in Art. 5 Abs. 2 lit. a), b), d) und e) so- wie die in Art. 5 Abs. 3 lit. a), b) und e) genannten Schranken.

1344 Zu der Auseinandersetzung vgl. *Hoeren*, MMR 2000, S. 515 (520); *Kröger*, CR 2001, S. 316 (320); *Linnenborn*, K&R 2001, S. 394 (395). Besonders die Musikindustrie hatte sich vehe- ment gegen die digitale Privatkopie ausgesprochen, da diese zu erheblichen Verlusten führe.

1345 Art. 5 Abs. 2 lit. a) und b).

meinwohlinteressen – wie sich an der deutschen Umsetzung zeigt – keineswegs vorgegeben.

So hat sich der deutsche Gesetzgeber – entgegen aller Kritik<sup>1346</sup> – letztlich dafür entschieden, im Spannungsfeld zwischen dem Schutz technischer Maßnahmen und der Schranke des § 53 Abs. 1 UrhG den Vorrang nahezu uneingeschränkt den Verwerterinteressen einzuräumen. In § 95b Abs. 1 UrhG, der in Umsetzung von Art. 6 Abs. 4, 1. UA der RL 2001/29/EG die Durchsetzbarkeit bestimmter Schrankenvorschriften regelt, ist § 53 Abs. 1 UrhG nur in Bezug auf Vervielfältigungen im Wege der Reprografie genannt. Damit kann die digitale Vervielfältigung zu privaten Zwecken bei Einsatz technischer Schutzvorrichtungen, die diese Handlung verhindern sollen, weder vorgekommen noch durchgesetzt werden. Das Gleiche gilt für die – aus Sicht des gesellschaftlichen Diskurses, des wissenschaftlichen und kulturellen Fortschritts und beispielsweise der Kunstfreiheit – elementar wichtige Zitatschranke.

Ob der Interessensausgleich, der durch die wichtigen Schrankenbestimmungen hergestellt werden soll, erhalten bleibt, ist mithin nunmehr der alleinigen Entscheidungsbefugnis der Rechtsinhaber unterworfen. Der Gesetzgeber entzieht sich auf diese Weise seiner Verantwortung, die wichtigen Aspekte des urheberrechtlichen Interessensausgleichs selbst zu regeln. Die Folge des nahezu uneingeschränkten Vorrangs des Schutzes technischer Maßnahmen ist, dass die Schranken und sonstigen Grenzen des Urheberrechts ihre durch Art. 14 Absatz 2 GG gebotene gesetzliche Korrektivfunktion vollständig verlieren.

Damit nicht genug: Noch weitaus verwerterfreundlicher (nicht aber zwingend urheberfreundlicher) stellen sich die Regelungen zum Schutze technischer Maßnahmen dar, soweit es Werke und sonstige Schutzgegenstände anbelangt, „die der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind“. Nach Art. 6 Abs. 4 UA 4 der Richtlinie<sup>1347</sup> dürfen die nationalen Gesetzgeber die Schranken bezüglich solcher Schutzgegenstände nicht durchsetzungsstark ausgestalten. Was mit diesem Unterabsatz 4 und der hierauf basierenden Vorschrift § 95b Abs. 3 UrhG gemeint ist, ist höchst unklar<sup>1348</sup>. Der deutsche Gesetzgeber jedenfalls scheint von einem sehr weiten Anwendungsbereich dieser Sondervorschrift auszugehen<sup>1349</sup>. Die Gesetzesbegründung zum 1. Korb impliziert, dass jedes Werkstück, das ein Nutzer auf dem Online-Wege erlangt (z. B. über einen Online-Händler erworben hat<sup>1350</sup>), von der Durchsetzungs Vorschrift des § 95b

1346 Vgl. z. B. Dreier CR 2000, S. 45 (47); Metzger/Kreutzer, MMR 2001, S. 139 (141).

1347 Umgesetzt in § 95b Abs. 3 UrhG.

1348 Vgl. hierzu Kreutzer, Stellungnahme an das Bundesministerium für Justiz zur Umsetzung von Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2001/29/EG ([www.ifross.de/ifross\\_html/art14.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art14.pdf)).

1349 Vgl. BT-Drcks. 15/38, S. 27.

1350 Die Beschränkung auf solche Werke, „die der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Abmachung zugänglich gemacht werden“, dürfte den Anwendungsbereich von § 95b Abs. 3

UrhG ausgenommen ist<sup>1351</sup>. Ganz gleich also, welche schützenswerten Interessen mit der Nutzung angestrebt werden, stuft das deutsche Urheberrecht die Partikularinteressen der Verwerter als höherrangig ein, soweit es online bereitgestellte Werke anbelangt<sup>1352</sup>. Die Einschränkung der Durchsetzbarkeit von Schrankenbestimmungen macht auch vor solchen Regelungen, die für die Interessen der Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind und die dem Schutz grundrechtlich geschützter Güter dienen, wie z. B. dem Zitatrecht (§ 51 UrhG) oder der Berichterstattung über Tagesereignisse (§ 50 UrhG) nicht halt<sup>1353</sup>. Dies ist v. a. angesichts des Umstands, dass immer mehr Werke ausschließlich online verwertet werden, mehr als bedenklich.

UrhG kaum einengen. Nahezu jede Online-Nutzungshandlung dürfte auf einer (zumindest konkludenten) vertraglichen Vereinbarung beruhen.

- 1351 Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drcks. 15/38 vom 6.11.2002, S. 65. Hier wird auch unumwunden eingeräumt, dass damit die Zulassung der Schrankennutzung in diesem Bereich im Belieben des jeweiligen Rechtsinhabers steht. Ob diese Lesart zutrifft und ob dies dem Regelungsgedanken der Richtlinie entspricht, ist indes äußerst zweifelhaft (vgl. *Kreutzer*, Stellungnahme an das Bundesministerium für Justiz zur Umsetzung von Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2001/29/EG, S. 10 ff. ([www.ifross.de/ifross\\_html/art14.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art14.pdf))). Eine plausible Erklärung für eine solche Ungleichbehandlung zwischen dem herkömmlichen Markt mit (materiellen) Vervielfältigungsexemplaren und dem Handel mit immateriellen Werkexemplaren ist nicht ersichtlich. Gerechtfertigt erschiene vor diesem Hintergrund lediglich, nicht das vom Nutzer erlangte Vervielfältigungsstück, sondern nur dasjenige Exemplar von der Durchsetzbarkeit der Schranken auszunehmen, das online angeboten wird. Ansonsten würde der zukunftssträchtige Verkehr von Werkstücken per Online-Distribution gegenüber dem herkömmlichen Verkehr stark benachteiligt werden (Einzelheiten zu dieser Problematik, vgl. *Kreutzer*, ebd.).
- 1352 Wie auch alle anderen Schranken kann in diesem Bereich der § 45 UrhG (die Schranke zu Gunsten der Rechtspflege und der öffentlichen Sicherheit) nicht durchgesetzt werden. Kritisch insofern auch *Dreier/Schulze-Dreier*, § 95b, Rdnr. 17.
- 1353 Vgl. zur Kritik etwa *Hilty*, *GRUR Int.* 2006, 179 (180 ff.); *Kreutzer*, Geistiges Eigentum, S. 43 ff. oder *Dreier/Schulze-Dreier*, § 95b, Rdnr. 17, die darauf hinweisen, dass im Spannungsfeld mit den Individualinteressen der Rechtsinhaber an einem wirksamen technischen Schutz selbst diejenigen Schrankenbestimmungen unberücksichtigt bleiben, die „immerhin in Abwägung von Eigentumsinteressen mit Interessen der Allgemeinheit“ festgelegt wurden und sogar in denjenigen Bereichen, wo die Schranken öffentliche Zugangsinteressen schützen, „die ihrerseits unter dem Schutz verfassungsrechtlich geschützter Grundrechte stehen“. Dass auf diese Weise die Realisierung der durch die Schranken an sich gewährleisteten Allgemeininteressen gegenüber den Individualinteressen des Urhebers gänzlich unberücksichtigt bleiben, erscheint verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Vor diesem Hintergrund scheint die Tatsache, dass dem deutschen Gesetzgeber bei der Abfassung des § 95b Abs. 3 UrhG kaum ein Umsetzungsspielraum verblieb, von geringer Bedeutung. Immerhin war Deutschland bei der Formulierung der Richtlinie als Mitgliedsstaat nicht unwesentlich beteiligt. Jedenfalls werden sich die Gerichte bei einer Kollision mit anderen grundrechtlich geschützten Gütern um eine verfassungskonforme, im Zweifel restriktive, Auslegung des § 95b Abs. 3 UrhG bemühen müssen (wie oben angeregt, vgl. Fn. 1349).

## e) Fazit

Die genannten Beispiele zeigen eine deutliche Tendenz, die Zurückdrängung der Schranken auch mit gesetzgeberischen Mitteln voranzutreiben. Deren Bedeutung als Mittel zum Ausgleich der durch das Urheberrecht betroffenen Interessen wird zukünftig erheblich abnehmen<sup>1354</sup>. Denn durch den *sui-generis*-Schutz für technische Maßnahmen läuft – soweit solche eingesetzt werden – der Schutz der allgemeinen Interessen, den die Schrankenbestimmungen gewährleisten sollen, faktisch ins Lee-  
re<sup>1355</sup>. Alternative Instrumente, die diese Korrektivfunktion einnehmen könnten, sind weder ersichtlich noch scheinbar vom Gesetzgeber gewollt. Vielmehr drängen die politischen Entscheider auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene auf eine zunehmende Expansion des Urheberrechtsschutzes.

Diese Entwicklung ist vor dem Hintergrund der Ausgleichsfunktion des Urheberrechts bedenklich. Vor allem aufgrund der zunehmenden Bedeutung des Urheberrechtsschutzes als Steuerungsmittel zu technisch vermittelten Inhalten im Zeitalter der Digitaltechnologie scheint eine stetige Ausweitung des Schutzrechts zu Lasten eines freien Zugangs zu und Umgangs mit Informationen nicht angemessen. Es muss sehr bezweifelt werden, ob eine solche Vorgehensweise mit den Anforderungen, die an eine Informationsgesellschaft zu stellen sind, konform gehen kann. Die Entwicklung des Urheberrechts scheint vielmehr allzu sehr von partikularen Interessen dominiert.

Im Übrigen stehen auch nicht die Belange des Urhebers als dem zentralen Schutzsubjekt des geltenden Urheberrechts im Mittelpunkt. Besonders im Bereich des Schutzes technischer Maßnahmen ist die rechtspolitische Einflussnahme klar von industriellen Interessen geprägt. Dieses Instrument wird zumeist weniger dem Urheber als allein der Verwertungsindustrie dienlich sein<sup>1356</sup>. Die Möglichkeit, durch Einsatz solcher Systeme die Einzelnutzung zu erfassen und abrechnen zu können, dürfte aufgrund des hiermit verbundenen zeitlichen und finanziellen Aufwandes nur wenigen Rechtsinhabern zugänglich sein. Der sich selbst vermarktende Urheber (womöglich außerhalb des gewerblichen Bereichs) hingegen kann hiervon kaum profitieren. Abgesehen davon haben Urheber regelmäßig gar kein Interesse

1354 Dies gilt umso mehr/stärker [# prüfen] angesichts des Umstands, dass digitale Werke in aller Regel mit Lizenzbestimmungen vertrieben werden (wie es auch bei Computerprogrammen üblich ist), über die die Anbieter versuchen, gesetzliche Nutzungsfreiheiten abzubedingen. Je nachdem, wie weit gehend dem durch gesetzliche Regelungen (z. B. über die AGB-rechtlichen Bestimmungen des BGB) Grenzen gesetzt sind oder werden, wird auch diese Praxis erwartungsgemäß zu einer zunehmenden Erosion des urheberrechtlichen Interessensausgleichs führen. Vgl. zu diesem Themenkomplex *Guibault, passim*; *Kreutzer*, Verbraucherschutz, *passim* und oben, Fn. 1238.

1355 So auch Hilty, GRUR Int. 2006, 179 (180).

1356 So auch Hilty, ZUM 2003, S. 983 (1001).

daran, die Wahrnehmbarkeit ihrer Werke durch technische Sperren und rechtliche Restriktionen künstlich zu verknapfen und zu behindern.

In den Fällen, in denen ein Verwerter die Rechte am Werk wahrnimmt, kann der Schutz technischer Maßnahmen dem Urheber zu weiteren Nachteilen gereichen. So sieht § 54a Abs. 1 Satz 2 UrhG vor, dass der Einsatz von technischen Maßnahmen auf geschützte Werke bei der Bemessung der Pauschalvergütungen zu berücksichtigen ist. Um ungerechtfertigte Doppelvergütungen<sup>1357</sup> zu vermeiden, müssen zukünftig Werkexemplare, die aufgrund eines Kopierschutzmechanismus<sup>1358</sup> nicht mehr vervielfältigt werden können, von dem System der Pauschalvergütung ausgeschlossen und die Vergütungen entsprechend angepasst werden<sup>1359</sup>. Der verstärkte Vertrieb technisch geschützter Werkexemplare führt damit zu einer Verringerung der Pauschalvergütungen. Dies geht in erster Linie zu Lasten der Urheber. Denn während die Pauschalvergütungen von den Verwertungsgesellschaften direkt an die Urheber ausgeschüttet werden und die Beteiligungsansprüche gem. § 63a UrhG unabdingbar sind, fließen individuelle, per DRM kontrollierte und ggf. abgerechnete Nutzungsentgelte allein dem Verwerter zu. Eine Beteiligung des Urhebers ist damit vom Wohlwollen des Verwerter, also desjenigen abhängig, „*der versuchen wird, den Kreativen mit so wenig Entschädigung abzuspeisen wie möglich*“<sup>1359</sup>.

Auch vor diesem Hintergrund scheint es zwingend notwendig, den urheberrechtlichen Interessensausgleich neu auszutarieren. Hierbei sollte auch die konzeptionelle Frage gestellt werden, ob nicht auch das im Urheberrechtsgesetz gewählte Regelungsmodell von Schutzrecht und Schranken und die hierhinter stehenden Wertungen einer grundlegenden Überprüfung zu unterziehen sind<sup>1360</sup>.

#### f) Die Abschaffung des Erschöpfungsgrundsatzes bei unkörperlichen Werkstücken

Nach heute ganz h. M. findet das Verbreitungsrecht gem. § 17 Abs. 1 UrhG auf die unkörperliche Online-Übertragung von immateriellen Werkstücken keine Anwendung<sup>1361</sup>. Es stellt sich damit die Frage, ob der die Verkehrsfähigkeit von Werkex-

1357 Zum Begriff vgl. *Kreutzer*, ZUM 2003, S. 1041 (1044).

1358 Siehe die Begründung des neu gefassten § 54a Abs. 1 UrhG im Regierungsentwurf zum 2. Korb, BT-Drcks. 16/1828, S. 29. Dies war bereits seit In-Kraft-Treten des Ersten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft geregelt, vgl. den § 13 Abs. 4 UrhWG a. F. Vgl. zu den Empfehlungen vor der ersten Gesetzesänderung *Kreutzer*, ZUM 2003, S. 1041 (1044) und *Peukert*, ZUM 2003, S. 1050 (1054).

1359 So *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1001).

1360 Hierfür spricht sich auch *Kröger*, MMR 2002, S. 18 (20 und 21) aus; ders. Dissertation, S. 224. Siehe hierzu unten, Teil 4, Kapitel 3, Punkt II.E).

1361 *Dreier* in Informationsgesellschaft, S. 128 f.; ders. in *Becker/Dreier*, S. 123 (138 f.); *Waldenberger*, ZUM 1997, S. 177/178; *Becker*, ZUM 1995, S. 231 (244); ders. in *Becker/Dreier*, S.

emplaren ermöglichende Erschöpfungsgrundsatz aus § 17 Abs. 2 UrhG<sup>1362</sup> auch bei elektronisch vermittelten, immateriellen Werkstücken (in Form von digitalen Dateien) greifen sollte. Dies ist in der Rechtsliteratur äußerst umstritten<sup>1363</sup> und heute allerdings höchstrichterlich nicht geklärt.

Hiergegen spricht erheblich die Formulierung des Erwägungsgrundes 29 der Richtlinie 2001/29/EG<sup>1364</sup>. Es heißt hier:

„Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind. Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-ROM oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, d.h. einem Gegenstand, verkörpert ist, ist jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht.“

Diese Wertung hat in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie ihren Niederschlag gefunden. Die Intention des Richtliniengebers wird hieraus sehr deutlich. Immaterielle Werkexemplare sollen keiner Erschöpfung unterliegen und zwar auch dann nicht, wenn ein Konsument sich eine Datei heruntergeladen und danach auf einen Datenträger überspielt hat<sup>1365</sup>. Dies hätte zur Folge, dass ein „Zweitveräußerungsmarkt“ mit solchen

45 (63); *Rehbinder* ZUM 1996, S. 348 (354); *Loewenheim/Koch*, Online-Recht, S. 300; *Hoeren*, CR 1996, S. 517 (518); *Ernst*, GRUR 1997, S. 592 (593); *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 37; *Koehler*, S. 35.

1362 Der Erschöpfungsgrundsatz bewirkt, dass dem Urheber an einem Werkexemplar kein dingliches Verbreitungsrecht mehr zusteht, wenn dies einmal mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht wurde, vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 17, Rdnr. 35 ff.; *Möhring/Nicolini-Kroitzsch*, 2. Auflage, § 17, Rdnr. 38 ff.; *Wandtke/Bullinger-Heerma*, § 17, Rdnr. 13 ff. Damit wird bei körperlichen Werkstücken erreicht, dass diese nach In-Verkehr-Bringen frei von den urheberrechtlichen Beschränkungen zirkulieren können.

1363 Vgl. ausführlich zu dieser Problematik und zum Meinungsstand *Kreutzer*, Verbraucherschutz, S. 78 ff.

1364 Siehe hierzu zunächst den Erwägungsgrund 28 zur Richtlinie 2001/29/EG: „Der unter diese Richtlinie fallende Urheberrechtsschutz schließt auch das ausschließliche Recht ein, die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werks zu kontrollieren. Mit dem Erstverkauf des Originals oder dem Erstverkauf von Vervielfältigungsstücken des Originals in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erschöpft sich das Recht, den Wiederverkauf dieses Gegenstands innerhalb der Gemeinschaft zu kontrollieren.“ Auch in der Datenbank-Richtlinie 96/9/EG wurde die Frage nach der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf online-vermittelte Werkexemplare angesprochen und verneint, vgl. Erwägungsgrund 33.

1365 Letzteres ist in der deutschen Literatur umstritten. Z. T. wird – mit unterschiedlicher Begründung – vertreten, dass der Erschöpfungsgrundsatz auch in solchen Fällen angewendet werden könne, vgl. etwa *Hoeren*, MMR 2000, S. 515 (517); *Koch*, GRUR 1997, S. 417 (425 ff.);

Gütern lizenzpflichtig wäre. Ein Handel mit „gebrauchten“ Dateien (z. B. über e-Bay) oder mit selbst gebrannten CDs, die urheberrechtlich geschütztes – jedoch rechtmäßig erworbenes – Material enthalten, wäre damit ausgeschlossen.

Wie sich solche Beschränkungen des Erschöpfungsgrundsatzes auswirken können, zeigt sich derzeit an den gerichtlichen Auseinandersetzungen um „Gebrauchtssoftware“. Software wird heute zunehmend in Form unkörperlicher Werkexemplare gehandelt. V. a. gewerbliche Großabnehmer erhalten hierbei häufig gar kein körperliches Vervielfältigungsstück (wie eine CD-ROM) mehr, sondern erstellen sich die notwendigen Vervielfältigungsstücke, indem sie vom Anbieter online bereitgestellte Dateien herunterladen und sodann selbst kopieren. Alternativ überlassen die Hersteller den Erwerbern mitunter eine einzige „Masterkopie“, die Letzterer dann in der benötigten Anzahl vervielfältigt.

Gehandelt wird auf diesem Markt daher zunehmend nicht mehr mit Sachen (körperlichen Werkträgern), sondern mit Lizenzen (Nutzungsrechten). Ein Unternehmen beispielsweise, das auf die o. g. Art und Weise Software für eine Vielzahl von Nutzern erwirbt, schließt mit dem Anbieter sog. Volumenlizenzen ab. Aus diesen ergibt sich im Einzelnen, wie viele Programmkopien eingesetzt, auf Rechnern installiert werden dürfen usw.

Für die wirtschaftlichen Erwägungen, die auf diesem Markt von Anbietern und Abnehmern getroffen werden, spielt die Frage, ob die Software auf körperlichen Werkträgern vorliegt oder in Form unkörperlicher Dateien, an denen Lizenzen erworben werden, keine Rolle. Die zunehmende Substitution des „dinglichen“ Handels mit Softwarekopien dient v. a. der Praktikabilität und Kosteneffizienz. Gleichsam ist die Art der Verkörperung aus Sicht des Weiterveräußerungsinteresses des Erwerbers ohne Belang. Heutzutage bestehen sehr häufig große Bestandteile der Unternehmenswerte aus Software. Wie bei anderen Wertgegenständen hat der Erwerber ein Interesse daran, beliebig hierüber verfügen zu können, was es einschließt, diese

*Linnenborn*, K&R 2001, S. 394 (395); *Dreier*, ZUM 2002, S. 28 (32); ders. in *Dreier/Schulze*, § 19a, Rdnr. 11; *Spindler*, GRUR 2002, 105 (110); *Knies*, GRUR Int. 2002, S. 314 ff.; *Berger*, GRUR 2002, S. 198 (199). Dies wird zumeist damit begründet, dass es keinen Unterschied machen könne, ob ein materielles Werkexemplar vom Rechtsinhaber verschickt wurde oder er dieses dem Nutzer in immaterieller Form zugänglich gemacht und dieser das Werkstück selbst angefertigt hat. So sehr dies rechtspolitisch zu befürworten wäre, ist es fraglich, ob diese Argumentation angesichts der klar entgegenstehenden Intention der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG einer richtlinienkonformen Auslegung von § 17 Abs. 2 UrhG standhalten könnte. Dies verneint *Jaeger* in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), S. 47 (51 ff.), der sich für eine interessengerechte Lösung *de lege ferenda* ausspricht (ebd., S. 55 ff.) und der darauf hinweist, dass bei Computerprogrammen eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes möglich erscheine, da sich die InfoSoc-Richtlinie nicht auf Computerprogramme bezieht (ebd. S. 58 f.).

bei Bedarf auch weiterveräußern zu dürfen. Die rechtliche Zulässigkeit solcher Transaktionen kann von großer wirtschaftlicher Bedeutung sein<sup>1366</sup>.

Dieses Geschäftsfeld wurde mittlerweile von Unternehmen entdeckt, die sich darauf spezialisiert haben, Nutzungslizenzen an Software aufzukaufen und weiterzuverkaufen. Hierbei werden große Lizenzpakete häufig aufgespalten und in kleineren Einheiten veräußert<sup>1367</sup>.

Mittlerweile haben sich LG und OLG München sowie LG und OLG Hamburg mit – unterschiedlichen – Fragestellungen der „Gebrauchsoftware“ befasst<sup>1368</sup>. Die Münchner Gerichte sind dabei einheitlich davon ausgegangen, dass der Erschöpfungsgrundsatz auf derartige Fälle nicht analog anwendbar sei, dass die in den jeweiligen Lizenzbestimmungen enthaltenen Übertragungsverbote für die Lizenzen wirksam seien<sup>1369</sup> und dass – m. a. W. – der Gebrauchshandel mit Software-Lizenzen nach deutschem Urheberrecht untersagt sei<sup>1370</sup>. Bislang hat nur das Hamburger Landgericht eine andere Auffassung vertreten und argumentiert, dass der Erschöpfungsgrundsatz angesichts der mit dem körperlichen Vertrieb von Computerprogrammen gleich gelagerten Interessen analog angewendet werden müsse<sup>1371</sup>. Das Hanseatische Oberlandesgericht hat diese urheberrechtlichen Erwägungen des Landgerichts weder geteilt noch verworfen<sup>1372</sup>. Nach der derzeit höchstinstanzlichen

1366 Man stelle sich beispielsweise den (keineswegs fern liegenden) Fall vor, dass ein Großkonzern wie Siemens zwanzigtausend Nutzungslizenzen für eine bestimmte Anwendung im Wert von mehreren Millionen Euro erwirbt, dann Arbeitsplätze abbaut oder auf ein anderes System umstellt und entsprechend alle oder einen Teil der Lizenzen weiterveräußern will.

1367 Vgl. weiterführend zur Thematik *Grützacher*, ZUM 2006, S. 302 ff.; *Stögmüller* in *Büchener/Dreier* (Hrsg.), S. 127 ff. jeweils m. w. Nachw.

1368 Vgl. LG München MMR 2006, 175 ff. und OLG München, MMR 2006, 748 ff., m. Anm. *Stögmüller* (Verfügungsverfahren in Sachen Oracle gegen UsedSoft); LG München, MMR 2007, 328 ff. und OLG München, Urteil vom 03.07.2008, Az. 6 U 2759/07, S. 7 (Hauptsacheverfahren) sowie LG München, MMR 2008, 563 ff. Vgl. zudem LG Hamburg, MMR 2006, 827 ff. m. Anm. *Heydn/Schmidl* und OLG Hamburg, MMR 2007, 317 ff. m. Anm. *Hüsch/Meuser*.

1369 Das OLG München weist in seiner Entscheidung *UsedSoft II* (ebd., S. 7) zudem darauf hin, dass sich die – ohne weitere Zustimmung bestehende – Unübertragbarkeit der Nutzungsrechte bereits aus § 34 Abs. 1 UrhG ergebe.

1370 Das OLG München schmetterte die Berufungen der beklagten Firma UsedSoft mit äußerst knappen, dogmatischen Begründungen geradezu ab. Es ging in der Berufungsentscheidung sogar so weit, den Antrag auf Zulassung zur Revision abzulehnen. „Die Rechtslage ist klar und eindeutig und bedarf weder einer Bestätigung durch den BGH noch den Europäischen Gerichtshof.“ Angesichts der erheblichen Rechtsunsicherheit, der wirtschaftlichen Bedeutung und der sehr kontroversen Debatte in der Rechtsliteratur kann hiervon freilich keine Rede sein. Es ist m. E. mit Sicherheit zu erwarten, dass der BGH früher oder später hierüber entscheiden wird.

1371 LG Hamburg, MMR 2006, 827 (828 f.).

1372 In dem von den Hamburger Gerichten zu entscheidenden Fall (geklagt hatte ein Microsoft-Reseller gegen UsedSoft) war allein die Werbung von UsedSoft streitgegenständlich, genauer

Entscheidung ist der Erschöpfungsgrundsatz als Ausgleichsinstrument zwischen den Interessen der Rechtsinhaber, der Allgemeinheit (an der Verkehrsfähigkeit von Werkexemplaren) und der Erwerber daher auf unkörperliche, online veräußerte Vielfältigungsstücke nicht anwendbar.

Dies entspricht – sofern keine Korrekturen auf Wertungsebene in Form von Analogien o. Ä. vorgenommen werden – auch den geltenden Regelungen des deutschen Urheberrechtsgesetzes. Eine Norm, die den Verkehr mit immateriellen Werkstücken nach deren ersten In-Verkehr-Bringen über Online-Technologien freistellen würde, findet sich hierin nicht, da das Verbreitungsrecht auf diesen Erstvertrieb keine Anwendung findet<sup>1373</sup>. Die gilt gleichermaßen für den Erschöpfungsgrundsatz, der für eine „Erstverbreitung“ im Wege der öffentlichen Zugänglichmachung nicht gilt<sup>1374</sup>.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Entscheidung, den Erschöpfungsgrundsatz nicht in Bezug auf unkörperliche Werkexemplare fortzuschreiben, aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. Dies ist angesichts der elementaren Bedeutung dieses urheberrechtlichen Grundsatzes<sup>1375</sup> für die Interessen von Allgemeinheit und Erwerbern sehr fraglich. Dies gilt umso mehr angesichts der erwartungsgemäß zunehmenden Substituierung des Handels mit körperlichen durch den Handel mit unkörperlichen Werkexemplaren<sup>1376</sup>. Zweifel an einer sachlichen Rechtfertigung drängen sich zudem angesichts der Tatsache auf, dass eine solche weder dem Text der Richtlinie noch den Erwägungsgründen nicht zu entnehmen ist.

Der europäische Gesetzgeber scheint davon auszugehen, dass die Online-Distribution von Werkexemplaren der Erbringung einer vorübergehenden Dienstlei-

die Frage, ob die Werbung für den Verkauf von Gebrauchtssoftware, angesichts der rechtlichen Unsicherheiten über die Zulässigkeit solcher Übertragungen, wettbewerbswidrig sei. Anders als das LG Hamburg, das sich im Zuge der wettbewerbsrechtlichen Prüfung inzident mit den urheberrechtlichen Fragen auseinandergesetzt hat, wies das OLG die Klage bereits aufgrund der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften ab.

1373 Nachweise s. o., Fn. 1361.

1374 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 17, Rdnr. 30.

1375 Nach h. M. in Literatur und Rechtsprechung stellt der Erschöpfungsgrundsatz eines der wesentlichen urheberrechtlichen Leitbilder dar, was etwa dazu führt, dass pauschale Einschränkungen des Erschöpfungsgrundsatzes in AGB gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als unwirksam angesehen werden. Siehe hierzu OLG Frankfurt/Main, NJW-RR 1997, S. 494; OLG Bremen WRP 1997, 573/575 f. = CR 1997, S. 609 (611); *Lehmann* NJW 1993, S. 1822 (1825); *Wandtke/Bullinger-Grützmacher*, § 69c, Rn. 38 m. w. Nachw. Eingehend hierzu, vgl. *Kreutzer*, Verbraucherschutz, S. 37 ff.

1376 Auch die EU-Kommission ging von jeher davon aus, dass es zu einer solchen Veränderung des Werkvertriebs kommen würde, vgl. bereits das Grünbuch „Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“, KOM (95) 382 endg., S. 58. Um so die wichtige Bedeutung des Erschöpfungsgrundsatzes bei einer solchen Entwicklung zu erhalten, sprachen sich auch frühere Stimmen in der Rechtsliteratur dafür aus, das Verbreitungsrecht auf die Online-Übertragung von Werkexemplaren anzuwenden, vgl. hierzu *Becker*, ZUM 1995, S. 245; *Schwarz*, Markenartikel 1996, S. 215 (217) und *Koch*, GRUR 1997, S. 426.

tung näher steht als einem Veräußerungstatbestand. Diese Annahme geht indes fehl. Tatsächlich handelt es sich bei dem (eigentumsrechtlich relevanten) Verkehr mit immateriellen Werkexemplaren nicht um eine Dienstleistung, sondern um einen Erwerbstatbestand. Lädt sich der Nutzer bei einem kommerziellen Online-Angebot gegen Zahlung eines Entgelts ein Werkexemplar, beispielsweise eine Datei mit einem aktuellen Musikstück, herunter, entspricht dieser Vorgang aus Sicht der Interessen der Vertragspartner einem CD-Kauf. Der Nutzer begehrt, das Recht und v. a. die Möglichkeit<sup>1377</sup> zu erwerben, das Werk dauerhaft zu nutzen und damit wie ein Eigentümer zu verfahren, etwa es beliebig weiterzuveräußern. Für die Einräumung dieser Herrschaftsmacht erhält der Rechtsinhaber ein Entgelt. Ein solcher Vorgang entspricht weniger dem Tatbestand einer (vorübergehenden) öffentlichen Verfügungsbarmachung oder einer Vermietung<sup>1378</sup> als einem Sachkauf.

Dies gilt auch für die Weiterveräußerungstatbestände. Denkbar sind diese zum einen in der Form, dass der Nutzer das bei ihm durch den Download auf der Festplatte entstehende Werkstück weiterveräußert, ohne es vorher noch einmal zu vervielfältigen<sup>1379</sup>. Zum anderen ist denkbar, dass der Abnehmer die von ihm erworbene Datei mit dem geschützten Inhalt auf einem externen Datenträger speichern (z. B. auf eine CD brennen) und diesen sodann weiterveräußern will<sup>1380</sup>. Auch diesbezüglich sind die Interessen des Nutzers an einer freien Verfügbarkeit über sein Eigentum nicht anders gelagert, als in den Fällen, in denen er einen vom Hersteller gefertigten Ton-, Daten- und/oder Bildträger weiterveräußert.

1377 Ob es sich bei einem solchen Vertrag wirklich um den Erwerb urheberrechtlicher Nutzungsrechte – also um einen Lizenzvertrag – handelt, ist zweifelhaft. Der Genuss des Werkes ist nicht zustimmungspflichtig, da er nicht Bestandteil der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsbefugnisse ist. Zustimmungspflichtige Handlungen, etwa Vervielfältigungen oder Verbreitungen nimmt der Verbraucher bei der bestimmungsgemäßen Benutzung des Werkträgers (also z. B. Anhören der Musik von einer CD) nicht vor. Dies ist anders zu beurteilen, wenn durch den Abspielvorgang – im Allgemeinen ephemere – Vervielfältigungen entstünden (etwa im RAM), soweit diese nach dem neuen § 44a UrhG zulässig wären. Generell dürften alle zum Genuss eines erworbenen Werkstückes notwendigen flüchtigen Vervielfältigungen in den Anwendungsbereich dieser Schranke fallen.

1378 Vgl. beispielsweise die Definition des Vermietrechts in § 17 Abs. 3 UrhG.

1379 Hierzu kommt es v. a. dann, wenn ein Nutzer seine Festplatte oder seinen ganzen PC mit den darauf befindlichen Daten weiterverkaufen will.

1380 Ob dies zulässig ist, hängt zunächst nicht von der Frage der Erschöpfung, sondern von der Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen des Online-Anbieters der Datei hinsichtlich der Vervielfältigungsrechte ab. Handelt es sich nämlich bei dieser weiteren Vervielfältigung um eine Privatkopie, dürfte diese nach § 53 Abs. 6 UrhG ohnehin nicht weiterveräußert werden, ohne dass es auf den Erschöpfungsgrundsatz ankäme. Gestattet der Anbieter jedoch das Brennen auf eine CD, fertigt der Nutzer die weitere Vervielfältigung aufgrund eines einfachen Nutzungsrechts an und nicht aufgrund der gesetzlichen Lizenz aus § 53 Abs. 1 UrhG. § 53 Abs. 6 UrhG findet dann keine Anwendung. So auch *Jaeger* in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), S. 47 (57), der zudem darauf hinweist, dass die Anbieter von Musikdateien die weitere Vervielfältigung zu eigenen Zwecken z. T. gestatten (ebd., S. 49).

Vor diesem Hintergrund drängt sich der Verdacht auf – will man nicht gleich eine einseitig geprägte Berücksichtigung der Verwerterinteressen unterstellen –, dass der Richtliniengeber bei Abfassung des Erwägungsgrundes Nr. 29 der RL 2001/29/EG andere Konstellationen vor Augen hatte. So ist die Interessenlage dann anders zu beurteilen, wenn der Anbieter ein Werkexemplar online nur zum einmaligen Genuss zugänglich macht, ohne dass der Nutzer die Herrschaft über ein Werkexemplar erlangt (z. B. in Form eines Streams). Hierüber könnte ein Dienst- oder ein Mietvertrag geschlossen werden, da die dauerhafte Verschaffung nicht geschuldet ist. Ein solches Online-Angebot kann fraglos nicht zur Erschöpfung eines Verwertungsrechts (in diesem Fall des Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung oder des Senderechts) an dem online angebotenen Werkexemplar führen, da ansonsten der Rechtsinhaber die Werkherrschaft verlieren würde, ohne dass er das Werkstück durch Veräußerung in Verkehr gebracht hat<sup>1381</sup>. Dies erscheint auch interessengerecht, da das Entgelt im Zweifel nicht entsprechend bemessen sein wird und der Verkehrsschutz dies nicht erfordern würde<sup>1382</sup>. Gegen die Annahme, dass der Richtliniengeber allein solche Sachverhalte regeln wollte, spricht allerdings elementar Satz 2 des Erwägungsgrundes Nr. 29 der Richtlinie („Dies gilt auch...“). Hieran wird deutlich, dass der weitere Vertrieb von materiellen Trägern immer dann der Zustimmung des Rechtsinhabers unterstellt werden soll, wenn dieser das materielle Werkexemplar nicht selbst hergestellt hat<sup>1383</sup>.

Jedenfalls bei kaufähnlichen Konstellationen im Verkehr mit immateriellen Werkexemplaren vermag die kategorische Ablehnung einer Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes nicht einzuleuchten<sup>1384</sup>. Die Interessenlage scheint hier gegenüber dem herkömmlichen Verkehr mit urheberrechtlich geschützten Werken identisch<sup>1385</sup>. Während der Rechtsinhaber auch nach In-Verkehr-Bringen eines Werkexemplars u. U. noch ein Interesse daran haben kann, die Weiterverbreitung zu kontrollieren (etwa um bestimmte Vertriebs- oder Preisbindungssysteme durchsetzen zu können), hat die Allgemeinheit ein Interesse an der Verkehrsfähigkeit auf dem Markt befindlicher Güter<sup>1386</sup>. An der Schutzwürdigkeit dieses Interesses an Verkehrsfähigkeit und Verfügungsmacht auf Nutzerseite ändert sich durch die im

1381 Dies ist allgemein anerkannt. Eine nur vorübergehende Überlassung bewirkt gerade nicht die Erschöpfung des Verbreitungsrechts, vgl. BGH GRUR 2001, S. 1037 (1037) – Kauf auf Probe.

1382 So auch Jaeger in: Hilty/Peukert (Hrsg.), S. 47 (52).

1383 Gleicher Ansicht Jaeger in: Hilty/Peukert (Hrsg.), S. 47 (52 ff.).

1384 So auch die in Fn. 1365 genannten Stimmen.

1385 So auch Dreier/Schulze-Dreier, § 69c, Rdnr. 24. Hierbei ist davon auszugehen, dass Erschöpfung stets nur an einem bestimmten Werkexemplar und nach dessen Veräußerung eintreten kann. Der ursprüngliche Erwerber behält also nichts zurück, sondern begibt sich der Sachherrschaft an seinem Werkstück – sei es eine Datei, eine CD oder eine Festplatte – zu Gunsten des Empfängers dauerhaft und vollständig.

1386 Vgl. Koehler, S. 54.

Rahmen des Erwerbstatbestands gewählte Vermittlungsform des Werkexemplars nichts<sup>1387</sup>. Das etwaig entgegenstehende Anliegen des Rechtsinhabers, Weiterveräußerung oder Preisgestaltung von einmal in Verkehr gebrachten Werkexemplaren zu steuern und zu kontrollieren, wurde durch das Urheberrecht bisher nicht als schutzwürdig angesehen. An der Existenz des Erschöpfungsgrundsatzes zeigt sich jedenfalls, dass das Verkehrsinteresse an einem freien Warenverkehr als höherwertig eingeschätzt wird<sup>1388</sup>. Warum diese Bewertung in Bezug auf immaterielle Güter anders ausfallen soll, erschließt sich nicht.

Auch aus dem urheberrechtlich geschützten Interesse an einer angemessenen Vergütung an der Nutzung seines Werkes ergibt sich keine Rechtfertigung für eine derartige Erweiterung der Verwertungsrechte. Ebenso wie bei der herkömmlichen Werkvermittlung hat der Rechtsinhaber bei der Erstveräußerung von immateriellen Werkexemplaren die Möglichkeit, seine Vergütung so zu bemessen, dass sein Interesse an wirtschaftlicher Beteiligung an weiteren Verbreitungshandlungen hierdurch abgedeckt wird<sup>1389</sup>. Schließlich verbleibt zur wirtschaftlichen Wertschöpfung bei der Auswertung auch das – sich nicht erschöpfende – Vielfältigkeitsrecht, das die Partizipation an den wesentlichen, wirtschaftlich relevanten, digitalen Verwertungshandlungen sichert.

Angesichts des Vorstehenden mangelt die Ungleichbehandlung von materiellem und immateriellem Verkehr mit geschützten Werken an einer nachvollziehbaren Begründung. Vor diesem Hintergrund drängt sich der Verdacht auf, dass der kategorische und nicht weiter erläuterte Ausschluss des Erschöpfungsgrundsatzes auf unkörperliche Werkexemplare durch den o. g. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29/EG allein oder vorrangig darauf zurückzuführen ist, dass sich der Richtliniengeber unreflektiert Forderungen der Urheberrechtsindustrie zu eigen gemacht hat. Es liegt auf der Hand, dass die Verwerter ein Interesse daran haben, den Sekundärmarkt mit der Wiederveräußerung von Werkexemplaren zu kontrollieren<sup>1390</sup>. Dass dieses Interesse jedoch – entgegen der bislang in Bezug auf körperliche Werkexemplare geltenden Wertungen – auch schutzwürdig sein soll, entbehrt einer nachvollziehbaren Begründung. Auch insofern ist vielmehr eine erhebliche, in der Sache bedenkliche Verschiebung des urheberrechtlichen Interessensausgleichs zulasten der Interessen der Allgemeinheit – zu verzeichnen.

1387 Gleicher Ansicht *Koehler*, S. 60 und 72.

1388 Gleicher Ansicht, *Koehler*, S. 66.

1389 *Koehler*, S. 59.

1390 Dies meint auch *Jaeger* in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), S. 47 (60).

## V) Zwischenergebnis

Das Urheberrecht wandelt sich. Die digitalen Werkformen, allen voran die Computerprogramme, unterscheiden sich von klassischen Schutzformen wesentlich. Erstmals wurde hier vom Erfordernis der ästhetischen Wirkung im Sinne eines Ansprechens menschlicher Sinne als Schutzvoraussetzung abgegangen.

Damit erstreckt sich der Schutzbereich des Urheberrechts nunmehr auf Werkarthen, die per se den unpersönlichen, rein technisch-funktional orientierten Erzeugnissen zuzuordnen sind. Bei diesen Werken geht es nicht mehr um schöpferische Tätigkeit, sondern um Neuheit, technisch-funktionale Verbesserung und Innovation<sup>1391</sup>.

Diese Expansion des Schutzbereichs wird von einer Expansion des Schutzzumfangs begleitet. Neue Schutzformen, wie das *sui-generis*-Recht des Datenbankherstellers oder das Schutzrecht für technische Maßnahmen, erweitern die Monopolposition der Rechtsinhaber erheblich. Sogar der Zugang und der bloße Genuss von Werken werden somit unter bestimmten Umständen dem Verbotrecht unterstellt. Gleichzeitig werden die Beschränkungen der Rechte stetig zurückgedrängt. Die Bedeutung eines solchen urheberrechtlichen Funktionswandels hin zu einem Universalschutzrecht für Informationen und Investitionen ist angesichts der Tatsache, dass der Übergang in eine Informationsgesellschaft mit einer Verschiebung der industriellen Produktion von vorwiegend körperlichen zu unkörperlichen Produkten und Dienstleistungen einhergeht<sup>1392</sup>, nicht zu unterschätzen<sup>1393</sup>. Die hiermit verbundenen Bedenken erscheinen angesichts der sozialen Auswirkungen dieser Entwicklung umso gravierender. Wenn in einer Informations- oder Wissensgesellschaft der Zugang zu und die Nutzung von Kommunikationsgütern einen hohen Stellenwert einnimmt, kann eine zunehmende Kommerzialisierung und Monopolisierung der hieran bestehenden Rechte erheblichen Einfluss auf den sozialen Status des Einzelnen haben.

Vor dem Hintergrund, dass das Urheberrecht als „Magna Charta der Informationsgesellschaft“<sup>1394</sup> die neuralgische Schnittstelle zwischen wirtschaftlichem Sicherungsbedürfnis an wertvollen Inhalten und dem freien Informationsfluss bildet, soll-

1391 So *Dreier* in *Klumpff* et al. (Hrsg.), S. 261 (266).

1392 *Dreier*, CR 2000, S. 45 (45); *Wandtke*, GRUR 2001, S. 1 (2).

1393 Nach Schätzungen der EU-Kommission beträgt der Anteil der kreativen Produktion (Musik, Publikationen Film, Software, Theater, Fernsehsendungen usw.) in der Gemeinschaft bereits heute ca. 6% des BIP (siehe *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (992), dort Fn. 51). Ein Bericht der Weltbank aus 1998/1999 hat ergeben, dass das geistige Eigentum mittlerweile zum wichtigsten Produktionsfaktor aller großen Wirtschaftsnationen geworden ist, siehe *Wandtke*, GRUR 2001, S. 1 (2). Vgl. zur wirtschaftlichen Dimension des Urheberrechts weiterhin *Hummel*, S. 69 ff. und 72 ff.; dies. ZUM 2001, S. 660 ff.; *Schricker*, GRUR 1992, S. 243 f.

1394 *Hoeren*, MMR 2000, S. 3 (3).

te eigentlich selbstverständlich sein, dass derartige Entscheidungen wohlüberlegt und unter Abwägung aller relevanter Interessen erfolgen.

Schon aus Sicht der Rechtsinhaber – und in diesem Zuge zwischen den Interessen der Urheber und Verwerter differenzierend – sollte die Fähigkeit des Urheberrechts, als Universalschutzrecht für alle alten und neuen Werkarten gleichermaßen effektiven Schutz zu vermitteln, hinterfragt werden. Unpersönliche und technisch-funktionale Werkformen verlangen weniger nach einem Schutz der Ausdrucksform und ebenso wenig nach dem Schutz persönlicher Interessen am Werk. Vielmehr tritt die Sicherung der getätigten Investitionen und die Verkehrsfähigkeit der Güter in den Vordergrund eines effektiven Schutzrechts<sup>1395</sup>. In diesem Bereich weist das Urheberrecht mit seiner stringent verfolgten, monistischen Konzeption von vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen Positionen Defizite auf<sup>1396</sup>.

Die Bedeutungsverschiebung vom Urheber- zum Erzeugnis- und Investitionsschutz zeichnet sich deutlich an dem Regelungsgefüge von Datenbankurheber- und Datenbankherstellerrecht ab. Es ist hierin – wie bei den Filmwerken<sup>1397</sup> – angelegt, dass in Bezug auf einen urheberrechtlich und leistungsschutzrechtlich erfassten Schutzgegenstand die kreative gegenüber der investitionsschutzrechtlichen Leistung von untergeordneter Bedeutung ist. Dies wird an einem Punkt in der o. g. Entscheidung des OLG Düsseldorf sehr deutlich<sup>1398</sup>. Zu recht hat das Gericht erkannt, dass das Datenbankherstellerrecht keinen Bezug zu der Geistesleistung hat, sondern allein an der Investitionsleistung ausgerichtet ist. Maßgeblich ist nur, wer das wirtschaftliche und organisatorische Risiko trägt, das mit dem Aufbau und der Erstellung einer Datenbank einhergeht. Bei fremd finanzierten Datenbanken „entfernt“ sich das Recht immer weiter von den Schöpfern oder sonst Kreativen, was sich daran manifestiert, dass in solchen Fällen nicht einmal das Datenbankherstellerrecht beim Schöpfer verbleibt<sup>1399</sup>.

Angesichts der rein technisch-funktional („unpersönlichen“) Charakteristik einer elektronischen Datenbank steht zu vermuten, dass der Urheberrechtsschutz in die-

1395 *Dreier*, CR 2000, S. 45 (46).

1396 Ein weiteres Beispiel für die Diskrepanzen zwischen Ausgestaltung des Schutzsystems und den Anforderungen des modernen Werkschutzes nennt auch *Wiebe*, GRUR 1994, S. 233 (244). Bei dem Schutz an einer per DFÜ zugänglichen Datenbank stehe entgegen der gegenwärtigen Ausrichtung des Urheberrechts nicht mehr die Nichtkopierbarkeit, sondern die Zugangskontrolle im Vordergrund.

1397 Siehe hierzu Teil 3, Kapitel 2, Punkt II.C).

1398 OLG Düsseldorf MMR 1999, S. 729 (732).

1399 Folge dieser Entwicklung kann schließlich sein, dass nicht mehr die kreative, sondern allein die Investitionsleistung gesichert wird. Dem Schöpfer einer Datenbank ist das Schutzrecht *sui generis* stets dann nicht zugänglich, soweit er nicht die Initiative zur Erstellung der Datenbank ergriffen hat (so z. B. bei Auftragsarbeiten) und das finanzielle Risiko trägt (so definiert die Datenbank-Richtlinie den Begriff des Datenbankherstellers, vgl. dort Erwägungsgrund 41).

sem Bereich eine nur untergeordnete Rolle spielen wird<sup>1400</sup>. Dies bestätigt sich an einigen der bislang hierzu ergangenen gerichtlichen Entscheidungen<sup>1401</sup>. Konkret ist dies wohl darauf zurückzuführen, dass elektronische Datenbanken zumeist derart strengen Funktionalitäts- und/oder Vollständigkeitsanforderungen sowie technischen Vorgaben unterliegen, dass ein ausreichender Gestaltungsspielraum häufig nicht vorliegen wird. Zwar mag Kreativität auch in diesem Bereich noch eine Rolle spielen. Diese wird sich aber nur selten – und umso weniger als besonderes Qualitätsmerkmal – in einer Individualisierung des Arbeitsergebnisses durch Einbringung persönlicher Eigenschaften des Urhebers realisieren, sondern möglicherweise bei der Erarbeitung eines guten Konzepts und dem Erdenken einer guten Idee<sup>1402</sup>.

Hieran zeigt sich die Bedeutungsverschiebung vom Urheberrecht als Schutzmechanismus für schöpferische Errungenschaften hin zu neuen Instrumenten mit eher investitionsschutzrechtlichen Ansätzen im digitalen Bereich sehr deutlich.

1400 Immerhin wurde in der Entscheidung des OLG Hamburg „Roche Lexikon“, sogar ohne weitere Begründung, ein Datenbankwerkschutz anerkannt (vgl. MMR 2001, S. 533 f.).

1401 Siehe zur Spruchpraxis der deutschen Gerichte auch die Entscheidungsregister aus 2000 bei *Schuster/Müller*, MMR Beilage zu Heft 10/2000, S. 28 ff. (30) und Beilage zu Heft 7/2001, S. 32 ff. (35). Es fällt bei einer Gesamtschau auf, dass in den wenigsten Fällen überhaupt auf die Werkeigenschaft rekurriert wurde. Soweit über die Frage gar nicht entschieden wurde, lassen die Entscheidungen allerdings nur bedingte Schlüsse auf die Meinung des jeweiligen Gerichts zur Werkfähigkeit der Datenbanken zu. Wohl weil die Feststellungen über die getätigten Investitionen leichter zu treffen sind, wurde in Grenzfällen die Frage nach der Werkeigenschaft i.d.R. offen gelassen und die Entscheidung über das Datenbankherstellerrecht getroffen. Dies zeigt nur, dass bislang ersichtlich noch kein Fall entschieden wurde, in dem Urheber einer Datenbank und Hersteller derselben gegeneinander gestritten haben. In solchen Konstellationen wäre eine Entscheidung über die Werkfähigkeit (soweit zweifelhaft) unumgänglich.

1402 Solche Leistungen werden indes weder durch das Urheberrecht noch ein anderes Sonderrecht honoriert.

### Teil 3: Auswirkung der tatsächlichen und rechtlichen Entwicklung auf die „neuralgischen“ Punkte des Urheberrechtsschutzes

Ist das geltende Urheberrecht mit dem nötigen Rüstzeug für seine Aufgabe als „Magna Charta“ der Informations- und Wissensgesellschaft gewappnet? Nach den Erörterungen in den Teilen 1 und 2 muss dies in Zweifel gezogen werden. Es bleibt daher zu prüfen, inwiefern angesichts der Entwicklung im tatsächlichen Bereich und der mangelnden Angepasstheit des Urheberrechts an die Anforderungen an ein multifunktionales Informationsschutzrecht<sup>1403</sup> dysfunktionale Auswirkungen befürchtet werden müssen und (in Teil 4), wie man dem begegnen könnte.

#### *Kapitel 1: Vereinbarkeit von normativem Leitbild und realer Funktion des Urheberrechts*

I) Naturrechtlich geprägter Begründungsansatz und unpersönliche, technisch-funktionale Schutzgegenstände

A) Die Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzbereichs im Lichte des naturrechtlichen Begründungsansatzes

Im ersten Teil hat sich herausgestellt, dass die hinter dem Urheberrechtsgesetz stehende Begründung<sup>1404</sup> auf der Lehre vom Naturrecht am geistigen Eigentum und damit einem eher idealisierenden Verständnis von diesem Recht basiert<sup>1405</sup>. Persönliche und geistige Beziehungen des Schöpfers zu seinem Werk sind damit schon ein selbstverständliches Element des Werkes, da das Objekt ein Bestandteil der Persönlichkeit selbst ist. Die Zuordnung des Rechts erfolgt so zwangsläufig ohne Ausnahme nach dem Schöpferprinzip, da ein Entzug von Teilen der eigenen Persönlichkeit nicht gerechtfertigt werden kann. Dem Urheber allein steht hiernach ein personenbezogenes Recht zu, das untrennbar eine materielle (Verwertungsrecht) und eine ideale Komponente (Urheberpersönlichkeitsrecht) vereint (§ 11 UrhG).

1403 Vgl. *Hoeren*, NJW 1998, S. 2849 (2849); *Dreier*, CR 2000, S. 45 (49).

1404 Vgl. hierzu oben Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.A.; *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 11; *Ulmer*, S. 105 und 109; *Hubmann*, ZUM 1988, S. 4 ff.

1405 Siehe grundlegend zum urheberrechtlichen Begründungsansatz in der deutschen Rechtsprechung BGHZ 17, S. 266 (278 ff.) – Grundig-Reporter.

Durch diese Anerkennung eines naturgegebenen, personenbezogenen Rechts wird die Gewähr eines weit reichenden Urheberrechts mit den vorgenannten Bestandteilen jeglicher weiteren Begründungsnotwendigkeit von vornherein entzogen. Der Urheber ist als Rechtssubjekt in den Mittelpunkt des Schutzrechts zu stellen<sup>1406</sup>, die Rechte am Werk sind ihm grundsätzlich vollumfänglich zuzuordnen.

Diese Grundphilosophie strahlt auf die positivrechtliche Ausgestaltung des Urheberrechts aus. Der Gesetzgeber hat dem Urheber das Urheberrecht zu gewähren; seine Entscheidungsfreiheit, sein Handlungsspielraum, beschränkt sich auf eine Ausgestaltungsbefugnis. Auch hierbei sind dem Gesetzgeber indes enge Grenzen gesetzt. So kommt eine Unübertragbarkeit des Urheberrechts nicht in Betracht, da das Persönlichkeitsrecht untrennbar mit dem Eigentumsrecht verbunden und als solches nicht übertragbar ist. Eine Dominanz des ideellen Schutzbestandteils über die Verwendungsbefugnis ist damit rechtsphilosophisch vorbestimmt<sup>1407</sup>. Gleichermaßen wie die Gewähr eines persönlichkeitsrechtlichen Schutzes ist zudem ein umfassendes Verwertungsrecht des Urhebers anzuerkennen. Der Gesetzgeber ist vor diesem Hintergrund also gehalten, das Urheberrecht als ein reines, auf die Interessen des Urhebers ausgerichtetes Individualrecht auszugestalten. Dies spiegelt sich an den konzeptionellen Grundprinzipien des deutschen Urheberrechtsgesetzes wider.

Es stellt sich nun die Frage, inwieweit eine solche Fundierung des Urheberrechts, mit den hiernach gebotenen Konsequenzen, den Realitäten des heutigen Werkschaffens und der -verwertung noch Rechnung trägt. Erfüllt ein so ausgerichtetes Schutzrecht noch die ihm zukommende Funktion<sup>1408</sup> und ist der naturrechtliche Grundansatz tatsächlich in allen Bereichen des Schutzes zwingend?

Hieran bestehen erhebliche Zweifel. Der hinter der rechtsphilosophischen Fundierung erkennbare Idealtypus des Urhebers, der aus idealistischen Motiven heraus schafft und sich selbst verwertet, ist heute eher eine Ausnahmerecheinung<sup>1409</sup>. In den weitaus meisten Fällen werden die Urheber-, vielmehr die Verwertungsrechte von der Verwertungsindustrie ausgeübt, die gleichsam die Wertschöpfung des Wer-

1406 In seinem Immaterialgüterrecht, Band I, 1. Auflage, S. 390 führt *Troller* aus, dass das Werk sich nicht durch die Seinsweise des ästhetischen Gegenstandes, also die künstlerische Formgebung, sondern durch die Seinsweise des objektivierten Geistes, auszeichne. Hieraus kann man zwei Schlüsse ziehen: Zum einen sieht *Troller* den Schutzgegenstand des Urheberrechts als ein metaphysisches, ungreifbares und rein urheberbezogenes Erzeugnis geistiger Tätigkeit, der sich allein in ästhetischen Geisteswerken findet und zum anderen verkörpert für *Troller* der Geist des Urhebers den Mittelpunkt des urheberrechtlichen Schutzes.

1407 Die Unübertragbarkeit wäre aus Sicht der zweiten Säule des Begründungsansatzes, der Theorie vom geistigen Eigentum (vgl. oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.A.1.a), im Übrigen nicht geboten. Im Gegenteil schränkt die Unübertragbarkeit den aus der Lehre des geistigen Eigentums fließenden Gedanken, dass der Eigentümer frei über das Recht verfügen können soll, eher ein.

1408 Vgl. zu den Funktionsbegriffen, oben, Fn. 3.

1409 Vgl. sogleich unten, Teil 3, Kapitel 2, Punkt II.A). *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (992).

kes erwirtschaften<sup>1410</sup>. Ein alleiniger Fokus auf die Interessen des Urhebers greift damit zu kurz.

Ebenso wenig scheint die undifferenzierte Annahme, das urheberrechtliche Schutzobjekt sei stets ein „persönliches“ Werk, an dem ideelle Interessen bestehen, die es rechtfertigen, das gesamte Schutzrecht hieran auszurichten, den heutigen Umständen des modernen Werkschaffens Rechnung zu tragen. In der heutigen Massenproduktion von kreativen Leistungen aller Art, v. a. der Alltagsschöpfungen im digitalen Bereich, spielen derlei Interessen – wenn überhaupt – nur noch eine untergeordnete Rolle<sup>1411</sup>. Aufgrund der äußeren Rahmenbedingungen, der vorherrschend funktional-wirtschaftlichen Bestimmung der Erzeugnisse und dem zunehmend arbeitsteiligen Arbeitsumfeld besteht für die Schöpfung persönlicher Werke im hier verstandenen Sinne<sup>1412</sup> häufig kein Raum. Unabhängig von der Frage, ob man einen naturrechtlich geprägten, rechtsphilosophischen Begründungsansatz im Übrigen befürworten würde, kann dieser mithin für weite Bereiche des heutigen Schutzbereichs keine Legitimationswirkung mehr entfalten<sup>1413</sup>. Dessen Grundannahmen sind auf das moderne Werkschaffen zumeist nicht mehr übertragbar. Die mangelnde Differenziertheit und die monopolare Ausrichtung der urheberrechtlichen Fundierung hat damit zur Folge, dass das Recht in eine Legitimationskrise geraten ist<sup>1414</sup>. Die führt, wie im Folgenden auszuführen sein wird<sup>1415</sup>, nicht nur zu theoretischen Defiziten, sondern wirkt sich auch auf den Bereich der Gesetzgebung und Rechtsanwendung negativ aus.

1410 *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (992).

1411 So wiederum auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (993).

1412 Siehe hierzu oben, Fn. 397.

1413 *Dietz* in FG *Schricker*, S. 1 (6 und 16).

1414 Vgl. *Strömholm*, GRUR 1989, S. 15 ff.; ders. GRUR Int. 1996, S. 529 ff.; ähnlich *Wandtke*, UFITA 123 (1993), S. 5 (5); *Pahud*, S. 44 ff.; *Schack*, Rdnr. 1230; *Rigamonti*, S. 151). Diese Erkenntnis drängt sich geradezu auf, wenn man die Massenerzeugung kreativer Leistungen in „Denkfabriken“ an der Theorie *Hartmanns* zum Werk als einem Gegenstand „objektivierten Geistes“ misst.

1415 Siehe sogleich unter Punkt II.

## B) Exkurs: Indizien zur Kategorisierung von Geistesgütern als „persönlich“ oder „unpersönlich“

Es wurde vorstehend erläutert, dass es v. a. den „unpersönlichen“ (rein technisch-funktionalen) Werken an einer theoretischen Fundierung fehlt. Will man die so entstandene (Teil-)Legitimationskrise überwinden, bedürfte es eines multipolaren Begründungsansatzes, der idealer Weise auch für solche geistigen Erzeugnisse eine Legitimationswirkung entfaltet. Um dies zu realisieren, ist jedoch zunächst zu untersuchen, was unpersönliche Werke auszeichnet und wie diese von persönlichen Werken unterschieden werden können<sup>1416</sup>.

Im Zentrum solcher Überlegungen muss zunächst die grundsätzliche Unterscheidung von persönlichen und unpersönlichen Werken stehen. Wie bereits erläutert wurde, basiert diese auf dem Aspekt der inneren Verbundenheit zwischen Urheber und Werk<sup>1417</sup>.

Um eine abstrakte Beurteilung dieser Unterscheidung realisieren zu können, empfiehlt es sich, Faktoren zu ermitteln, die objektiv erkennbar sind und die für oder wider eine (konkret vorhandene oder mögliche) „Personalisierung“ von Geistesgütern sprechen können, und andere Faktoren, die derartige Rückschlüsse nicht zulassen, auszuschließen.

### 1) Faktoren ohne Indizwirkung für die Abgrenzung zwischen persönlichen und unpersönlichen Geistesschöpfungen

Keine Aussagekraft hat zunächst die Art der Festlegung des Werkes. Ob ein Tagebuch auf dem Computer in Bits und Bytes geschrieben wird oder auf Papier in Form flüssiger Tinte, ändert an dessen persönlichkeitsbezogenen Merkmalen nichts. Auch aus der zur Herstellung des Produkts aufgewendeten Geistestätigkeit lassen sich keine Rückschlüsse ziehen. Auch unpersönliche Schutzgüter des geltenden Urheberrechts beruhen auf derartiger Arbeit und können mitunter geistige Höchstleistungen darstellen.

1416 Die Abgrenzung zwischen persönlichen und unpersönlichen Werken ist schließlich auch im Hinblick auf die hier letztlich angestrebte konzeptionelle Differenzierung zwischen ideellen und materiellen Aperten des Werkschutzes (s. u. Teil 4) von herausragender Bedeutung.

1417 Siehe oben, Fn. 397.

## 2) Faktoren mit Indizwirkung für die Abgrenzung zwischen persönlichen und unpersönlichen Geistesschöpfungen

Ein wichtiger Aspekt, der generell gegen die Möglichkeit eines prägenden Einflusses der Schöpferpersönlichkeit auf die Geistesschöpfung spricht, ist die Zweckgebundenheit. Vor allem digitale Werke sind häufig in hohem Maße auf die Erfüllung eines ganz bestimmten, meist technisch dominierten Zwecks ausgerichtet. Dies gilt besonders für Computerprogramme<sup>1418</sup> und Datenbanken. Um deren Wertschöpfung realisieren zu können, müssen diese in einem technischen Sinne funktionieren. Die individuelle Besonderheit solcher „technischer Werke“ zeichnet sich damit v. a. dadurch aus, dass in ihnen die zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügbaren technischen Möglichkeiten bei der Umsetzung einer Aufgabenstellung optimal umgesetzt wurden. Man könnte sagen, dass die Leistung des Schöpfers technisch-funktionaler Werke maßgeblich auf dem Wissen des Urhebers und nicht auf dessen Kreativität beruht<sup>1419</sup>.

Dies verdeutlicht z. B. die Tatsache, dass bei solchen Werken nicht die ästhetische Wirkung<sup>1420</sup> die gewählte Verkörperungsform bestimmt, sondern deren Zweck<sup>1421</sup> oder Funktion<sup>1422</sup>. Mit einer an praktischen Bedürfnissen ausgerichteten Zweckorientierung wird regelmäßig der Umstand einhergehen, dass die Schutzanforderungen der Berechtigten ausschließlich in effektiver Vermarktung, optimaler

1418 Siehe hierzu schon oben, Teil 2, Punkt II.D).

1419 Wobei die Erkenntnis nicht sehr viel weiter hilft, da Kreativität durchaus auf Wissen zurückzuführen sein kann.

1420 „Ästhetik“ wird hier im Sinne eines „Ansprechens der menschlichen Sinne“ verstanden.

1421 Im Folgenden soll eher von einer „Funktion“ oder einer „technischen Funktion“ als Indiz für die mangelnde Personenbezogenheit eines Werkes die Rede sein. Der Begriff „Zweck“ ist in Bezug auf die Beschreibung des hiermit angesprochenen Indizes mehrdeutig. Auch schöngeistige Werke haben einen „Zweck“, nämlich der Anregung des Geistes oder dem ästhetischen Empfinden der Rezipienten zu dienen. Dies ist hingegen nicht gemeint, wenn im Folgenden von „Funktion“ oder „Zweck“ die Rede ist. Vielmehr sind nur solche Zwecke bei der Bemessung der Unterschiede in Bezug auf die Personalisierung eines Werkes von Bedeutung, aus denen sich Bindungen für die Gestaltung ergeben, die – genauer gesagt – die „Zweckgebundenheit“ des Werkes beschreiben. Wie sich am Beispiel des Kommentars oder der Kritik im Vergleich zu der Berichterstattung zeigt, unterliegen solche Sprachwerke auch einem bestimmten Zweck, der darin liegt, die Ansicht des Autors zu einer bestimmten Thematik in Form der Sprache anderen zu vermitteln. Dennoch wird man im hier verstandenen Sinne noch nicht unbedingt (jedenfalls nicht ohne Hinzuziehung weiterer Faktoren) von einem „zweckgebundenen“ Werk ausgehen dürfen. Genau genommen liegt auch hier der Zweck nämlich darin, den Geist des Rezipienten anzuregen und diesen möglicherweise von der Richtigkeit der eigenen Auffassung zu überzeugen. Der Definition des „Zwecks“ im hier verstandenen Sinne kommen die Begriffe „Gebrauchszweck“ oder „Nutzwert“ eher nahe.

1422 Diese kann zwar mittels besonderen Know-hows, nicht aber durch spezielle gestalterische Fähigkeit perfektioniert werden.

wirtschaftlicher Verwertbarkeit und Verkehrsfähigkeit, also rein ökonomischen Faktoren liegen. Der Schutz der persönlichen Verbundenheit zum Werk tritt demgegenüber in den Hintergrund. Entsprechend werden persönliche Bindungen zwischen Schutzobjekt und -subjekt entweder nicht bestehen oder jedenfalls nur eine untergeordnete Rolle spielen. Auch bei der Bewertung solcher Werke im Rechtsverkehr treten mithin Aspekte wie eine „persönliche Prägung“ gegenüber rein objektbezogenen Faktoren wie Perfektion, Funktionsfähigkeit und technischer Raffinesse zurück. Damit ist indiziert, dass die persönliche Individualität in diesem Bereich nur eine untergeordnete Rolle spielt, mithin wenig Einfluss auf die Werkerstellung spielt.

Dies lässt sich an einigen Beispielen belegen: Zweckfreie Sprachwerke wie Gedichte unterliegen einer elementaren Beeinflussung durch Psyche und individuelle Eigenschaften ihres Autors. Sie lassen oft Rückschlüsse auf die Gemütslage des Schreibenden zu, unterliegen messbar individuellen Gestaltungsmustern und sind nicht selten dem Ausdruck persönlicher Eigenheiten verschrieben<sup>1423</sup>. Hierdurch zeichnen sich solche Werke wiederum aus. Derartige Faktoren wären bei einem zweckgebundenen Text, etwa einem Zeitungsbericht, eher hinderlich. Hier herrscht die Vermittlung einer Information im Wege objektiver Presseberichterstattung vor, eine Funktion, die der Einflussnahme persönlicher Eigenschaften zumeist wenig Raum lässt.

Hohe Zweckgebundenheit, wie sie v. a. im Rahmen der kulturindustriellen Massenfertigung häufig anzutreffen ist, bedeutet daneben auch, dass die Person des Urhebers weder die Formgebung noch die Wertbemessung des Erzeugnisses wesentlich beeinflusst. Dieser ist dann austauschbar, wenn es nicht darauf ankommt, wer das Werk geschaffen hat, sondern allein, inwiefern dies seine Funktion erfüllen kann<sup>1424</sup>. Das Erzeugnis ist gewissermaßen ein Werk (da urheberrechtlich geschützt) ohne Urheber<sup>1425</sup>. Man könnte sogar sagen, dass die Individualität einer Schöpfung, entgegen dem durch die Bedeutung dieses Kriteriums für den Urheberrechtsschutz vermittelten Bild, eher hinderlich sein wird. Je mehr individuelle Einflüsse in ein „Gebrauchsschutzgut“ (etwa ein Computerprogramm) einfließen, desto weniger perfekt wird es auf die Akzeptanz breiter Käuferschichten abgestimmt sein, desto weniger perfekt wird es möglicherweise funktionieren, desto weniger wird es wirtschaftlich wert sein.

Auch im Bereich des arbeitsteiligen Werkschaffens verliert die individuelle Einflussnahme der einzelnen Schöpferpersönlichkeit an Bedeutung. Sog. Kollektivwer-

1423 Eingehend zur Frage der persönlichen Beziehungen zwischen Urheber und Werk *Peukert*, Die psychologische Dimension des *Droit Moral* in Reh binder (Hrsg.): Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113 ff.

1424 Vgl. *Schack*, ZUM 1990, S. 59 (60).

1425 Vgl. zu dem auch im Bereich der Kunst seit einiger Zeit zu beobachtenden Phänomen der „Entpersönlichung“ *Kotsiris*, UFITA 119 (1992), S. 5 (17 f.).

ke, die unter Mitwirkung einer Vielzahl von Personen entstanden sind<sup>1426</sup>, enthalten – je nach Maßgeblichkeit des Einzelbeitrages – u. U. nur sehr geringe personenbezogene Elemente. Denkbar sind im Extremfall solche Konstellationen, wo das Arbeitsergebnis durch unbewusstes, jedenfalls unplanmäßiges Zusammenspiel zwischen vielen Personen entsteht<sup>1427</sup>. Es ist zu bezweifeln, dass das personenbezogene Merkmal der Individualität als maßgebliches Schutzkriterium bei Auftrags- und Arbeitnehmerwerken die ontologische Wirklichkeit solcher Schöpfungen widerspiegelt. Gleiches gilt für Arbeitnehmerschöpfungen, bei denen die Möglichkeit, persönliche Eigenheiten einzubringen, um das Maß geschmälert ist, in dem der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht<sup>1428</sup> Gebrauch macht und dem Urheber Anweisungen zur Formgebung erteilt.

In all diesen Fällen indiziert eine zunehmende Gebundenheit des Schöpfers eine abnehmende Bedeutung individueller Einflussnahme des Schöpfers. Man könnte sagen, je höher das Maß der Bindung an äußere Faktoren, desto geringer ist der individuelle Gestaltungsspielraum bei der Werkschöpfung, was wiederum die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass es sich um ein unpersönliches Werk handelt<sup>1429</sup>. Man könnte – um dieser Erkenntnis einen Namen zu geben – aus diesen positiven und negativen Faktoren einen „Personalisierungsquotienten“ bilden, mit dem beschrieben werden kann, inwiefern der Einfluss von Individualität auf eine Werkart generell denkbar und – aus ideellen oder materiellen<sup>1430</sup> Interessen – gewünscht sein wird<sup>1431</sup>. Daneben scheint es möglich, mit diesem Wert auch den „Persönlichkeitsgrad“ von bestimmten Werken<sup>1432</sup> zu bemessen. Zur Verdeutlichung mögen die folgenden Beispiele dienen.

Angestellte Journalisten etwa werden bei der Ausarbeitung von Zeitschriftenbeiträgen in der Formgebung relativ frei sein<sup>1433</sup>. Die Aufgabenstellung lässt dabei sehr

1426 So auch *Frey*, UFITA 98 (1984), S. 53 (59).

1427 Kritisch in Bezug auf die Vereinbarkeit der Naturrechtslehre mit solchen Werkformen auch *Pahud*, S. 44 ff.

1428 Siehe hierzu oben, Fn. 671. Für die Ausübung des Direktionsrechts gilt § 315 BGB, vgl. hierzu *Palandt/Grüneberg*, § 315, Rdnr. 1 ff. (Beispiele in Rdnr. 8).

1429 So auch *Peukert*, Die psychologische Dimension des *Droit Moral* in Rehbinder (Hrsg.): Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113. (144), der seine – im Ergebnis mit der hier aufgestellten Theorie übereinstimmende – These mit Argumenten aus der empirischen Psychologie untermauert. Siehe hierzu bereits oben, Fn. 802.

1430 Z. B. kann die Individualität, etwa bei bekannten Künstlern, als positiver wertbildender Faktor wirken.

1431 Der „Personalisierungsquotient“ kann natürlich aufgrund der häufig variierenden Bedeutung und Aussagekraft einzelner Faktoren nicht wie eine naturwissenschaftliche Berechnungsformel verstanden werden, die jederzeit zu einheitlichen, exakten Ergebnissen führen würde. Vgl. dagegen die Vorschläge zur Skalierung bei Vergleichen von Werken im Hinblick auf deren Individualität bei *Hartmann*, UFITA 122 (1993), S. 57 (74 f.).

1432 So benannt nach *Kotsiris*, UFITA 119 (1992), S. 5 ff. (insbes. 21 ff.).

1433 Dies gilt trotz der redaktionellen Überarbeitung und Anpassung.

unterschiedliche Freiräume. Geht man von einem Bericht aus, bestimmen die wiederzugebenden Tatsachen sowie die angesprochene Zielgruppe die Möglichkeit persönliche Eigenheiten einzubringen<sup>1434</sup>. Bei einem Kommentar sind die Vorgaben weniger rigide. Hier sollen gerade persönliche Eigenheiten des Autors (z. B. dessen Ansicht) durch gestalterische Mittel zum Ausdruck gebracht werden. Das schöpferische Mittel bei der Formgebung ist die Sprache<sup>1435</sup>, die ein sehr großes Spektrum möglicher Individualitätseinfaltung lässt. Geht man davon aus, dass vor allem literarische Sprachwerke durch den Einfluss persönlicher Eigenheiten geprägt werden, wird die Wahrscheinlichkeit von zufälligen Doppelschöpfungen so groß sein wie die Geburt „weißer Raben“<sup>1436</sup>.

Dagegen ist der Personalisierungsquotient bei Erzeugnissen von angestellten Programmierern wesentlich geringer. Bestimmt der Arbeitgeber die Aufgabenstellung, die im Allgemeinen in der Lösung einer datenverarbeitungstechnischen Problemstellung liegen wird, verbleibt bei der Umsetzung kaum Möglichkeit, persönliche Eigenheiten einzubringen, mit anderen Worten: der Gestaltungsspielraum wird stark eingeschränkt<sup>1437</sup>.

Werke, deren Personalisierungsquotient unterdurchschnittlich ist, unterscheiden sich von persönlichen Werken dadurch, dass sie ihre Existenzberechtigung, ihren Wert und ihre Schutzbedürftigkeit nicht aus der Tatsache ihres bloßen Daseins ziehen, sondern aus den praktisch orientierten Anforderungen ihres sozialen und faktischen Umfelds<sup>1438</sup>. Man könnte – in der Terminologie der psychologischen Motivationsforschung – sagen, dass derartige Vorgaben und die damit einhergehende Beschränkung des kreativen Gestaltungsspielraums zu einer vorherrschenden „*extrinsischen* Motivation“ des Schöpfers bei Erbringung seiner kreativen Leistung führen, was wiederum gegen enge persönliche Beziehungen zum Werk spricht<sup>1439</sup>.

Ein wesentlicher Punkt der vorangegangenen Überlegungen sei noch einmal hervorgehoben. Reduziert man die Schutzbegründung entsprechend der abweichenden Seinsmäßigkeit von unpersönlichen Werken auf den eigentumsrechtlichen Aspekt des Urheberrechts, wird sich herausstellen, dass die Personalisierung auch diesbe-

1434 So wird ein Börsenbericht wegen der hier besonders gefragten Sachlichkeit weniger Freiräume lassen als ein Bericht über eine Kunstausstellung.

1435 Wobei auch hier noch Unterschiede entstehen können, wenn besondere Fachterminologie gefragt ist.

1436 Dieses *Oxymorons* bedient sich *Schricker* in FS *Steindorff*, S. 14437 (1443); ders. Anmerkung zum BGH-Urteil „Ein bisschen Frieden“, GRUR 1988, S. 812 (815 f.).

1437 Aufschlussreich insoweit *Balzert*, Lehrbuch der Software Technik, -Software-Entwicklung, S. 929 ff. Nicht die individuelle, sondern die deutliche und unkomplizierte Kodifizierung sei bei Software ein Qualitätsmerkmal, heißt es hier.

1438 In diese Richtung argumentiert auch *Kotsiris*, UFITA 119 (1992), S. 5 (21 ff.).

1439 Siehe *Peukert*, Die psychologische Dimension des *Droit Moral* in Rehbinder (Hrsg.): Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113 (139 ff.) und S. 144 (siehe hierzu oben, Fn. 802).

züglich unbeachtlich bleibt. Solche Schutzgüter zeichnen sich nämlich dadurch aus, dass das persönliche Element keinen wertbildenden oder sonst vermögensrechtlich relevanten Faktor darstellt. Die Umsetzung dieses Gedankens wird durch die Erkenntnis belegt, dass bei solchen Werken im Allgemeinen der Wert von der Nennung des Urhebernamenten unbeeinflusst bleibt.

### C) Zwischenergebnis

An den genannten Beispielen, denen andere folgen könnten, zeigt sich, dass die naturrechtliche Begründung des Urheberrechts eben nicht (mehr) die von *Hubmann* und *Troller* hervorgehobene ontologische Wirklichkeit von einem Gutteil an heutzutage geschützten Leistungen widerspiegelt. Der Antagonismus zwischen der konzeptionellen Ausrichtung des Schutzrechts und dessen tatsächlicher Funktion tritt häufig bei Werken auf, die nach den oben angestellten Überlegungen einen niedrigen Personalisierungsquotienten aufweisen. Je niedriger der Personalisierungsquotient ausfällt, desto geringer werden im Einzel- oder Generalfall auch die Übereinstimmungen zwischen geltendem Urheberrechtsgedanken und Schutzgegenstand zu bemessen sein.

Neben den Fällen, in denen solche Diskrepanzen auftreten, dürfen jedoch Werkarten mit potenziell hohem Personalisierungsquotienten nicht vernachlässigt werden. Klassische Werkformen werden häufig erheblich durch persönliche Eigenheiten der Schöpfer beeinflusst, was sich dahingehend auswirkt, dass hier oft die Individualität des Urhebers maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung nimmt und dabei einen wesentlichen wertbildenden Faktor bildet. Dies gilt sowohl für die Literatur und Kunst als auch für die Musik und die Wissenschaft. Auch in diesem Bereich variiert die potenzielle Maßgeblichkeit persönlicher Eigenheiten sehr stark. So ist das literarische Arbeitsergebnis im Zweifel individueller als das wissenschaftliche, da es bei Letzterem wiederum mehr auf die Aussagekraft des Ergebnisses als auf dessen Individualität ankommt. Dennoch spielt die Autorenschaft hier eine elementare Rolle, der relativ geringe Einsatz persönlicher Faktoren bei der Schöpfung wird durch ein hohes Maß an persönlicher Affinität ausgeglichen.

Ergebnis ist, dass die Bedeutung von ideellen, persönlichkeitsrechtlichen Interessen am Werk erheblich variiert. Dies spricht dafür, zwischen unpersönlichen und persönlichen Schutzgegenständen auch in Bezug auf die Begründung und die Rechtfertigung des Rechts zu differenzieren, was zur Folge haben müsste, dass in Bezug auf den von der Naturrechtslehre abgekehrten Teil des Urheberrechtsschutzes auch konzeptionelle Änderungen des urheberrechtlichen Leitbildes erfolgen müssten.

Die Notwendigkeit einer solchen Differenzierung vermag zu unterstreichen, dass der abnehmenden Bedeutung persönlichkeitsrechtlicher Belange an unpersönlichen Werken die Tatsache gegenüber steht, dass persönliche Werke verstärkten Schutz dieser Interessen benötigen, wenn diese in digitaler Form verkörpert sind<sup>1440</sup>. Die Verwendung von Digitaltechnik führt zu einem erhöhten Schutzbedürfnis der persönlichkeitsrechtlichen Belange besonders in Bezug auf die Werkintegrität. Jeder einzelne Werkteil kann hier unter Anwendung von leicht handhabbaren Mitteln extrahiert und verändert oder – aufgrund des einheitlichen Formates der Daten (Bits) – ohne Weiteres in anderen Produkten verwendet werden<sup>1441</sup>. Sollten also persönlichkeitsrechtlich relevante, ideelle Belange am Werk bestehen, sind diese im digitalen Bereich besonders gefährdet.

Es zeigt sich hieran deutlich, dass das Differenzierungsbedürfnis nicht für eine fundamentale Abkehr vom naturrechtlichen Begründungsansatz im Urheberrecht allgemein spricht. Ganz im Gegenteil. Durch die Differenzierung sollen dem Rechtsschutz vielmehr weitere Legitimationsgesichtspunkte hinzugefügt werden. Auf diese Weise könnte einerseits eine Legitimation für das „moderne urheberrechtliche Schutzgut“ geschaffen, auf der anderen Seite jedoch dem klassischen Schutzgut wieder zu seiner traditionellen – und potenziell sicherlich nicht generell unzutreffenden – Legitimation zurück verholfen werden<sup>1442</sup>. Dietz äußert sich zur Anpassungsbedürftigkeit des Urheberrechts wie folgt<sup>1443</sup>:

„All diese dem Urheberschutz zugrunde liegenden, völkerrechtlich und verfassungsrechtlich abgestützten Wertentscheidungen und die erwähnten Programmsätze des Urheberrechtsgesetzes selbst können trotz aller notwendigen Weiterentwicklung des Urheberrechts nicht einfach beiseite geschoben oder als irrelevant betrachtet werden.“<sup>1444</sup>

Es kann daher nicht behauptet werden, dass naturrechtliche Begründungsansätze heutzutage generell fehl gingen<sup>1445</sup>. Zumindest aber hat sich ihre Bedeutung als zutreffende Legitimationsgrundlage für den Schutz vom Regel- zum Ausnahmefall

1440 Bedeutend ist diesbezüglich v. a. die Digitalisierung von klassischen Werken. Es kommt bei der Frage nach dem Vorliegen einer inneren Verbundenheit zum Werk grundsätzlich nicht auf die verwendete Technik an.

1441 Vgl. *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 13.

1442 In den weiteren Ausführungen soll hingegen weniger der Frage nachgegangen werden, ob und inwiefern die naturrechtliche Begründung zur Legitimation klassischer Werke geeignet ist. Vielmehr wird im Fokus der Untersuchung die Frage stehen, an welchen Stellen der monopolare Begründungsansatz u. U. nicht mehr zutreffend ist.

1443 *Dietz* in *FG Schricker*, S. 1 (6).

1444 *Dietz* hat in diesem Zusammenhang (in *FG Schricker*, S. 3 ) auch die Frage aufgeworfen: „Sollen die Urheber von Literatur, Wissenschaft und Kunst entsprechend den ehernen Programmsätzen des Urheberrechtsgesetzes (§§ 1, 7 und 11 UrhG) auch in Zukunft als die natürlichen Schöpfer der Werke Schutz für ihre Werke genießen, und zwar sowohl in ihren geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk wie in der Nutzung des Werkes?.“

1445 So aber *Rigamonti*, S. 127; *Pahud*, S. 41.

umgekehrt. Etwaige Neuregelungen sollten die traditionellen Wertungen nicht umgehen, sondern aktualisieren, indem sie differenziert und nicht mehr pauschal auf diejenigen Fälle angewendet werden, in denen ihre legitimierende Wirkung sich noch entfalten kann.

## II) Praktische Defizite aufgrund der Legitimationskrise des Urheberrechts im Bereich unpersönlicher Werke

Die monopolare naturrechtliche Fundierung des Urheberrechts führt in der Praxis zu unterschiedlichen Schwierigkeiten, die im Folgenden aufgezeigt werden sollen.

### A) Einfluss des naturrechtlichen Begründungsansatzes auf die Gesetzgebung

Die Besonderheit einer naturrechtlichen Begründung liegt darin, dass diese – soweit sie konsequent beachtet wird – dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Schutzkonzepts rigide Vorgaben erteilt und ihn in seinem Ermessensspielraum einschränkt<sup>1446</sup>. Die theoretische Fundierung wird, soweit sie nicht ihrerseits fortentwickelt wird, zum Hemmschuh für die Anpassung des Rechts insgesamt.

Dies trifft auf die naturrechtliche Fundierung des Urheberrechts im besonderen Maße zu, da diese auf persönlichkeitsrechtlichen (also ideellen) Erwägungen basiert, die auf die materielle Komponente des Rechts ausstrahlen. Durch die Annahme, dass der materielle und der ideelle Bestandteil des Urheberrechts einer einheitlichen, monopolaren Begründung unterliegen, kommt es im Bereich des Schutzes von unpersönlichen Werken unweigerlich zu Friktionen, da diese hier – obgleich eine reine Leerformel<sup>1447</sup> – ungerechtfertigte Bindungen hervorruft.

Diese Problematik realisiert sich z. B. bei der Ausgestaltung der Schranken des Urheberrechts. Selbst wenn bei unpersönlichen, rein technisch-funktionalen Werken eine Hervorhebung und Stärkung der Interessen Dritter, also der Ausgleichsfunktion des Urheberrechts, u. U. angemessen wäre, bleibt dies doch bei Zugrundelegung einer einheitlichen naturrechtlichen Fundierung verwehrt. Eine Differenzierung zwischen verschiedenen Schutzgütern ist auf dieser Basis nur sehr begrenzt möglich; eine Einbeziehung der Ausgleichsfunktion in die grundsätzlichen Zielbestimmungen

1446 Dies wurde oben, Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.2.b.bb.(4).(a) festgestellt. Zur Unflexibilität des Naturrechts gegenüber Veränderungen siehe die Ausführungen von *Rigamonti*, S. 96, der auf die Lehre *Hubmanns* Bezug nimmt.

1447 Gleicher Ansicht *Dietz* in *FG Schricker*, S. 16, 21 f.

des Urheberrechts wäre gar undenkbar<sup>1448</sup>. Entsteht die Situation, dass einerseits die Vulnerabilität der Schutzgüter, andererseits aber auch die Bedeutung von rechtlichen Freiräumen aufgrund gesellschaftlicher Interessen zunimmt, wird die Entscheidung über eine Neuaustarierung der Belange also von einseitigen Wertungen dominiert. Dass diese Situation längst entstanden ist, zeigt sich an der stetigen Expansion der Schutzrechte.

Der Einfluss naturrechtlicher Ideen zeigt sich bereits auf rechtspolitischer Ebene. Trotz der längst eingeleiteten Entwicklung vom Urheberrecht zum Kulturindustrieschutzrecht<sup>1449</sup> wird z. B. die absolute Fokussierung des Urheberrechts auf den Schöpfer in der Diskussion um die Reform des Urheberrechts nicht selten von der Verwertungsindustrie aus industriepolitischer Motivation instrumentalisiert<sup>1450</sup>, wenn von der Notwendigkeit eines starken Schutzes der kreativen Kräfte und Ähnlichem die Rede ist<sup>1451</sup>. Derartige Argumentationen eignen sich sehr gut dazu, vom eigentlichen industriepolitischen Standpunkt einer vertretenen Position abzulenken. Naturgemäß hat die Verwertungsindustrie nur deshalb an starken Rechten ein Interesse, da sie diese vom Urheber regelmäßig mittels derivativen Erwerbs vollständig übernimmt. Damit profitiert der Urheber selbst in diesem (Regel)- Fall nicht von einer Stärkung seiner Verwertungsrechte, sondern allenfalls von urhebervertragsrechtlichen Normen, die ihn vor einer vertraglich vereinbarten Ausbeutung schützen<sup>1452</sup>. Genau genommen könnte man sogar sagen, dass die Urheber in diesen Konstellationen eher ein Interesse an einer Erweiterung der Schrankenbestimmungen haben, da allein dies ihnen nach einem *buy-out* durch den Verwerter ermöglichen könnte, ihre eigenen Werke weiterhin zu nutzen. Es kann mithin kein Zweifel daran bestehen, dass sich die Interessen von Urhebern und Werkmittlern an der Ausgestaltung des Urheberrechts regelmäßig nicht decken, u. U. sich sogar diametral zuwiderlaufen.

1448 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 6, wollte dem naturrechtlichen Verständnis vom Urheberrecht eine überpositive Bindung des Gesetzgebers entnehmen, deren oberstes Prinzip darin liege, der Gerechtigkeit dadurch zur Geltung zu verhelfen, dass „jedem das Seine“ zugeordnet würde (ebd. u. a. S. 48). Aus dem Wesen des geistigen Schaffens und des geistigen Seins ergebe sich, dass der Schöpfungstat eine überragende Bedeutung zukomme. Mit dieser Argumentation suchte *Hubmann* die Schranken des Urheberrechts zurückzudrängen.

1449 Sehr deutlich zeigt dies *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (992 ff.) auf. Vgl. hierzu weiterhin *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 13

1450 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (984); auch *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 89, der meint, dass die industriepolitische Instrumentalisierung den gewerblichen Rechtsschutz zu „pervertieren droht“.

1451 *Hilty* in *Ohly/Klippel*, S. 107 (113) beklagt zu Recht einen erheblichen Mangel an „Systeme Ehrlichkeit“.

1452 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (994); ders. in *Ohly/Klippel*, S. 107 (116), der im Urhebervertragsrecht das erforderliche Instrument sieht, einen „Gegenschutz“ der Kreativen in Stellung zu bringen.

Dennoch ist die naturrechtliche Argumentation – gleich von welcher Interessengruppe eingebracht – stets ein hilfreiches Mittel, da sie geeignet ist, einen starken Urheberrechtsschutz „gegen Kritik zu immunisieren“<sup>1453</sup>.

## B) Einfluss des naturrechtlichen Begründungsansatzes auf die Legislatur

Hat sich ein Begründungsansatz erst einmal im allgemeinen Rechtsbewusstsein – und wohlmöglich auch im positiven Recht – etabliert, kommt selbstverständlich auch der das Recht anwendende Richter an dessen Wertungen nicht vorbei. Kein Richter kann sich in seinen Entscheidungen den Gegebenheiten des Naturrechts widersetzen<sup>1454</sup>. Das Naturrecht ist – wie gesagt – zu beachten und nicht zu deuten. Durch die Rechtsprechung werden dessen Wertungen im Rahmen der Auslegung des Gesetzes „weitergetragen“, was die Gefahr in sich birgt, dass – besonders angesichts der wachsenden Bedeutung des Urheberrechts in der Wissensgesellschaft – die Unzulänglichkeiten dieses Begründungsansatzes in Bezug auf bestimmte Güter perpetuiert werden. Gerade im Urheberrecht kommt die Erstreckung des geltenden Rechts auf bei Gesetzesabfassung noch unbekannt Sachverhalte – vor allem, wie gesehen, im Rahmen der SchrankenAuslegung – sehr regelmäßig vor.

## C) Fazit

Es zeigt sich hier, dass eine Ausrichtung des Begründungsansatzes, wie auch der Ausgestaltung des Urheberrechts an den verfassungsrechtlichen Vorgaben gegenüber oder neben einer Heranziehung der „Metaebene“ des Naturrechts, grundsätzlich Vorteile mit sich bringt<sup>1455</sup>. Das verfassungsrechtliche Eigentumsverständnis ist mit dem naturrechtlichen Verständnis vom geistigen Eigentum weder wesensgleich noch inhaltlich identisch<sup>1456</sup>. Insbesondere ist die Ausgestaltung des verfassungsrechtlich begründeten geistigen Eigentums wesentlich flexibler zu handhaben, da hierbei nicht das uneingeschränkte Individualrecht als anzustrebendes Ideal das ausschließliche Normziel bildet.

1453 So *Rigamonti*, S. 156

1454 *Weischedel*, *Recht und Ethik*, S. 8; *Pahud*, S. 42. Hieran zeigt sich, dass *Hubmann* seinen verfolgten Ansatz von einem universalen Urheberschutz durch die Hervorhebung der Naturrechtslehre und den damit eingebrachten ideologischen Argumenten auf den richtigen Weg gebracht hat, vgl. hierzu *Rigamonti*, S. 95 f.

1455 Bei einer Differenzierung von rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Begründung besteht zumindest die Gefahr von Antagonismen.

1456 Gleicher Ansicht *Rigamonti*, S. 131 ff. Siehe dazu oben, Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.2.b.bb.(4).(a).

Die offensichtlich zu starke Gewichtung des naturrechtlich bedingten individualrechtlichen Schutzansatzes hat dagegen zu häufig adaptierten, jedenfalls nicht auf dem Grundgesetz beruhenden und verfassungsrechtlich nach einigen Stimmen sogar nicht unbedenklichen<sup>1457</sup> „Rechtsgrundsätzen“ wie dem „*in dubio pro auctore*“<sup>1458</sup>, der „Analogiefeindlichkeit von Schrankenbestimmungen“<sup>1459</sup> und dem „Grundsatz der engen Auslegung von Schrankenvorschriften“<sup>1460</sup> geführt.

Wie oben festgestellt wurde<sup>1461</sup>, geht das Grundgesetz, anders als die ontologische Naturrechtslehre, von der Sozialpflichtigkeit des Eigentums aus. Zieht man dies isoliert als Grundlage des deutschen Urheberrechts heran, ergibt sich, dass das ausschließlich individualrechtlich dominierte Verständnis vom Urheberrecht, wie es sich in den genannten „Grundsätzen des Urheberrechts“ widerspiegelt, im höherrangigen Recht keine Stütze findet<sup>1462</sup>.

Kommt es zu Kollisionen mit anderen, womöglich verfassungsrechtlich geschützten, Gütern, ist der Rang der urheberrechtlichen Interessen am Werkschutz durch eine Abwägung der entgegenstehenden Belange zu ermitteln. Soweit urheberrechtliche Schutzpositionen mit grundrechtlichen oder sonst verfassungsrechtlich verbürgten Interessen Dritter kollidieren<sup>1463</sup>, gilt nämlich – wie auch sonst – der Grundsatz

1457 Kritisch aus diesem Grunde auch *Kröger*, MMR 2002, S. 18 (20) in Bezug auf das „Grundrecht der Informationsfreiheit“; *Macciachini*, UFITA 2000/I, S. 683 (686) mit Blick auf die Schweizer Verfassung.

1458 Vgl. *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 1, Rdnr. 1; dagegen *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 17; *Kröger*, MMR 2002, S. 18 (20). *Rigamonti*, S. 136 hält diese Auffassung sogar für verfassungswidrig.

1459 Hierfür *Fromm/Nordemann-Nordemann*, vor §§ 45 ff., Rdnr. 3; *Schricker/Melichar*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 16. Dagegen allerdings der BGH, GRUR 1987, S. 362 ff. – Filmzitat, GRUR 1994, S. 45 (47) – Verteileranlagen. Siehe auch hierzu oben, Teil II, Punkt IV.B.4) und die Nachweise in Fn. 1280.

1460 Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 1280. Kritisch hierzu auch *Rigamonti*, S. 135 und *v. Becker*, GRUR 2004, S. 104 (108).

1461 Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.2).

1462 Vgl. *Rigamonti*, S. 148. So auch *Pahud*, UFITA 2000/I, S. 99 (130), der diese „Grundsätze“ in ihr Gegenteil umkehren will und, ausgehend vom *numerus clausus* der Immaterialgüterrechte, meint, Geistesgüter seien grundsätzlich frei, es sei denn, sie seien geschützt. Ähnlich äußert sich *Hoeren* (MMR 2000, S. 3 (1), der die Auffassung vertritt, dass jegliche Schöpfung eines jeden Urhebers auf dem „*universellen Kulturerbe*“ aufbaue, sodass auch die spätere Schöpfung wiederum in dies einfließen müsse. Das Urheberrecht sei daher nicht der Grundsatz, sondern die „*rechtfertigungsbedürftige Ausnahme*“. Es könne nur dem zustehen, der überdurchschnittliche Leistungen bei der Selektion und Zusammenstellung von Informationen erbringe. Bestünden hieran Zweifel, gingen diese zulasten des vermeintlichen Urhebers. Es ergebe sich der Grundsatz „*in dubio pro libertate*“. In diese Richtung argumentierte *Hoeren* auch schon in GRUR 1997, S. 866 (869). Eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit seiner Sichtweise liefert *Hoeren* an den genannten Stellen indes nicht.

1463 Denkbar sind z. B. Kollisionen zwischen den Interessen des Sach- mit denen des geistigen Eigentümers. Mit diesem Spannungsfeld hatte sich der Bundesgerichtshof in der Entschei-

der Einheitlichkeit der Verfassung, nach dem bei Kollision geschützter Interessen die Herstellung praktischer Konkordanz im Einzelfall angestrebt werden soll<sup>1464</sup>. Eine vollständig auf den Rechtsinhaber fokussierende Wertung kann dem nicht entsprechen<sup>1465</sup>. Vor diesem Hintergrund kann nicht einmal von einem per se höheren Rang der Individualinteressen am Werk die Rede sein<sup>1466</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht hat dies in seiner „Germania-3-Entscheidung“<sup>1467</sup>, in der es um das Verhältnis Eigentumsfreiheit – Kunstfreiheit ging, deutlich hervorgehoben. Hiernach<sup>1468</sup> hat der Urheber Beschränkungen seiner Verwertungsinteressen hinzunehmen, soweit dies aus Sicht der kollidierenden Kunstfreiheit eines Dritten geboten erscheint und die hierdurch bewirkten Eingriffe nur gering sind<sup>1469</sup>. Das Bundesverfassungsgericht sprach sich in der Entscheidung für eine im Einzelfall extensivere, grundrechtsbezogene Anwendung der Zitatschranke aus. Dabei bewegen sich die Erwägungen in der „Germania 3“- Entscheidung keineswegs auf rechtlichem Neuland. Im Grunde hat das Verfassungsgericht in dieser Entscheidung nur ausgesprochen, was in anderen Regelungsbereichen unumstritten ist: Wie andere grundrechtlich verbürgte Rechte ist auch das Urheberrecht einer verfassungsrechtlichen Abwägung keineswegs entzogen. Auch hier stehen sich widerstreitende, grundrechtliche Positionen zunächst gleichwertig gegenüber, die gegeneinander abgewogen werden müssen. Die Abwägung kann ergeben, dass der Urheberrechtsschutz einzuschränken ist<sup>1470</sup>.

dung „Mauerbilder“ (GRUR 1995, S. 673 (675) zu befassen. Man kam zu dem Ergebnis, dass Belange des Sacheigentümers u. U. gegenüber denen des Urhebers zurücktreten müssten, soweit beide Rechte das gleiche Gut betreffen. Dies gelte hingegen wiederum nicht, wenn es sich um „aufgedrängte Kunst“ (in diesem Falle die illegal angebrachten Mauer-Graffiti) handele. Hier gingen grundsätzlich die Eigentümerrechte am Gegenstand vor.

1464 Vgl. *Sachs/Sachs*, Einführung, Rdnr. 50.

1465 Gleicher Ansicht auch *Macciachini*, UFITA 2000/III, S. 683 (686).

1466 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (999).

1467 Vgl. NJW 2001, S. 598 und hierzu *Metzger*, ZUM 2000, S. 924 ff.

1468 Vgl. Leitsatz 2 und ebd. S. 599.

1469 Diese Argumentation hatte in der besagten Entscheidung zur Folge, dass die in einem Werk von *Heiner Müller* („Germania 3“) verwendeten Brecht-Zitate trotz Fehlens einer eigentlichen „Belegfunktion“ als nach § 51 UrhG für zulässig erachtet wurden. Hiermit hat sich das Bundesverfassungsgericht gegen die ständige Rechtsprechung gestellt, die für die Zulässigkeit von Zitaten bislang immer gefordert hat, dass die Übernahme einzelner Werke oder Stellen einzelner Werke in ein nachgeschaffenes Werk mit dem Ziel einer Auseinandersetzung mit dem fremden Schaffen geschehen müsse. Hiernach waren Zitate nur von § 51 UrhG gedeckt, wenn sie einem angemessenen Zitat Zweck dienten. Als Zitat Zwecke anerkannt waren etwa die „Belegfunktion“ des eingeflochtenen Werkes zur Bekräftigung eigener Ausführungen oder die Heranziehung des fremden Werkes als „Erörterungsgrundlage“ für die Auseinandersetzung mit demselben (vgl. hierzu statt Vieler, *Schricker/Schricker*, § 51, Rdnr. 16 ff. m. w. Nachw.).

1470 Nach der „Germania 3“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts steht nun zu erwarten, dass die Gerichte zukünftig vermehrt auch über andere Kollisionen grundrechtlich geschütz-

Eine Begründung für die weit verbreitete Einstellung im deutschen Rechtsraum, die einem vollumfänglichen Urheberrechtsschutz entgegenstehende Interessen von vornherein als minderwertig und nachrangig qualifiziert, liefert die Eigentumsgarantie mithin nicht. Dies zeigt den nach wie vor erheblichen Einfluss der individualrechtlich dominierten Naturrechtslehre im deutschen Rechtsraum.

Dass auch die Gesetzgebung hiervon beeinflusst wird, zeigt sich daran, dass das „*in dubio pro auctore*“-Paradigma oder der „Grundsatz“ der restriktiven Auslegung von Schranken der Zielrichtung und Systematik des einfachen Rechts durchaus entnommen werden kann<sup>1471</sup>. Dies veranschaulicht auch die Haltung des Bundesgerichtshofs, wenn dieser auch die übermäßig urheberfreundlichen Literaturansichten nie vollständig geteilt hat<sup>1472</sup>. Soweit der Gesetzeswortlaut von einseitigen Wertun-

ter Güter mit dem Individualrecht des Urhebers urteilen müssen. Dies wird im Einzelfall auch zu einer extensiven Anwendung von Schrankenvorschriften führen müssen. Ein Beispiel für eine praktisch sehr häufig auftretende Kollision ist etwa die Anwendbarkeit des Zitatrechts im Rahmen der Presseberichterstattung. Diese Konstellation lag der Entscheidung des OLG Hamburg „Maschinenmensch“ zugrunde (siehe NJW-RR 2003, S. 112 ff.). Könnte man die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts in der „Germania 3“-Entscheidung auf die Kollision von Pressefreiheit und Urheberrecht erstrecken (was das OLG Hamburg abgelehnt hat, vgl. ebd., S. 117), wäre damit der Weg geebnet für eine Fülle von Bild- und sonstigen Zitaten. Die Medien wären – je nach Einzelfall – in der Lage, ganze Werke zur reinen Illustration zu verwenden, ohne sich mit diesen inhaltlich auseinander setzen zu müssen, soweit hierfür ein berechtigtes Interesse bestünde. Im Zweifel würde indes in die Abwägung einzubeziehen sein, dass Zitate keine Vergütungsansprüche begründen, sodass die freie Verwendung von Werken oder Werkteilen in der Presse u. U. erhebliche wirtschaftliche Nachteile für die Berechtigten nach sich ziehen könnte. Demgegenüber wäre das Interesse der Medien an kostenloser Berichterstattung wohl in den meisten Fällen nachrangig. Hier zeigt sich wiederum ein Defizit der urheberrechtlichen Schranken in der geltenden Form. Die Freiheit der Berichterstattung, die durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet wird, ist maßgeblich nur durch das Verbot des Urhebers beschränkt. Regelmäßig wird damit das Zustimmungsbedürfnis für die Verwendung geschützten Materials in Medien ein Eingriff in die Pressefreiheit bedeuten, der u. U. auch unverhältnismäßig sein kann. Dies wird hingegen kaum einmal in Bezug auf die reine Vergütungspflicht anzunehmen sein. Ein spezielles Zitatrecht für die Medien mit Vergütungspflicht existiert indes (abgesehen von § 49 Abs. 1, S. 2 UrhG, der die meisten Fälle nicht abdeckt) nicht.

1471 Siehe oben, Fn. 603. Durch die Konzeption des Urheberrechts, v. a. die Unterteilung von absoluten Schutzrechten und rechtlich (außerhalb des § 95b UrhG, s. o., Teil 2, Punkt IV.B.4.c.bb.(2).b) nicht durchsetzbaren Schranken hat der Gesetzgeber eine regulative Entscheidung über den urheberrechtlichen Interessensausgleich getroffen, die es grundsätzlich zu respektieren gilt (so auch *Bornkamm* in FS Piper, S. 641 (648 f.)). Eine Schranke kann – auch vom Gericht – per definitionem nur als Ausnahme von der Regel gewertet werden. Zu extensive Anwendung könnte die Regel zur Ausnahme machen.

1472 Siehe hierzu und zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oben, Punkt IV.B.4.b); die Entscheidungen des BGH, z. B. BGH GRUR 1999, S. 325 (327) – Elektronische Pressearchive; GRUR 1997, S. 459 (463) – CB-Infobank I; BGHZ 126, 313 (317) – Museumskatalog m. w. Nachw.; sowie die vorherrschende Ansicht in der Literatur, z. B. *Möh-*

gen dominiert ist, kann dies kaum durch die richterliche Rechtsfortbildung der ordentlichen Gerichte korrigiert werden. Dieser sind – selbst im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes – durch das einfache Recht enge Grenzen gesetzt<sup>1473</sup>.

Soweit die naturrechtlichen Grundsätze mit dem Werkschaffen und der Werkverwertung nicht mehr übereinstimmen, scheint es daher ratsam, sich im Rahmen einer reformierten Ausgestaltung des Urheberrechtsgesetzes allein an der Verfassung zu orientieren und deren Spielräume zu nutzen. Einseitigen Wertungen könnte so die Grundlage entzogen werden. Würde dies realisiert, könnten die Hürden für eine differenzierende Auslegung des Gesetzes zwecks Herstellung einer ausgewogenen Einzelfallgerechtigkeit erheblich verringert werden<sup>1474</sup>, solange nicht in den Kernbereich der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG eingegriffen würde.

*ring/Nicolini-Nicolini*, 2. Auflage, § 45, Rdnr. 2 m. w. Nachw.; dagegen *Hoeren*, MMR 2000, S. 3 (4).

- 1473 So hat der BGH in seiner Entscheidung „Gies-Adler“ (BGH GRUR 2003, S. 956 (957)) ausdrücklich hervorgehoben, dass ein Ungleichgewicht zwischen dem Eigentumsrecht des Urhebers und den Kommunikationsgrundrechten des Art. 5 GG (z. B. der Pressefreiheit) durch die Zivilgerichte auch im Wege einer verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes nicht behoben werden kann, wenn Gesetzeswortlaut dem eindeutig entgegen spreche. In solchen Fällen sei es allein Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Verfassungswidrigkeit der betreffenden gesetzlichen Bestimmung festzustellen.
- 1474 Wie gering der Spielraum des Urheberrechts bei der judikativen Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit durch Auslegung der Schrankenregelungen ist, zeigt sich wiederum anschaulich an der Entscheidung „Gies-Adler“ (GRUR 2003, S. 956 (957)) des Bundesgerichtshofs. Hier wurde einer aufstrebenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung, das Urheberrecht einer (außerurheberrechtlichen) allgemeinen Güter- und Interessenabwägung unterziehen zu können, eine klare Absage erteilt. Zuvor hatten sich einige Stimmen (vgl. etwa KG, NJW 1995, S. 3392 (3394) – Botho Strauß; LG Berlin, NJW 1995, S. 881; *Schricker/Wild*, § 97, Rdnr. 20 f.) dafür ausgesprochen, das nach einer Auslegung der Schrankenregelung gefundene Ergebnis einer allgemeinen Interessenabwägung nach dem Vorbild von § 904 BGB zu unterziehen (vgl. auch *Bornkamm* in FS *Piper*, S. 641 (646 f./650)). Der Bundesgerichtshof meinte, hierfür sei angesichts der abschließenden Regelungen des Urheberrechtsgesetzes über Rechte und Schranken kein Raum. Soweit das Gesetz zu Interessenkollisionen führe, die sich angesichts der eindeutigen Regelungen nicht im Wege der (verfassungskonformen) Auslegung beheben ließen, sei das Bundesverfassungsgericht berufen, regulierend einzugreifen. Am naheliegendsten wäre es vor diesem Hintergrund, das Gesetz so zu ändern, dass den Gerichten bei dessen Anwendung ein größerer Spielraum verbliebe. Die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts könnte sich dann sicherlich häufig vermeiden lassen.

## Kapitel 2: Zuordnung des Urheberrechts: Defizite bei der Anwendung des Schöpferprinzips auf unpersönliche und im Arbeitnehmerverhältnis geschaffene Werke

### I) Problemdarstellung

#### A) Schöpferprinzip als absolute Zuordnungsregel

Im deutschen Urheberrecht gilt uneingeschränkt das Schöpferprinzip, wie es in § 7 UrhG zum Ausdruck kommt<sup>1475</sup>. Originärer Inhaber des Urheberrechts ist hiernach stets der Schöpfer. Folge dieser uneingeschränkten Regelung<sup>1476</sup> ist zum einen, dass juristische Personen nicht Urheber sein können<sup>1477</sup>, und zum anderen, dass weder Auftrag- oder Arbeitgeber noch Produzenten oder Investoren *ipso iure* Urheberrechte erlangen können<sup>1478</sup>. Eine Regelung, die dem *work-made-for-hire-Prinzip* im Copyright<sup>1479</sup> entsprechen würde, ist vor diesem Hintergrund mit den Maximen des deutschen Rechts unvereinbar.

Ausnahmen vom Schöpferprinzip sieht das deutsche Recht nicht vor. Andere am Schöpfungsergebnis Beteiligte, wie Produzenten, Auftrag- oder Arbeitgeber, sind auf einen derivativen Rechtserwerb angewiesen. Deren Belangen, v. a. dem Interesse an Investitionsschutz, wird nur durch eng gefasste Sonderregelungen mit den Mitteln der rechtlichen Vermutung (§§ 88 ff. UrhG) oder der *cessio legis* (§ 69b UrhG) bzw. durch die Einräumung spezieller Leistungsschutzrechte Rechnung getragen<sup>1480</sup>. Diese Vorschriften führen indes nicht etwa zu einer Durchbrechung des Schöpferprinzips. Während die Leistungsschutzrechte einen anderen Schutzgegenstand betreffen (z. B. Darbietungen, Tonträger oder die Investitionen bei Datenbanken), sind Dritte auch im Rahmen privilegierender Sondervorschriften auf einen derivativen Rechtserwerb angewiesen.

1475 Vgl. allgemein zum Schöpferprinzip oben Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.2).

1476 Der eigentliche Grund hierfür liegt im Wesen des deutschen Urheberrechts als ein, zumindest teilweise, personenbezogenes Recht. Das Schöpferprinzip ist Folge und Ausdruck dieses Wesens zugleich.

1477 Vgl. OLG Koblenz UFITA 70 (1974), S. 331 (334) – Liebeshändler in Chioggia; BGH GRUR 1991, S. 523 (525) – Grabungsmaterialien.

1478 Dreier/Schulze-Schulze, § 7, Rdnr. 4ff.

1479 Siehe hierzu die Ausführungen in Teil 1, Kapitel 3, Punkt III.B).

1480 Vgl. etwa Dietz in Internationale Gesellschaft für Urheberrecht (INTERGU) (Hrsg.), Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, S. 83 (88).

Die Möglichkeit eines derivativen Erwerbs stellt, angesichts der Unübertragbarkeit des Urheberrechts<sup>1481</sup> und der restriktiven Regelungen des Urhebervertragsrechts, keinen vollwertigen Ersatz für eine originäre Zuordnung des Urheberrechts dar<sup>1482</sup>. Diese Regelungen haben zum einen zur Folge, dass das Stammrecht und damit auch gewisse nichtdisponible Rechtspositionen stets beim Schöpfer verbleiben, der diese gegen seinen Vertragspartner geltend machen kann. Zum anderen werden den vertraglichen Rechtseinräumungen durch die §§ 31 ff. UrhG mehr oder weniger enge Grenzen gesetzt<sup>1483</sup>. Insbesondere § 31 Abs. 5 UrhG und die unabdingbaren Ansprüche auf eine angemessene Vergütung (wie z. B. in §§ 32a, 32c UrhG) führen zu einer Beschränkung der Dispositionsfreiheit bei dem Abschluss von Lizenzverträgen<sup>1484</sup>. Nur bei Filmwerken und Computerprogrammen werden diese Restriktionen z. T. eingeschränkt<sup>1485</sup>. Die Möglichkeit der vertraglichen Absicherung von Investitionen vor einer evtl. verwertungsbeeinträchtigenden Maßnahme des Urhebers sind daher durch die Berücksichtigung der Interessen des Urhebers an einer wirtschaftlichen Beteiligung an der Verwertung seines Werkes (den Beteiligungsgrundsatz<sup>1486</sup>) eingeschränkt<sup>1487</sup>.

Auch verwandte Schutzrechte können keinen umfassenden Investitionsschutz gewährleisten. Es existiert nur ein beschränkter, abschließender Katalog an Rechten an bestimmten Leistungen<sup>1488</sup>. Ein ebensolcher *numerus clausus* gilt in Bezug auf die aus den Rechten erwachsenden Rechtspositionen und deren Umfang<sup>1489</sup>. Die durch das Urheberrechtsgesetz gewährten unternehmensbezogenen verwandten Schutzrechte, wie das Tonträgerherstellerrecht, das Filmherstellerrecht oder das Datenbankherstellerrecht schützen die getätigten Investitionen nur vor einer unzulässigen Nutzung der Produktionsergebnisse. Einen Schutz gegen verwertungshindernde Geltendmachung urheberrechtlicher Befugnisse entfalten die verwandten Schutz-

1481 *Rehbinder*, Rdnr. 248.

1482 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (995).

1483 Allein in Bezug auf Computerprogramme ergibt sich aus § 69b UrhG eine Besonderheit des Urhebervertragsrechts. Die §§ 43 und 31 Abs. 5 UrhG sind auf in Arbeitnehmer- und Dienstverhältnissen geschaffene Computerprogramme nicht anwendbar, vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 69a, Rdnr. 33.

1484 Diese Restriktionen gelten – abgesehen vom Anwendungsbereich von § 69a UrhG – auch in Arbeitsverhältnissen, vgl. *Fromm/Nordemann-Vinck*, § 43, Rdnr. 3.

1485 Vgl. oben, Fn. 1483 zu den Sonderregelungen bei Computerprogrammen und § 90 UrhG für Filmwerke.

1486 Nachweise hierzu oben, Fn. 509.

1487 Siehe zu den Besonderheiten des Urhebervertragsrechts im Arbeitsverhältnis *Kraßer* in *FG Schrickler*, S. 77 (85 ff.).

1488 Vgl. etwa § 85, 87 a und 94 UrhG. Dagegen existiert beispielsweise kein eigenständiges Schutzrecht des Multimediaherstellers.

1489 *Rehbinder*, Rdnr. 776.

rechte damit nicht. Hiervor kann sich der Produzent oder Investor nur – in den Grenzen des Urhebervertragsrechts – vertraglich absichern.

## B) Als Beispiel: Die Problematik des Lizenzmanagements der Hersteller von Multimediawerken

### 1) Problemdarstellung

Welche praktischen Probleme sich aufgrund der uneingeschränkten Geltungskraft des Schöpferprinzips im deutschen Urheberrecht ergeben können, zeigt sich bei komplexen Kollektivwerken<sup>1490</sup>. Hierzu können sog. Multimediawerke gezählt werden. Eine Besonderheit dieser Werkart besteht darin, dass Multimediawerke meistens aus einer großen Anzahl von urheberrechtlich geschützten Einzelbestandteilen bestehen<sup>1491</sup>. Probleme ergeben sich aus dem Schöpferprinzip sowohl beim „innerbetrieblichen Lizenzmanagements“<sup>1492</sup> als auch beim Erwerb der Rechte an vorbestehenden Werken (den man zum Bereich des „außerbetrieblichen Lizenzmanagements“ zählen könnte). An jedem dieser Bestandteile muss sich der Produzent, der seinerseits meistens eine juristische Person sein wird, Nutzungsrechte von dem jeweils Berechtigten vertraglich einräumen lassen<sup>1493</sup>. Dies gilt auch für – u. U. kleinste – Werkteile, soweit diese eine persönliche geistige Schöpfung darstellen<sup>1494</sup>. Hierbei wirkt sich die Rechtsunsicherheit, die mit dem geltenden Werkbegriff einhergeht, dergestalt aus, dass prophylaktisch auch Rechte an Inhalten erworben werden, die gar nicht schutzfähig sind. Auch von seinen Auftragnehmern und Angestellten muss sich der Multimediaproduzent die Rechte vertraglich einräumen lassen, wenn

1490 Nach Art. L113-2 des französischen Urheberrechtsgesetzes (Code de la propriété intellectuelle) sind Kollektivwerke solche, die auf die Initiative einer natürlichen oder juristischen Person hin geschaffen werden, welche sie unter ihrer Leitung oder unter ihrem Namen herausgibt, veröffentlicht und verbreitet. Im Kollektivwerk geht der persönliche Beitrag der verschiedenen, an der Ausarbeitung beteiligten Urheber auf.

1491 Vgl. *Hoeren* in *Cyberlaw*, S. 92.

1492 Hiermit soll der Rechtserwerb des Produzenten von Dritten, zu denen er in ständiger vertraglicher Beziehung steht, wie vor allem Arbeitnehmern, bezeichnet werden. Auch der Begriff „internes Lizenzmanagement“ soll demgemäß verwendet werden. Als „außerbetriebliches oder externes Lizenzmanagement“ wird dagegen der Bereich des Rechtserwerbs von Dritten, zu denen der Produzent nicht in ständiger Geschäftsbeziehung steht, bezeichnet.

1493 Dies gilt jedenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs von § 69b UrhG.

1494 Vgl. *Fromm/Nordemann-Nordemann-Vinck*, § 2, Rdnr. 26.

diese geschütztes Material im Rahmen ihrer Tätigkeit erschaffen<sup>1495</sup>. Dieser Bereich des „internen Lizenzmanagement“ unterliegt einzig der Erleichterung, dass hier der Produzent zu den Beteiligten bereits in einer vertraglichen Beziehung steht.

Hinzu kommt das Problem, dass Multimediawerke zumeist im Kollektiv u. U. großer Personengruppen geschaffen werden. Hierbei können sich für den Hersteller bei dem Lizenzmanagement zweierlei – gleichermaßen schwierige – Konstellationen ergeben. Handelt es sich bei dem Endprodukt oder bei einzelnen Teilen des Endprodukts um gemeinsame Schöpfungen i.S.d. § 8 UrhG, stehen die hieran bestehenden Rechte allen Miturhebern nach § 8 Abs. 2 Satz 1 UrhG zur gesamten Hand zu. Zur Veröffentlichung und Verwertung des Werkes ist damit die Einwilligung aller Miturheber erforderlich, was sowohl im Innen- wie auch im Außenverhältnis gilt<sup>1496</sup>. Das Veto nur eines Miturhebers kann damit die Realisierung der gesamten Vermarktung verhindern. Würde z. B. einer der Berechtigten nicht ordnungsgemäß um Erlaubnis gefragt, hängt die Wirksamkeit eines mit dem Hersteller abgeschlossenen Nutzungsvertrages von seiner Genehmigung ab (§ 177 BGB). Dieser ist zur Genehmigung gegenüber dem Lizenznehmer nicht verpflichtet<sup>1497</sup>. Der Produzent hat – jenseits vertraglicher Bindungen – grundsätzlich keine Möglichkeit, die Entscheidungsfindung unter den Miturhebern zu beeinflussen.

Die zweite denkbare Konstellation besteht darin, dass an jedem Teil des Multimediawerkes, gleich ob hierfür originär geschaffen oder als vorbestehendes Werk hierfür verwendet, gesonderte Urheberrechte bestehen, so z. B. bei verbundenen Werken, die nicht in Zusammenarbeit unter Realisierung einer Gesamtidee zustande gekommen sind<sup>1498</sup>.

Neben der Schwierigkeit des Lizenzerwerbs – man bedenke, dass hier im schlimmsten Fall für jeden Bestandteil Vertragsverhandlungen geführt werden müssten – kann auf dem Gebiet des externen Lizenzmanagements bereits die Ermittlung der jeweiligen Rechtsinhaber problematisch sein.

Es erscheint paradox, dass gerade im Bereich der heute gängigen Massennutzung von geschütztem Material das Einzellizenzmanagement mangels Rechtekonzentration und aufgrund der Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Berechtigten zum Hemmschuh wird<sup>1499</sup>.

1495 Hierbei ist er rechtlich grundsätzlich schlechter gestellt als der Filmhersteller, da letzterem die Vermutungsregeln der §§ 88 ff. zur Seite stehen. Zu einer analogen Anwendung dieser Vorschriften auf Multimediawerke vgl. Punkt II.D).

1496 *Rehbinder*, Rdnr. 259.

1497 Einzig im Innenverhältnis der Gesamthandsgemeinschaft kann sich für den Miturheber gem. § 8 Abs. 2 S. 2 UrhG eine Verpflichtung aus Treu und Glauben ergeben, einer Verwertung zuzustimmen.

1498 Vgl. zu den Tatbestandsmerkmalen des § 8 UrhG in Bezug auf den Tatbestand der Miturheberschaft *Waldenberger*, S. 26 ff.

1499 Kritisch daher auch *Hunziker*, UFITA 101 (1985), S. 59 (53). Auch *Katzenberger* sieht in Informationsgesellschaft, S. 53 f. diesen Punkt als bedenklich an. Die Problematik wird wei-

Neben dem uneingeschränkten Schöpferprinzip wird diese Situation vom Grundsatz der Unübertragbarkeit des Urheberrechts gem. § 29 Abs. 1 UrhG, der auf der monistischen Konzeption des Urheberrechtsgesetzes basiert<sup>1500</sup>, verstärkt. Dieser bewirkt, dass die Rechte an den Bestandteilen eines Multimediawerkes nicht endgültig und vollständig erworben werden können. So bleiben den Urhebern auch nach der Veräußerung (auch exklusiver Nutzungsrechte) noch Möglichkeiten, die Verwertung an sich oder in bestimmter Form zu verhindern. So ist der Produzent bei der Verwendung nicht frei, sondern gebunden z. B. an die Urheberpersönlichkeitsrechte<sup>1501</sup>, die – jedenfalls nach bislang h.A. – vertraglich nicht vollständig ausgeschlossen werden können<sup>1502</sup>. Will der Hersteller später auf nach Vertragsschluss bekannt gewordene Nutzungsarten übergehen, muss er mit den Urhebern – wenn diese insofern ihr Widerrufsrecht nach § 31a Abs. 1 UrhG ausüben wollen – erneut verhandeln oder zumindest Vergütungsansprüche hierfür erfüllen. Diese Gefahren potenzieren sich, je mehr Einzellizenzverträge abgeschlossen wurden und je mehr Vertragspartnern sich der Hersteller gegenüber sieht.

Die Tatsache, dass den Interessen des Urhebers an seinem geistigen Kinde und seinem geistigen Eigentum gegenüber den Investitions- und Amortisationsinteressen des Produzenten oder Arbeitgebers durch das deutsche Urheberrechtskonzept absoluter Vorrang eingeräumt wird<sup>1503</sup>, kann zu ungerechtfertigten Ergebnissen führen. Anders als bei freischaffenden Urhebern trägt im Bereich der heutigen Massenfertigung geschützter Werke der Arbeitgeber, Investor oder Produzent das alleinige wirtschaftliche Risiko<sup>1504</sup>.

## 2) Denkbare Folgen bei Fehlern im Lizenzmanagement

Die urheberrechtlichen Unsicherheiten für die Produzenten von Multimediawerken können sich in unterschiedlicher Weise realisieren.

Beachten die Produzenten in adäquater Weise die Vorgaben des Rechts, könnte dies zu einem unerwünschten Investitionshemmnis werden, da viele Produktionen

ter dadurch verschärft, dass die Anforderungen an den urheberrechtlichen Schutz, wie gesehen, überaus kompliziert sind. Selbst juristischen Experten ist es oft kaum möglich, die Individualität eines Werkes oder gar eines kleinen Werkteils zu beurteilen. Es ist evident, wie aufwendig und schwierig sich die rechtliche Recherche im Vorfeld einer Multimediaproduktion darstellen kann. Hierauf weist auch *Hoeren* in *Cyberlaw*, S. 79 (82) hin.

1500 Statt aller *Rehbinder*, Rdnr. 542.

1501 Siehe z. B. §§ 14, 39 Abs. 1, 31, 42 UrhG.

1502 Inwiefern dies in Bezug auf die Urheberpersönlichkeitsrechte überhaupt möglich ist, ist dazu höchst umstritten, vgl. die Hinweise auf die Ausführungen von *Metzger* in Fn. 732.

1503 Dies gilt jedenfalls jenseits der Sonderregelungen für Computerprogramme und Filme.

1504 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (993 ff.); *Auf der Maur*, S. 4 ff.

an der Kosten-Nutzen-Relation zu scheitern drohen<sup>1505</sup>. Diese könnte, zum einen wegen der erheblichen Kosten für die einzuholenden Nutzungsrechte<sup>1506</sup>, vor allem aber wegen der administrativen Rechtserwerbskosten, negativ ausfallen<sup>1507</sup>. Die hiermit verbundene Gefahr einer Zurückhaltung bei den Investitionen im Entertainmentbereich stellt angesichts der positiven gesellschaftlichen und ökonomischen Erwartungen für dieses Geschäftsfeld eine unakzeptable Konsequenz dar. Dies gilt umso mehr, als die um den Online- und IT-Markt mit den *Droit-D'Auteur*-Staaten konkurrierenden Copyright-Staaten, wie die USA, Kanada, England und Japan zu Gunsten von Arbeitgebern und/oder Produzenten Abweichungen von der strikten Zuordnung an den Urheber vorsehen<sup>1508</sup>.

Missachten hingegen die Hersteller von Multimediawerken die Urheberrechte an vorbestehenden Werken, kann dies schwerwiegende, in erster Linie zivilrechtliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Diese können dazu führen, dass die Produktion nicht vermarktet werden kann. Die größten Gefahren für die Investition bergen hierbei verschuldensunabhängige Ansprüche. Hat der Produzent leicht fahrlässig auch nur ein einziges Recht nicht eingeholt, erweist sich auch nur ein einziger Vertrag im Nachhinein als unwirksam oder wurde etwa mit dem Falschen kontrahiert, kann dies nach den §§ 96, 97 UrhG die Verpflichtung zur Unterlassung der Verbreitung oder öffentlichen Wiedergabe nach sich ziehen, wenn sich der übergangene Urheber hiergegen stellt. Unter Umständen<sup>1509</sup> muss der Produzent seine gesamte Produktion (soweit es sich z. B. um CDs oder andere materielle Vervielfältigungsstücke handelt) gem. § 98 UrhG vernichten. Bei Verschulden können auch Schadensersatzansprüche hinzutreten.

Solche Ansprüche drohen gleichermaßen bei der Lizenzierung von vorbestehenden wie auch bei in Auftrags- oder Dienstverhältnissen geschaffenen Werken. Dies gilt auch dann, wenn der Produzent ein einzelnes Werk, wie z. B. ein Bild oder eine Tonfolge, unter Verstoß gegen urheberpersönlichkeitsrechtliche Positionen (z. B. in

1505 *Hoeren* in *Cyberlaw*, S. 92.

1506 Die CMMV (siehe hierzu sogleich unten, Fn. 1512) geht nach eigenen Angaben davon aus, dass bei einer Multimediaproduktion „mindestens 50 % des Zeitbudgets für Rechtereklärung und Lizenzeinholung veranschlagt werden müssen“, vgl. <http://www.cmmv.de>. Dagegen hat sich an der Problematik der Amortisation der Lizenzgebühren bei Multimediaproduktionen gegenüber herkömmlichen kostenintensiven Arten der Werkproduktion (z. B. Film) nichts geändert. Müssen auch heute mehr fremde Rechte eingekauft werden, stehen dem im Zweifel auch eine weitere Verbreitung und erhöhte Gewinnerwartung sowie u. U. geringere Distributions- und Logistikkosten gegenüber. Die Gesetze der Gewinnerwartung haben schon immer die Entscheidung über die Herstellung wirtschaftlicher Güter bestimmt. Hierin liegt keine Besonderheit der informationstechnologischen Veränderungen.

1507 Vgl. *Kreutzer*, *Entwicklung des Urheberrechts*, S. 17.

1508 *Frey*, UFITA 98 (1984), S. 62 f.

1509 D. h. wenn dies nicht im Einzelfall gem. § 98 Abs. 3 UrhG unverhältnismäßig erscheint.

entstellter Form oder ohne Hinweis auf die Urheberschaft) im Gesamtwerk verwendet<sup>1510</sup>.

Ist nicht klar, ob die Rechte ordnungsgemäß erworben worden sind, trifft den Produzenten, der sich auf diese beruft, im Prozess die Beweislast<sup>1511</sup>. Gesetzlich angelegte Rechtsunsicherheiten wirken sich daher in diesem Bereich besonders bedrohlich aus.

### 3) Besonderheit der Problematik gegenüber herkömmlichen Formen komplexer Werkkombinationen

Man könnte nun einwenden, dass Multimediawerke an sich keine Neuerung für das Urheberrecht mit sich bringen. Immerhin handelt es sich bei Filmen im Grunde um nichts anderes als um die Kombination von vorbestehenden und neu geschaffenen Beiträgen. Die Lizenzierungsproblematik bei einer Vielzahl verwendeter Werke haben damit sowohl Filmhersteller als auch z. B. Verleger umfangreicher Druckwerke oder die Herausgeber von Sammelwerken etc. Allerdings ergibt sich gegenüber diesen „herkömmlichen Multimediaproduzenten“ ein wesentlicher Unterschied. Die Situation beim „außerbetrieblichen Lizenzmanagement“ an digitalen Rechten wird nämlich dadurch verschärft, dass die Verwertungsgesellschaften bis heute oft nicht Inhaber der Rechte sind, es von daher an einer zentralen Informations- und Lizenzierungsstelle fehlt<sup>1512</sup>. Zudem weisen digitale Erzeugnisse eine gegenüber jeder analo-

1510 Eine Beschränkung der Schutzrechte gegen persönlichkeitsrechtliche Verstöße in Nutzungsvertragsbeziehungen enthält § 39 Abs. 2 UrhG, der bei gesetzlichen Nutzungsrechten gem. § 62 Abs. 1 S. 2 entsprechend Anwendung findet, nicht jedoch dann, wenn zwei Parteien eines Rechtsstreits keine vertraglichen Beziehungen zueinander haben, vgl. hierzu *Schricker/Dietz*, § 39, Rdnr. 1 und 7.

1511 BGH GRUR 1996, S. 121 (123) – Pauschale Rechtseinräumung, *Möhring/Nicolini-Spautz*, 2. Auflage, § 32, Rdnr. 61; *Auf der Maur*, S. 67.

1512 Die 1996 in Deutschland gegründete Clearingstelle Multimedia für Verwertungsgesellschaften von Urheber- und Leistungsschutzrechten GmbH (CMMV) fungiert bis heute nur als zentrale Informationsstelle, die sich der Information der Multimediaproduzenten über digitale Nutzungsrechte verschrieben hat. (vgl. hierzu *Melichar* in *Cyberlaw*, S. 205 (213 ff.); *Dreier* in *Becker/Dreier*, S. 123 (143). Diese Tätigkeit war zunächst nur als erste Stufe der Arbeit der CMMV gedacht. Ihre angestrebte Zweckbestimmung als *Clearing House*, als „One-Stop-Shop“ zu fungieren, in dem nicht nur Informationen erlangt, sondern die entsprechenden Rechte auch gleich erworben werden können, hat die CMMV bisher nicht erreicht (vgl. § 2 Gesellschaftsvertrag CMMV: „Gegenstand des Unternehmens ist es, die Verhandlungen zwischen den Herstellern bzw. den Verwertern von Multimedia-Produkten bzw. –Leistungen und den Rechteinhabern zu fördern und zu erleichtern u. a. durch die : ... – Vermittlung von Rechten zur Herstellung bzw. Verwertung von Multimedia-Produkten...“). Ein Grund für dieses Entwicklungsdefizit mag darin liegen, dass bisher Rechte zur digitalen Verwertung nur zurückhaltend durch die Rechteinhaber den Verwertungsgesellschaften zur kollektiven Wahr-

gen Werkform verstärkte Multiformität auf. Die Bandbreite der hier einfließenden Rechte kann ebenso wie die Anzahl der einzuholenden Rechte weit größer sein als herkömmlich. Erschwerend hinzu tritt die unsichere Rechtslage bei der Behandlung digitaler Werke und die erschwerten Authentifizierungs- und Identifizierungsmöglichkeiten von Werken, die mehr oder weniger frei über das Internet oder andere Netze verbreitet werden.

Bei der Abwägung der genannten Schwierigkeiten gilt zu bedenken, dass durch die sich ändernden Nutzungsmethoden und -möglichkeiten und die Globalisierung heute viel größere Zahlen potenzieller Konsumenten erreicht werden können, die im privaten oder zumindest nichtkommerziellen Bereich durch etwaige Rechtsunsicherheit betroffen werden. Da, wie gezeigt<sup>1513</sup>, der Konsum digitaler Werke in vielen Fällen mit einer Vervielfältigung einhergeht, erstreckt sich der Bereich urheberrechtlich relevanter Nutzung immer weiter. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit wächst damit erheblich.

Schließlich ist zu bemerken, dass der in Rede stehende Markt schnelllebig und auf die massenhafte Nutzung ganzer „Werkkontingente“ ausgerichtet ist. Kompakte und transparente rechtliche Rahmenbedingungen des Lizenzmanagements werden zunehmend wichtiger<sup>1514</sup>.

Man könnte den hier geäußerten Bedenken entgegenhalten, dass die beteiligten Verwerterkreise über die nötigen Erfahrungen, Mechanismen, Kenntnisse und Marktmacht verfügen, um sich den veränderten Bedingungen anzupassen. Dies wird hingegen den Anforderungen des sich entwickelnden Marktes nicht gerecht. Schließlich liegt ein Potenzial der Informationstechnologie auch darin, neuen Marktteilnehmern den Zugang zu neuen Sparten der Unterhaltungsindustrie zu öffnen, da hier aufkommende Märkte wegen der Möglichkeiten der Online-Distribution mit den herkömmlichen administrativen und logistischen Problemen bei der Verwertung ihrer Erzeugnisse nicht annähernd so belastet sind, wie dies bislang der Fall war.

Von diesen Möglichkeiten profitieren auch und nicht zuletzt kleine oder mittelständische Unternehmen, die mit neuen Angeboten auf den neuen Markt drängen. In diesem Bereich der „*New Economy*“ greift das Argument hinsichtlich der Erfahrung der Beteiligten gerade nicht. Komplexe Schwierigkeiten beim Lizenzmanagement

nehmung übertragen werden. Hierauf ist hingegen die CMMV angewiesen, da diese nur für die Verwertungsgesellschaften Rechte wahrnehmen kann. Die wegen dieses Defizits erhebliche Einschränkung des Nutzens der CMMV für die Multimedia-Produzenten liegt auf der Hand: Die Recherche nach dem Rechtsinhaber ist bei der Rechtklärung nur ein erster Schritt. Selbst wenn dies mit den durch die CMMV erlangten Informationen gelingen sollte, entfällt nicht der maßgebliche Aufwand, der in der Aushandlung individueller Lizenzvereinbarungen liegt.

1513 Siehe hierzu die Ausführungen zur Ausweitung des Urheberrechts auf die reine Benutzung in Teil 2, Punkt IV.B.1).

1514 So auch *Dreier*, CR 2000, S. 45.

wirken sich daher hier unmittelbar hemmend auf die Weiterentwicklung des Marktes aus<sup>1515</sup>. Dies gilt umso mehr, als sich weitere rechtliche Schwierigkeiten aufgrund der Globalität des Marktes und der länderübergreifenden Transaktionen ergeben. Aufgrund der Territorialität des Urheberrechts können bei internationalen Verwertungshandlungen neben der deutschen eine Vielzahl ausländischer Rechtsordnungen betroffen sein.

Es zeigt sich also, dass ernst zu nehmende Beeinträchtigungen des Rechtsverkehrs und des Rechtserwerbs immer weniger hinnehmbar sind. Lösungen verschiedener Art, sowohl legislativer als auch individualvertraglicher Art, sind hier denkbar. Im vorliegenden Kontext wird angesichts der praktischen Defizite der geltenden Urheberrechtskonzeption besonders die Frage interessant sein, ob deren Bewältigung möglicherweise durch die Einschränkung oder Aufhebung des Schöpferprinzips realisiert werden könnte.

Diese Gedanken sind nicht neu. So hat es in der Vergangenheit immer wieder Ansätze gegeben, wie dogmatischen und funktionalen Defiziten, die das Schöpferprinzip mit sich bringen kann, zu begegnen sei. Angesprochen wurden einerseits Lösungen auf der Basis einer Aufgabe dieser urheberrechtlichen Maxime allgemein oder zumindest in Bezug auf besondere Werkarten und andererseits nach Vorbild der bis dato existierenden Sonderregeln, die mit einer Einschränkung der ausschließlichen Zuordnung der (Vermögens-)Rechte am Ergebnis geistigen Schaffens einhergehen. Solche könnten z. B. das amerikanische *work-made-for-hire*-Prinzip, die Sondervorschriften für Filmwerke (§§ 88 ff. UrhG) oder Computerprogramme (§ 69b UrhG) zum Vorbild haben.

## II) In der Vergangenheit diskutierte Lösungsansätze

### A) Die Kritik am Schöpferprinzip bei Arbeitnehmerschöpfungen nach der schweizerischen Lehre

Insbesondere in der Schweiz gab es im Zuge der langjährigen Diskussionen über die Reform des Schweizer URG intensive Auseinandersetzungen über die Problematik der Urheberschaft an Werken, die in Arbeitsverhältnissen und/oder in Miturheberschaft unter zentraler Anweisung geschaffen wurden. Die Kritiker des auch in der Schweiz uneingeschränkt geltenden Schöpferprinzips, allen voran *M. Rehbinder*, haben sich dabei in zahlreichen Schriften vehement für einen originären Rechtser-

1515 Vgl. *Hoeren*, MMR 2000, S. 3 (3).

werb des Arbeitgebers/Produzenten und damit einer Einschränkung oder Abschaffung des Schöpferprinzips eingesetzt<sup>1516</sup>.

Als Fazit der von dortiger Seite vorgebrachten Argumentation lässt sich Folgendes festhalten: Das Schöpferprinzip basiert auf idealistischen und überholten Grundvorstellungen. Entgegen der urheberrechtlichen Konzeption, die vom Grundtypus des aus idealen Motiven tätig werdenden und aus eigenem Antrieb freischaffenden Künstlers ausgehend konstruiert wurde, hat sich die Realität bis heute stark gewandelt. Die bei weitem meisten Werke werden in gewerblichen Betrieben wie Verlagen, Agenturen, Sendern und Softwareunternehmen durch abhängig beschäftigte Urheber geschaffen<sup>1517</sup>. Der Arbeitgeber leistet damit einen wesentlichen und rechtlich

- 1516 Vgl. etwa *Rehbinder*, Rdnr. 250 und v. a. 623 ff.; ders. UFITA 66 (1973), S. 125 – 150; *Laresse*, UFITA 74 (1975), S. 41 (64 f.); ders. in FS *Vischer*, S. 719 (719 f.); ders. in *Kulturbetrieb*, S. 140 ff.; *Spoendlin* in FS *Vischer*, S. 727 (733); *Frey*, UFITA 98 (1984), S. 53 (58 f.) m. w. Nachw.; *Auf der Maur*, S. 43 ff. Eine kritische Darstellung dieser Ansätze findet sich bei *Dietz* in FS *Schönherr*, S. 111 ff.
- 1517 So *Schack*, Rdnr. 978; *Rehbinder*, ZUM 1991, S. 220 (227) *Frey*, UFITA 98 (1984), S. 53 (59); *Laresse*, UFITA 105 (1987), S. 7 (8); *Röttinger*, ZUM 1990, S. 510 (511), *Dreier* in FG *Schricker*, S. 193 (205), besonders Fn. 61; *Pahud*, S. 110 f., ders. UFITA 2000/I, S. 99 (111). Eine Evaluation zur Frage wie sich das zahlenmäßige Verhältnis zwischen angestellten und selbstständig tätigen Urhebern in Deutschland darstellt, wurde zunächst im Jahre 1987 erstellt (*Hummel*, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts, 1989). Hiernach (S. 58) arbeiteten seinerzeit nur 22 % aller Urheber selbstständig. Dieser Wert war, im Vergleich zum Bundesdurchschnitt bei allen Berufstätigen (9 %), relativ hoch. Neuere Erkenntnisse bestätigen immerhin einen steigenden Trend zur Selbstständigkeit. Wiederum von *Hummel* wurden im Zuge der Reformbestrebungen des Urhebervertragsrechts für das Jahr 1999 die Beschäftigungsverhältnisse im Bereich des „Kulturschaffens“ und angrenzender Gebiete ermittelt (vgl. *Hummel* 2000, S. 43 ff.). Die Studie verzeichnet in den Jahren 1993 – 1997 einen erheblichen Anstieg der Selbstständigen im Bereich der künstlerischen und „sonstigen Kulturberufe“ (worunter nicht nur schöpferisch Tätige, sondern z. B. auch Lehrer für musische Fächer gezählt wurden). Nach amtlichen Ergebnissen des Statistischen Bundesamtes (Mikrozensus) waren 1999 in Deutschland von insgesamt 584.000 in künstlerischen und sonstigen Kulturberufen Tätigen, 213.000 Personen selbstständig, also ca. 36 %. In den – urheberrechtlich relevanten – angrenzenden Berufsgruppen wurden bei den Architekten und Raumplanern 44,6 % Selbstständige verzeichnet, bei den Softwareentwicklern hingegen nur 10,2 %. Der durchschnittliche Prozentsatz Selbstständiger, bezogen auf alle Berufsgruppen betrug in Deutschland 1999 hingegen nur 9,9 %. Im vorliegenden Kontext muss jedoch bei der Beurteilung der Frage, ob und inwieweit das traditionelle (und dem Urheberrechtsgesetz zugrunde liegende) Leitbild vom Rechtssubjekt des Urheberrechts noch mit den zu regelnden Rechtstatsachen übereinstimmt, zwischen den Begriffen „frei schaffend“ und „selbstständig schaffend“ unterschieden werden. Das geltende Urheberrecht und dessen Schutzauftrag ist ausgerichtet an der Person des „frei schaffenden“ Urhebers, der auf eigene Rechnung und aus eigenem Ansporn, aus künstlerischem Drang tätig wird, der Werke ihrer selbst Willen schafft. Mit diesem Idealtypus haben „selbstständige Kulturschaffende“, etwa selbstständige Grafiker oder Designer, Architekten und andere, die in der *Hummel*-Studie als „in Kulturberufen Tätige“ bezeichnet werden, generell nichts gemein. Welche Unterschiede sich im Einzelnen ergeben und wie die

anzuerkennenden Beitrag bei der Erzeugung wertvoller Inhalte. Dagegen sei in diesem Umfeld nur noch wenig oder gar kein Raum mehr für die Entfaltung von persönlicher Kreativität und erst recht nicht für persönliche Bindungen des Urhebers zum Werk<sup>1518</sup>.

Der Schöpfer werde damit zunehmend austauschbar. Daher trete als maßgeblich zu belohnende Leistung die des Arbeitgebers in den Vordergrund. Es bestehe angesichts dessen kein Anlass mehr, im Urheberrecht von der ansonsten im Arbeitsrecht anerkannten Zuordnung des Arbeitsergebnisses zum Arbeitgeber abzuweichen. Dieser trage durch das Zurverfügungstellen der nötigen Mittel das wirtschaftliche Risiko und ermögliche so die kulturwirtschaftliche Bereicherung erst. Das konkrete Werk sei in erster Linie auf seine Leistung zurückzuführen. Um diese Leistungen zu fördern, sei es notwendig, der Industrie auf dem Gebiet der Kulturwirtschaft Anreize dadurch zu schaffen, dass deren Beiträge rechtlich honorieren würden. Von daher müsse in einem modernen Urheberrecht deren Amortisationsinteresse dem Alimentsinteresse des Urhebers vorgehen.

Das Schöpferprinzip sei so seiner wesentlichen, individual- und naturrechtlichen Begründung enthoben, es dürfe folglich auch keinen zwingenden Grundsatz mehr darstellen. Hinzu komme, dass sich das vorhandene Interesse an den meisten Werken auf ein rein finanzielles beschränke, weshalb ideelle Aspekte bei dieser Frage außer Acht zu lassen seien<sup>1519</sup>.

Mit anderen Worten: Die genannten Stimmen in der schweizerischen Literatur befürworten bei den genannten Konstellationen die Abkehr vom Individual- zu Gunsten eines Produzentenrechtsschutzes bei Arbeitnehmerwerken. Implizit werden hiermit Zweifel daran geäußert, dass das geltende Regelungskonzept des Urheberrechts die für die Entwicklung des Kulturschaffens notwendigen Anreize entfalten kann<sup>1520</sup>.

hieraus resultierenden Wertungen einer positivrechtlichen Abwägungskonzeption zugeführt werden können, wird unten in Teil 4, Kapitel 2 und 3 näher ausgeführt.

1518 So auch *Hunziker*, UFITA 97 (1984), S. 127 (129). Dieser Entwicklungsprozess wird auch als die „Entpersönlichung des Werkes“ bezeichnet, vgl. *Kotsiris*, UFITA 119 (1992), S. 5 ff. (insbes. 21 ff.) und Näheres zum Begriff oben Fn. 397.

1519 Nachweise für das Vorstehende siehe bei den in Fn. 1516 und 1517 genannten Autoren, besonders *Frey*, UFITA 98 (1984), S. 59 ff.

1520 Weitergehend *Ullrich in Schricker/Dreier/Kur*, S. 92. Siehe hierzu oben, Fn. 537 mit weiteren Verweisen.

B) Die Ansätze des schweizerischen Gesetzgebers zu einer Reform des URG – Regierungsentwürfe von 1984 und von 1989

Die genannten Stimmen in der schweizerischen Literatur haben auf zwei Initiativen für eine Neuregelung des URG in den achtziger Jahren erheblichen Einfluss ausgeübt. Im Entwurf vom 29.8.1984<sup>1521</sup> realisierte sich dies unter anderem in der Neufassung des Art. 25 URG<sup>1522</sup>. Allgemein stand der Entwurf unter dem Vorzeichen der Erkenntnis einer Veränderung der Rechtstatsachen, besonders im Schaffensbereich, wobei auch das schweizerische URG den Generaltypus des freischaffenden Künstlers zum Vorbild hatte<sup>1523</sup>. Dieser Erkenntnis folgend sollten die Belange der Produzenten durch eine Sonderregelung verstärkt berücksichtigt werden, indem bei in Arbeitsverhältnissen geschaffenen Werken eine Vermutung, nach der die Verwertungsbefugnis im Zweifel dem Produzenten hätte zustehen sollen, eingeführt werden sollte<sup>1524</sup>.

Der Entwurf wurde abgelehnt. Im Jahre 1989 kam es dann zu einer erneuten Vorlage<sup>1525</sup>. Auch bei diesem neuen Ansatz stand die Besserstellung der Werkvermittler und der Werknutzer im Vordergrund. Mit dem Art. 17 URG n. F. wurde sogar eine weiter gehende Abkehr vom Schöpferprinzip als im Entwurf von 1984 vorgeschlagen. Hiernach sollte bei „Kollektivwerken“, die unter Verantwortung und auf Kosten und Gefahr eines Produzenten geschaffen werden, die „Gesamtheit der Urheberrechte“ durch eine *cessio legis* auf den Produzenten übergehen<sup>1526</sup>. Damit sollte „dem

1521 Vgl. Botschaft zu einem neuen Bundesgesetz über das Urheberrecht (im Folgenden: Botschaft), UFITA 99 (1985), S. 165 ff.; Kritische Anmerkungen zu diesem Gesetzesentwurf finden sich bei *Dietz* in FS *Schönherr*, S. 111 ff. und bei *Portmann*, UFITA 106 (1987), S. 245 ff. (insbes. 253 f.).

1522 Botschaft, UFITA 99 (1985), S. 165 (209 f.).

1523 Botschaft, UFITA 99 (1985), S. 165 (166 ff.).

1524 Hier heißt es in Abs. 1: „Wird ein Werk aufgrund eines Vertrags nach dem Plan eines verantwortlichen Produzenten geschaffen, so ist dieser ausschließlich befugt, das Werk zu verwenden oder Dritten Verwendungsbefugnisse einzuräumen“ und weiter in Abs. 2: „Produzent und Urheber können etwas anderes vereinbaren; solche Vereinbarungen können jedoch Dritten nicht entgegengehalten werden.“ Vgl. Kommentar zu Art. 25 der Botschaft, UFITA 99 (1985), S. 210 f.

1525 Abgedruckt in UFITA 114 (1990), S. 119 ff.; Botschaft des Bundesrates vom 19. Juni 1989 zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte... (im Folgenden Botschaft II), S. 147 ff.; vgl. hierzu auch *Govoni*, UFITA 114 (1990), S. 5 ff.

1526 Der Wortlaut der Vorschrift lautet: „Wird ein Werk in Erfüllung eines Vertrages unter der Verantwortung und auf Kosten und Gefahr eines Produzenten von mehreren Urhebern geschaffen, so erwirbt dieser das Urheberrecht an diesem Werk; sowohl natürliche als auch juristische Personen können Produzenten sein.“ Der Abs. 2 blieb dabei gleich (siehe oben Fn. 1524). Eine ähnliche Vorschrift findet sich im Übrigen auch in Art. L113-2 des französischen Urheberrechtsgesetzes, vgl. hierzu oben, Fn. 1490 und *Dietz*, Europäische Gemeinschaft, S. 71.

*Umstand Rechnung getragen werden, dass die Werkschöpfung durch mehrere Urheber in Abhängigkeit von einem Unternehmer in immer mehr Bereichen der schöpferischen Tätigkeit zur Regel wird<sup>1527</sup>.*

Weiter heißt es zur Begründung:

„Sie [die Regelung des Art. 17] geht davon aus, dass bei diesen neuen Formen der Werkschöpfung sowohl die wirtschaftlichen als auch die ideellen Interessen der Urheber in den Hintergrund treten, während der Werkproduzent als Träger des finanziellen Risikos eine starke Rechtsstellung benötigt: Das künftige Gesetz muss ihm eine rationelle und wirtschaftliche Verwertung des Werkes ermöglichen.“<sup>1527</sup>

Beachtlich ist die Intensität der hiermit intendierten Eingriffe in die Ausschließlichkeitsrechte der betroffenen Urheber. Anders als Art. 25 des Vorentwurfs und – z. B. – § 69b UrhG, sollte hiermit nicht „nur“ die Verwertungsbefugnis, sondern das Urheberrecht als Ganzes auf den Produzenten übergehen. Von einer Abkehr vom Schöpferprinzip unterschied sich diese Regelung nur noch insoweit, als diese nicht eine originäre Entstehung des Rechts beim Arbeitgeber/Produzenten, sondern „nur“ einen gesetzlichen Übergang darstellte, was zwar dogmatisch, nicht aber praktisch einen Unterschied macht.

Voraussetzung für diese Gesamtzession war die Abkehr von dem noch im Entwurf von 1984 verfolgten Vorhaben, sich durch die Einführung des Grundsatzes der Unübertragbarkeit dem monistischen Ansatz nach deutschem Vorbild zuzuwenden<sup>1528</sup>. Durch die Besinnung auf das in der Tradition des schweizerischen Urheberrechts verfestigte dualistische Schutzsystem musste man sich also für die gesetzliche Übertragung der Verwertungsbefugnis nicht einmal von der – auch nach schweizerischem Urheberrecht geltenden – Unabtretbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts lösen<sup>1529</sup>. Um einerseits die Rechtslage an Kollektivwerken zu simplifizieren und andererseits den Rechtsverkehr nicht mit betriebsinternen Unwägbarkeiten zu belasten, sollte Art. 17 Abs. 1 URG zwar nach dessen Abs. 2 dispositiv sein, dem entgegenstehende Absprachen hätten Dritten gegenüber jedoch nicht geltend gemacht werden können.

In der endgültigen Neufassung des URG vom 9.10.1992<sup>1530</sup> ist dieser Aspekt des Vorentwurfs nicht mehr enthalten. Nach Art. 6 URG gilt heute das Schöpferprinzip ohne Einschränkungen bei Arbeitnehmerschöpfungen<sup>1531</sup>. Immerhin hat man mit

1527 Botschaft II, UFITA 114 (1990), S. 197 f.

1528 Botschaft II, UFITA 114 (1990), S. 168.

1529 Vgl. hierzu Botschaft II zu Art. 14, UFITA 114 (1990), S.195 f.; so auch *Rehbinder*, UFITA 122 (1993), S. 93 (125).

1530 Abgedruckt in UFITA 122 (1993), S. 259 ff. Ein kritisches Resümee von *Rehbinder* findet sich in UFITA 122 (1993), S. 93 ff.

1531 Eine Ausnahme wurde dort wie im deutschen Recht nur für Computerprogramme gemacht (vgl. Art. 17 URG).

Art. 16 Abs. 1 URG am Dualismus und so auch an der Übertragbarkeit des Urheberrechts festgehalten. Erleichterungen für die Arbeitgeber von Urhebern ergeben sich hingegen nicht. Diese werden bei dem Erwerb von Urheberrechten ganz traditionell auf den Vertragsweg verwiesen<sup>1532</sup>. Zuletzt hat sich der Schweizer Gesetzgeber also am klassischen *Droit D'Auteur*-Ansatz orientiert und sich so – außer bei den Computerprogrammen – gegen den amerikanisch-japanischen Produzentenschutz entschieden<sup>1533</sup>. Nach Beobachtung der Beteiligten ist diese, erwartungsgemäß viel kritisierte, Entscheidung jedoch nicht aus Überzeugung getroffen worden. Vielmehr wird gemutmaßt, dass die Ansichten in diesem Punkt einfach zu konträr waren und dass man daher die Übersicht über die vielen im Parlament gestellten Anträge verloren hatte. Dies habe Konfusion und die Entscheidung zur Folge gehabt, die Problematik bei der Neufassung gänzlich auszublenden<sup>1534</sup>.

### C) Legislative Vorhaben und verwirklichte Ansätze einer Abkehr vom Schöpferprinzip im deutschen Recht

Auch im deutschen Urheberrecht hat die Veränderung im Schaffensbereich, vor allem in Bezug auf technische Schutzgüter, Spuren hinterlassen. Auch das Spannungsfeld zwischen Urheber- und Produzenteninteressen wurde an mancher Stelle bereits diskutiert.

Am weitesten gingen diesbezüglich die Vorschläge im Referentenentwurf von 1954 zur Urheberrechtsreform<sup>1535</sup>. Hier wurde angeraten, kraft gesetzlicher Fiktion das Urheberrecht am Filmwerk unmittelbar dem Filmhersteller zu gewähren. Diesem Vorstoß lag die Erkenntnis zugrunde, dass es sich bei Filmen um Werke handelt, die durch eine Vielzahl von Mitwirkenden und unter hohen Herstellungskosten zustande kommen. Für den Filmproduzenten sei daher das Kostenrisiko nur tragbar, wenn die ungehinderte Auswertung des Filmwerkes sichergestellt sei. Dafür sei ein möglichst lückenloser Erwerb aller am Film bestehender Verwertungsrechte, eine weit gehende Verfügungsfreiheit über diese Rechte und eine gewisse Einschränkung der persönlichkeitsrechtlichen Ansprüche der Mitwirkenden unerlässlich. Die Gefahr für die Investitionen ergäben sich insbesondere aus der Verstärkung des persönlichkeitsrechtlichen Schutzes<sup>1536</sup>.

Die in diesem frühen Entwurf vorgeschlagene Regelung wurde auch im Regierungsentwurf von 1965 noch als „praktisch“ bezeichnet. Sie stellte sich hingegen in

1532 Sehr kritisch *Rehbinder*, UFITA 122 (1993), S. 93 (109 ff.).

1533 *Rehbinder*, UFITA 122 (1993), S. 93 (110).

1534 So berichtet v. *Büren*, UFITA 124 (1994), S. 69 (74 f.).

1535 Vgl. Motive, UFITA 45 (1965 II), S. 240 (249).

1536 Vgl. Motive, UFITA 45 (1965 II).

den folgenden Verhandlungen als nicht konsensfähig heraus. Die hieran sich entzündende heftige Kritik mündete schließlich in den heutigen §§ 88 ff. UrhG, mithin in den gesetzlichen Auslegungsregeln über die Verträge zwischen Filmhersteller und den Autoren an Film- und vorbestehenden Werken<sup>1537</sup>, durch die dessen umfangreiche Berechtigung am Filmwerk und den vorbestehenden Werken lediglich vermutet wird.

Den Gefahren der persönlichkeitsrechtlichen Interventionsmöglichkeiten des Urhebers wurde zuletzt nicht mehr mit einer Aufhebung, immerhin aber mit einer erheblichen Beschneidung dieser Befugnisse begegnet. So kann nach § 90 das Rückrufsrecht wegen Nichtausübung (§ 41) ebenso wenig in Bezug auf Rechte gem. §§ 88, 89 UrhG geltend gemacht werden wie das wegen gewandelter Überzeugung (§ 42). Die Möglichkeit, Entstellungen des Werkes gem. § 14 UrhG zu verhindern, wird durch § 93 UrhG auf solche Veränderungen beschränkt, die als gröbliche Beeinträchtigungen anzusehen sind<sup>1538</sup>.

Bis heute sind die Sondervorschriften für Filmhersteller erheblicher Kritik ausgesetzt, die sich insbesondere daran entzündet, dass der Gesetzgeber damals diese allein am Kinofilm ausgerichtet habe, diese Sparte hingegen – besonders in Deutschland – nur eine geringe Rolle spielen würde. Bei den häufigeren Eigenproduktionen träfen die hinter den §§ 88 ff. UrhG stehenden Wertungen hingegen nicht mehr zu<sup>1539</sup>.

Die Besonderheiten bei den Sondervorschriften für Filmwerke sind im Kontext des deutschen Urheberrechtsgesetzes in der hierin verkörperten Abwägung von Amortisierungsinteressen des Herstellers einerseits und materiellen und ideellen Interessen der Urheber andererseits zu sehen. Nicht nur das Ergebnis – vor allem in Bezug auf die erhebliche Zurückdrängung der Persönlichkeitsrechte – lässt aufhorchen, sondern auch die Tatsache, dass sich im deutschen Urheberrecht überhaupt derartige Wertungen realisieren ließen. Die stark idealisierende Ausprägung des Gesetzes in Bezug auf andere Schutzgüter scheint daher nicht zwingend.

Eine Umsetzung ähnlicher Wertungen wurde mit § 69b UrhG in das Urheberrechtsgesetz eingefügt. Die Folgen dieser Norm gehen in Bezug auf die Einschränkung der Ausschließlichkeitsrechte der Schöpfer noch weit über die §§ 88 ff. hinaus<sup>1540</sup>.

1537 Vgl. zur Qualifikation der Vorschriften *Schricker/Katzenberger*, vor §§ 88 ff., Rdnr. 10 ff. und *Fromm/Nordemann-Hertin*, § 88 Rdnr. 1.

1538 An der Entscheidung des OLG München „Die unendliche Geschichte“ zeigte sich, dass die Wirkung dieser Norm sehr weit gehen kann, vgl. GRUR 1986, 460 ff.

1539 Vgl. statt aller *Schricker/Katzenberger*, vor §§ 88 ff., Rdnr. 38 ff.

1540 S. o., Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.2.b.bb.(4).(a).

## D) Neuere Überlegungen im deutschen Schrifttum zu einer Abkehr vom Schöpferprinzip in Bezug auf Multimediawerke

Auch in Bezug auf Multimediawerke wurde in Deutschland u. a. durch das Gutachten des Münchner Max-Planck-Instituts „Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft“ die Frage aufgeworfen, ob eine Abkehr vom Schöpferprinzip in gewissen Konstellationen gesetzlich vorgesehen werden sollte<sup>1541</sup>. Ausgangspunkt der Fragestellung waren die oben beschriebenen Probleme bei der Verwertung von Multimediawerken unter Beachtung auch der Frage nach der Aktualität des Schöpferprinzips bei angestellten Urhebern.

Ein Abweichen vom Schöpferprinzip wurde hier nicht befürwortet, dies sei aus verschiedenen Gründen gar nicht möglich. So vertreten die Gutachter die Ansicht, dass eine Abkehr vom Schöpferprinzip mit deutschem Verfassungsrecht sowie dem Menschen- und dem internationalen Urheberrecht<sup>1542</sup> unvereinbar sei<sup>1543</sup>. Näher begründet wird dies nicht. Auch mit der Grundkonzeption des deutschen Urheberrechts seien Einschränkungen oder gar die Aufhebung des Schöpferprinzips unvereinbar. Man sei an einem Vorhaben, das Schöpferprinzip in bestimmten Fällen einzuschränken oder aufzuheben, schon aus systematischen und dogmatischen Gesichtspunkten durch die monistische Ausgestaltung des Urheberrechtsgesetzes gehindert. Dies hätte schließlich zum Ergebnis, dass auch die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse dem Produzenten/Arbeitgeber zugeordnet werden müssten<sup>1544</sup>; eine Folge, die mit dem geltenden Recht aus verschiedenen Gründen nicht vereinbar sei<sup>1545</sup>.

Angedacht wurde weiterhin die Einführung einer dem § 69b UrhG entsprechenden Sonderregelung für Multimediawerke. Auch eine solche Handhabung wurde hingegen nicht befürwortet<sup>1546</sup> und zwar weder in Bezug auf Multimediawerke allgemein, noch speziell für Arbeitnehmerschöpfungen in diesem Bereich<sup>1547</sup>.

Bereits ausgeführt wurde, dass die h. M. auch die analoge Anwendung der §§ 88 ff. UrhG ablehnt<sup>1548</sup>. Diese seien aufgrund ihrer Qualifikation als vertragsrechtliche

1541 Vgl. *Katzenberger* in Informationsgesellschaft, S. 53 ff. und hierzu *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 18 ff.

1542 Nach *Katzenberger* in Informationsgesellschaft, S. 55 f. und 58 gehen RBÜ und TRIPS grundsätzlich vom Schöpferprinzip aus.

1543 *Katzenberger* in Informationsgesellschaft, S. 54 f., 58 und 69.

1544 *Katzenberger* in Informationsgesellschaft, S. 75.

1545 *Katzenberger* in Informationsgesellschaft, S. 54 betont, dass der Monismus in diesem Zusammenhang andere Ergebnisse vorgibt, als es in den dualistischen Systemen oder gar im Copyright möglich erschiene.

1546 Vgl. auch *Katzenberger* in *Fiedler* (Hrsg.), Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens, S. 35 (47).

1547 *Katzenberger* in Informationsgesellschaft, S. 75 f.

1548 S. o., Teil 2, Punkt IV. A.3) und die Nachweise in Fn. 1195.

Ausnahme- und Spezialregelungen restriktiv anzuwenden und Analogien grundsätzlich nicht zugänglich<sup>1549</sup>. Außerdem seien die Ähnlichkeiten von Film- und Multimediawerken eher theoretischer Natur<sup>1550</sup>. Insbesondere die Höhe der Investitionen – in deren Schutz die vorrangige Rechtfertigung für die Sondervorschriften der §§ 88 ff. UrhG liegt – sei bei Multimediawerken zumeist nicht annähernd mit dem Filmbereich vergleichbar. Vor diesem Hintergrund ergebe sich nur in gesondert gelagerten Einzelfällen<sup>1551</sup> eine Rechtfertigung, die Spezialvorschriften über Filmwerke auch auf Multimediawerke zur Anwendung gelangen zu lassen<sup>1552</sup>.

Die Verfasser des Gutachtens lehnen Neuregelungen, die mit einer – wie auch immer gearteten – Schwächung der Rechtsposition der Urheber einhergehen<sup>1553</sup>, ge-

1549 *Schricker/Katzenberger*, vor §§ 88 ff., Rdnr. 46.

1550 *Dreier* in *FG Schricker*, S. 193 (218 f.). Hier wird auch richtigerweise darauf hingewiesen, dass eine analoge Anwendung der §§ 88 ff. UrhG nur der Erleichterung des betriebsinternen Lizenzmanagements dienen könne, da für deren Anwendbarkeit vertragliche Beziehungen zwischen den Beteiligten erforderlich sind.

1551 Dies wird für solche Fälle befürwortet, in denen es sich bei dem Multimediawerk insgesamt oder bei einzelnen Elementen desselben um das für den Film charakteristische bewegte Bild handelt, wie etwa bei Computerspielen, vgl. *Schricker/Katzenberger*, vor §§ 88 ff., Rdnr. 46. *Saake* in *Götting* (Hrsg.), S. 29 bezweifelt dagegen, dass eine solche Vergleichbarkeit zu den Filmen in Frage komme und begründet dies damit, dass die bewegten Bilder bei den Multimediawerken im Gegensatz zum Film durch den Nutzer selbst gesteuert und beeinflusst werden. Dadurch würde ein bewegtes Bild i.d.S. nicht erzeugt. Etwas anderes soll für übernommene Videosequenzen gelten. Beide Ansichten scheinen sich sehr schematisch an den Eigenschaften der Werke aus Rezipientensicht zu orientieren. Diese Herangehensweise ist indes nicht zwingend. Die Sondervorschriften für Filme basieren auf einer gesetzgeberischen Anerkennung der besonderen Situation der filmschaffenden Produzenten und der Anforderungen des Rechtsverkehrs aus Rechtssicherheitsaspekten an den Film als „Multilegiawerk“. Es stellt sich damit die Frage, ob nicht eher diese Gesichtspunkte als Grundlage für die Beurteilung der Frage nach einer analogen Anwendung der §§ 88 ff. UrhG auf Multimediawerke herangezogen werden sollten.

1552 *Katzenberger* in *Informationsgesellschaft*, S. 216 f., ders. in *Schricker*, vor §§ 88 ff., Rdnr. 46.

1553 Dass mit einem originären Rechtserwerb des Produzenten nicht zwingend Nachteile für die Filmschaffenden einhergehen müssen, zeigt die Situation in den USA. Hier haben die Urheber im Filmbereich erreicht, dass ihnen trotz des hier geltenden *work-made-for-hire*-Grundsatzes und dem daraus resultierenden Produzenten-Copyright keine praktischen Nachteile entstehen. Die kreativen Filmschaffenden haben sich dort in sog. „*Guilds*“, die eine Form von Gewerkschaften verkörpern, organisiert. Über diese ist es gelungen, mit der Filmindustrie Gesamtverträge abzuschließen, die z. T. auch eine Lockerung der Universalberechtigungen der Hersteller an den Filmbeiträgen regeln. Hierdurch werden (wie nach § 32a UrhG) angemessene Vergütungsansprüche gewährleistet, Vorbehalte für bestimmte Nutzungsarten bestimmt und Anpassungs- oder Kündigungsregelungen getroffen. Vgl. hierzu grundlegend die Dissertation von *Reber*; S. 308 ff.; ders. mit Bezug auf den Entwurf zum Urhebervertragsrecht, ZUM 2000, S. 729 ff.

nerell ab<sup>1554</sup> und verweisen auf die Möglichkeiten vertraglicher Lösungen. Die prioritäre Gewichtung der Dispositionsfreiheit, wie sie auch vom geltenden „Arbeitnehmerurheberrecht“ gewählt wird, sei gegenüber Beschränkungen der urheberrechtlichen Positionen vorzugswürdig. Auch seien die Gefahren im Lizenzmanagement nicht derart dringlich, dass eine Abkehr vom Schöpferprinzip notwendig wäre<sup>1555</sup>.

Zur Ergänzung des Vertragsrechts bauen die Autoren des genannten Gutachtens auf flankierende Hilfsmittel. Neue Technologien, wie elektronische Identifizierungssysteme einerseits und zentrale Rechtevergabe- oder Auskunftsstellen<sup>1556</sup> andererseits, sollen zu einem vereinfachten Lizenzmanagement und zur Rechtssicherheit führen. Zwar stehe die Bewährungsprobe derartiger Mechanismen noch aus, man solle jedoch Erfolg versprechenden Lösungsalternativen nicht durch gesetzliche Regelungen vorgreifen. Immerhin böten kollektive Rechtsverwaltung und technische Identifizierungssysteme die Aussicht, die Urheberinteressen zu schonen und dennoch den berechtigten Interessen der Hersteller angemessen Genüge zu tun.

### III) Die Reform des Urhebervertragsrechts im Jahr 2002 in Bezug auf „Arbeitnehmerwerke“

Auf Antrag des Bundesjustizministeriums haben fünf Wissenschaftler im Jahre 2000 einen Entwurf zur Anpassung des Urhebervertragsrechts<sup>1557</sup> vorgelegt, der – wie sich bereits aus dessen Bezeichnung ergibt – nicht dem Ziel eines vereinfachten Rechtsverkehrs und/oder Lizenzmanagements dient, sondern der Stärkung der urheberrechtlichen Belange bei der Nutzung ihrer Werke. In diesem Zuge wurde auch eine Neuformulierung bzw. Ergänzung des § 43 UrhG durch einen Absatz 2 vorgehen. Dieser lautete:

1554 Auch andere produzentenfreundliche Lösungen, z. B. mit dem Mittel von Schrankenvorschriften, etwa in Form von Zwangs- oder gesetzlichen Lizenzen, werden von den Gutachtern des Max-Planck-Instituts abgelehnt (vgl. *Katzenberger* in Informationsgesellschaft, S. 217). Eine andere Ansicht vertrat indes *Dreier* (in *FG Schricker*, S. 224), der sich für eine gesetzliche Lizenz unter engen Voraussetzungen oder eine erweiternde Fassung der Abwendungsbezugnis gem. § 101 UrhG aussprach. Dies könnte – so *Dreier* – finanzielle Risiken des Produzenten, die auf Schwierigkeiten bei der Rechtklärung basieren, abmildern.

1555 Einzelheiten bei *Katzenberger* in Informationsgesellschaft, S. 71.

1556 Siehe zur Einrichtung der Clearingstelle Multimedia für Verwertungsgesellschaften von Urheber- und Leistungsschutzrechten GmbH (CMMV) in Deutschland, oben Fn. 1512, die als erste deutsche Institution zu derartigen Zwecken gegründet wurde.

1557 Gesetzesentwurf zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 22. Mai 2000, vorgelegt von *Schricker, Dietz, Loewenheim Nordemann* und *Vogel* (sog. „Professorenentwurf“).

„Im Zweifel erwirbt der Arbeitgeber oder Dienstherr ausschließliche Nutzungsrechte, soweit sie für die Zwecke seines Betriebs benötigt werden.“

Nach eigener Aussage der Entwurfsverfasser in der Begründung zu § 43 Abs. 2 UrhG hatte der Anpassungsvorschlag allerdings nur klarstellende Bedeutung. In der Tat entspricht die Formulierung der geltenden Rechtslage<sup>1558</sup>, nach welcher der Betriebszweck den Umfang von Nutzungsrechtseinräumungen in Zweifelsfällen bestimmt<sup>1559</sup>. Es hätte sich somit auch nach dem sog. Professorenentwurf *de lege ferenda* an der grundsätzlichen Zuordnung urheberrechtlich geschützter Arbeitsergebnisse zum Schöpfer nichts geändert. Die Übertragung der Nutzungsrechte an in Arbeits- oder Dienstverhältnissen geschaffenen Werken ergibt sich nach geltendem Recht aus Inhalt und Wesen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses.

In der schließlich am 1. Juli 2002 in Kraft getretenen Fassung des Änderungsgesetzes<sup>1560</sup> war die vorgeschlagene Änderung des § 43 UrhG ohne weitere Begründung nicht mehr enthalten.

#### IV) Kritische Anmerkung zur Diskussion

Es soll hier keine abschließende Stellungnahme zu der Frage gegeben werden, wie die Schwierigkeiten des Lizenzmanagements bei Arbeitnehmerschöpfungen und/oder komplexen Werken gelöst werden können. Jedenfalls sollte anhand der Darstellung deutlich geworden sein, dass es besonders im Bereich des externen Li-

1558 Kritisch daher v. *Ohlenhusen*, ZUM 2000 S. 736 (738).

1559 So auch die h. M. in der Literatur zum Umfang der Nutzungsrechtseinräumung im Anwendungsbereich des § 43 UrhG, vgl. *Schricker/Rojahn*, § 43, Rdnr. 51; v. *Gamm*, § 43, Rdnr. 2, *Ulmer*, § 95 III 2; *Fromm/Nordemann/Vinck*, § 43, Rdnr. 3b. Ob und in welchem Umfang der Arbeitgeber aus dem Arbeits- oder Dienstvertrag ein Recht auf die Nutzung geschützter Werke seines Arbeitnehmers herleiten kann, bestimmt sich nach der Zweckübertragungslehre (§ 31 Abs. 5 UrhG). „Danach verbleiben die Rechte grundsätzlich in dem Umfang beim Urheber, wie der Arbeitgeber bzw. Dienstherr sie nicht unbedingt für die Zwecke seines Betriebes bzw. seiner Dienststelle oder Behörde benötigt (so *Dreier/Schulze-Dreier*, § 43, Rdnr. 20). Enthält der Arbeits- oder Dienstvertrag also keine ausdrücklichen Regelungen, kommt es hinsichtlich des Umfangs der Berechtigung des Arbeitgebers auf die Auslegung des Betriebszwecks an. Die Rechtsprechung ist in diesem Bereich eher schwankend, zum Teil wurde mit unterschiedlicher Begründung eher zu Gunsten der Arbeitgeber entschieden und eine weite Auslegung des Betriebszweckes zugrunde gelegt (BGH GRUR 1974, S. 480 (482) – Hummelrechte; OLG Hamburg GRUR 1977, S. 556 (558) – zwischen Marx und Rothschild; OLG Karlsruhe GRUR 1984, S. 522 (524) – Herrensitze in Schleswig-Holstein; KG GRUR 1976, S. 264 (265) – gesicherte Spuren). In anderen Fällen wurde dem Arbeitgeber zumindest die Beweislast dafür auferlegt, dass der gezahlte Lohn auch ein angemessenes Äquivalent für den Erwerb sämtlicher Nutzungsrechte darstellt (BGH GRUR 1978, S. 244 – Ratgeber für Tierheilkunde).

1560 Vgl. BGBl. I 2002, S. 1155 – 1158.

zenzmanagements zu erheblichen Problemen kommen kann, wenn sich an der zwingenden Zuordnung jedes Urheberrechts zu einer Einzelperson nichts ändert. Verschiedene Möglichkeiten einer Lösung sind diesbezüglich denkbar, vereinzelt wurden Lösungswege, wie sich an § 69b UrhG zeigt, bereits besprochen, ohne dabei jedoch allzu großen Wert auf eine schlüssige Systematik zu legen (s. u.).

#### A) Lösung durch flankierende Maßnahmen

Es ist in der gegenwärtigen Lage nur schwer abzusehen, ob die Lösung für die Probleme bei der Vermarktung von Multimediawerken durch Maßnahmen der technischen Rechteverwaltung und/oder der kollektiven Wahrnehmung zu finden sein könnte. Insbesondere die Verfügbarkeit von (international) standardisierten und effektiven technischen Informationssystemen ist momentan noch nicht gegeben. Ob oder wann dies der Fall sein wird, kann kaum prognostiziert werden<sup>1561</sup>. Wie sich die Verwertungsgesellschaften in der vernetzten, globalen Welt bewähren werden, bleibt ebenfalls abzuwarten. Die für eine flächendeckend zentrale Verwertung im Sinne eines „One Stop Shops“ wohl notwendigen Wahrnehmungszwänge werden jedenfalls heftig kritisiert<sup>1562</sup>.

#### B) Die in § 69b UrhG gewählte Lösung

Die in § 69b UrhG gewählte Form einer legislativen Interessenbewertung des Konflikts zwischen Arbeitgeber- und Urheberinteressen begegnet indes dogmatischen Bedenken. Dies gilt zunächst vor dem Hintergrund der hinter § 29 Abs. 1 UrhG stehenden Motivation, den Urheber vor einer vollständigen Entäußerung persönlich-

1561 Siehe hierzu *Bechtold*, S. 36 ff.

1562 *Plate* in *Götting* (Hrsg.), 102 (118). *Kaczerosky/Metz* in *Götting* (Hrsg.), S. 97. Dagegen wiederum *Katzenberger* in *Informationsgesellschaft*, S. 213; vgl. außerdem *Nordemann/Schierholz*, AfP 1998, 365 (396). Die letztgenannten Autoren behandeln die etwas anders gelagerte Problematik der digitalen Neuveröffentlichung/Zweitveröffentlichung von älteren Zeitschriftenjahrgängen. Auch hier bestehen erhebliche Probleme des Verlegers, sich im Nachhinein die notwendigen digitalen Rechte von seinen Autoren (erneut) einzuholen, sodass zum Teil vertreten wurde, die Autoren seien aus Treu und Glauben gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts verpflichtet, dem Verleger die notwendigen Nutzungsrechte einzuräumen, vgl. *Katzenberger* in *Cyberlaw*, S. 219 (232 f.). Einschränkend auf gesondert gelagerte Fälle, in denen jedenfalls der § 31 Abs. 4 UrhG (a. F.) nicht einschlägig sein dürfe, befürwortet dies auch *Dreier* in *FG Schricker*, S. 193 (219). Auf derartige Bedenken hat der Gesetzgeber mittlerweile durch Abschaffung des § 31 Abs. 4 UrhG reagiert.

keitsrechtlicher und vermögensrechtlicher Positionen aus seinem Einflussbereich zu schützen<sup>1563</sup>.

Wenn auch mit § 69b UrhG ein dogmatischer Bruch des Schöpferprinzips an sich nicht einhergeht<sup>1564</sup>, da der Arbeitgeber nicht originärer Inhaber des Rechts wird und die *cessio legis* sogar abdingbar ist<sup>1565</sup>, widerspricht die Regelung einigen Grundsätzen des geltenden Urheberrechts nicht unerheblich<sup>1566</sup>. So werden dem Softwareurheber sowohl sein Verfügungsrecht als auch sein Anspruch auf wirtschaftliche Beteiligung an der Werkverwertung<sup>1567</sup> und darüber hinaus auch die wesentlichen Schutzbestimmungen des Urhebervertragsrechts entzogen<sup>1568</sup>. Mit dem Schöpferprinzip als naturrechtlich begründeter Zuordnungsregel ist dies nur schwer vereinbar<sup>1569</sup>. Die hieraus sich ergebende Folge für den Urheber – allerdings ohne die mit einem vollständigen Übergang des Urheberrechts einhergehende Sicherheit für den Arbeitgeber – kommt der des *work-made-for-hire*-Prinzips im Copyright sehr nahe<sup>1570</sup>. Der Unterschied liegt letztlich nur darin, dass kein Übergang der persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse stattfindet<sup>1571</sup>.

Da Persönlichkeitsrechte an Computerprogrammen – v. a. wenn sie in Angestelltenverhältnissen entwickelt werden – allerdings nur eine untergeordnete Rolle spielen<sup>1572</sup>, wird dem Urheber einer Software mit der Verwertungsbefugnis faktisch jede maßgebliche Rechtsposition am Werk entzogen<sup>1573</sup>.

1563 Vgl. Motive, UFITA 45 (1965), S. 270; *Schricker/Schricker*, § 29, Rdnr. 2 und 4.

1564 Vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 69b, Rdnr. 11; *Sack*, UFITA 121 (1993), S. 15 (23). S. o., Teil 1, Kapitel 2, Punkt A.2.b.bb.(4).(a).

1565 Siehe § 69b Abs. 1 UrhG: „... sofern nichts anderes vereinbart ist.“

1566 Siehe hierzu schon oben, Teil 1, Kapitel 2, Punkt A.2.b.bb.(4).(a).

1567 S. o., Teil 1, Kapitel 2, Punkt A.2.b.bb.(4).(a). Der Urheber hat nach § 69b UrhG *ipso iure* keinen Anspruch auf eine wirtschaftliche Beteiligung an der Verwertung des Werkes, sondern nur auf das Arbeitsentgelt.

1568 Dies gilt v. a. für § 31 Abs. 5 UrhG sowie die §§ 32, 34 und 35 UrhG, *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69b, Rdnr. 9 f.

1569 S. o., Teil 1, Kapitel 2, Punkt A.2.b.bb.(4).(a), Fn. 664.

1570 Durch § 69b UrhG ist eine Annäherung von *Droit D'auteur* und Copyright in Europa herbeigeführt worden, vgl. *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 69b, Rdnr. 1.

1571 Statt vieler, *Buchner* in *Computerprogramme II*, S. 421 ff., Rdnr. 13.

1572 So auch *Dreier*, CR 2000, S. 45 (46). Siehe zu diesem Zusammenhang auch die Ausführungen zum „Personalisierungsquotienten“, oben Teil 3, Kapitel 1, Punkt I.B).

1573 Nach Meinung einiger Stimmen aus der Rechtsliteratur sollen bei Computerprogrammen urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse gegenüber dem Verwertungsinteresse des Arbeitgebers generell zurücktreten. Vgl. *Lehmann* in *FG Schricker*, S. 543 (562 f.); ders. CR 1986, S. 373 (374); ders. CR 1990, S. 625 (630); ders. NJW 1988, S. 2419 (2421); *Haberstumpf* in *Computerprogramme II*, Rdnr. 109. Einschränkend *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 69b, Rdnr. 3; *Buchner* in *Computerprogramme II*, S. 421 (445), Rdnr. 70 ff.; *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 70 f. Letztgenannte Autoren wollen eine Reduktion nur in Bezug auf bestimmte persönlichkeitsrechtliche Befugnisse bei Computerprogrammen zulassen. Durchsetzbar soll z. B. generell das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft bleiben. Gegen eine

Dies gilt umso mehr, da nach wohl h. M. das Verwertungsinteresse des Arbeitgebers generell der Geltendmachung von Urheberpersönlichkeitsrechten am Computerprogramm vorgehen soll<sup>1574</sup>. So soll hiernach das Veröffentlichungsrecht gem. § 12 UrhG dem Arbeitgeber nicht entgegengehalten werden können<sup>1575</sup>. Gleiches gilt nach einigen Stimmen auch in mehr oder weniger intensivem Maß für das Änderungsrecht<sup>1576</sup>, das Namensnennungsrecht<sup>1577</sup> und die Rückrufsrechte wegen Nichtausübung<sup>1578</sup> und gewandelter Überzeugung<sup>1579</sup>.

So sehr dies auch vor dem Hintergrund der durch das Urheberrecht geregelten Interessenlage und den Bedürfnissen eines effektiven Softwareschutzes zu befürworten ist<sup>1580</sup>, die restriktive Haltung gegenüber der Geltendmachung von Urheberpersönlichkeitsrechten bei Computerprogrammen findet im geltenden Urheberrechtsgesetz keine Stütze. Der Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der Computerprogramm-Richtlinie, genauer gesagt, in der Begründung zu § 69b UrhG, weder ausdrücklich noch eindeutig hierüber geäußert<sup>1581</sup>. Deutlich wird lediglich, dass – den Vorgaben der Richtlinie entsprechend – durch die Vorschrift nur die Zuordnung der „wirtschaftlichen Rechte“ des Urhebers geregelt werden sollte<sup>1582</sup>. Da in den §§ 69a

weit gehende Einschränkung des Urheberpersönlichkeitsrechts auf diesem Gebiet *Dreier*, GRUR 1993, S. 781 (783) (der allerdings auch eine Interessenabwägung im Einzelfall befürwortet); *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, S. 839 (844).

1574 Siehe die Nachweise in Fn. 1573 und 1575. Begründet wird diese Ansicht mit verschiedenen Wertungsargumenten. Eine Abkehr vom Änderungsverbot beispielsweise ist hiernach gerechtfertigt, da Computerprogramme der Notwendigkeit ständiger Anpassung unterlägen (so auch das OLG Koblenz, BB 1983, S. 992 (994)). Gegenüber solchen pragmatischen Notwendigkeiten müssten – im Regelfall ohnehin rein theoretische – persönlichkeitsrechtliche Belange des Urhebers an der Werkintegrität als nebensächlich zurücktreten (so etwa *Haberstumpf* in Computerprogramme II, Rdnr. 109).

1575 *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 69b, Rdnr. 3; *Sack*, UFITA 121 (1993), S. 15 (32 f.); *Schricker/Loewenheim*, § 69b, Rdnr. 14.

1576 *Haberstumpf* in Computerprogramme II, Rdnr. 107 ff.; *Buchner* in Computerprogramme II, Rdnr. 71; *Sack*, UFITA 121 (1993), S. 34 f. m. w. Nachw.

1577 *Sack*, UFITA 121 (1993), S. 15 (32 f.); *Rehbinder*, ZUM 1991, 220 (223 ff.). Enger *Fromm/Nordemann-Nordemann/Vinck*, § 69b, Rdnr. 3. Nach BGH GRUR 1995, S. 671 (672) – Namensnennungsrecht des Architekten, kann sich die Ausprägung des Namensnennungsrechts bei bestimmten Sonderfällen und unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit an einer allgemeinen Üblichkeit oder einer besonderen Berücksichtigung bestimmter Belange relativieren.

1578 *Schricker/Rojahn*, § 43, Rdnr. 88 ff.

1579 Dies gilt jedenfalls, wenn man mit den in Fn. 1573 und 1575 genannten Stimmen im Schrifttum davon ausgeht, dass die persönlichkeitsrechtlichen Interessen bei Software nur noch sehr eingeschränkt anerkannt werden können.

1580 Vgl. hierzu ausführlich *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 71.

1581 Siehe die Begründung in UFITA 123 (1993), S. 178 (190).

1582 Es heißt hier: „Durch die Einfügung des zusätzlichen Begriffs „wirtschaftliche“ in Artikel 2 Abs. 3 durch den Rat der EG sollte deutlich gemacht werden, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fällt.“ und weiter: „Um dem Sinn

ff. UrhG auch ansonsten keine Regelungen (auch keine Ausschlussnorm) zum Urheberpersönlichkeitsrecht enthalten sind, bleibt es nach § 69a Abs. 4 UrhG vielmehr bei den allgemeinen Regeln für Sprachwerke, mithin auch bei der Anwendbarkeit der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Vorschriften.

Angesichts dieser rechtlichen Gegebenheiten begegnet die Meinung, schon im Hinblick auf §§ 39 Abs. 2, 69c Nr. 2 UrhG sei der persönlichkeitsrechtliche Gehalt von § 14 UrhG bei Computerprogrammen teleologisch zu reduzieren, erheblichen dogmatischen Bedenken<sup>1583</sup>. Die Ansicht, eine „zurückhaltende Anwendung“ der Urheberpersönlichkeitsrechte im Softwarebereich lasse sich „systematisch direkt aus den Regeln der §§ 69a ff. UrhG ableiten“<sup>1584</sup>, vermag vor diesem Hintergrund nicht zu überzeugen.

Entnehmen kann man den Softwarevorschriften allenfalls, dass der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen eher einem Investitionsschutzrecht denn einem Urheberrecht gleicht<sup>1585</sup>. Aufgrund dieser Erkenntnis allein ist es jedoch nicht möglich, eine Abkehr von den grundlegenden urheberrechtlichen Prinzipien des geltenden Rechts zu begründen. Der deutsche Gesetzgeber hat mit seiner Vorgehensweise bei der Implementierung des Computerprogrammschutzes vielmehr signalisiert, dass er auch für diese Werkart an der Grundkonzeption, dem Schöpfer- und dem monistischen Prinzip sowie an den Urheberpersönlichkeitsrechten festhalten will. Auch wenn die §§ 69a ff. UrhG einen eigenen Abschnitt im Urheberrechtsgesetz bilden, sind sie doch voll in die Konzeption des Urheberrechtsgesetzes integriert und haben keinen Sonderstatus wie etwa die Leistungsschutzrechte.

Es zeigt sich hieran, dass in bestimmten Bereichen auch die Entwicklung des deutschen Urheberrechts einen Trend zum Investitionsschutzrecht aufgenommen hat, bei dem die Bastion des Urheberpersönlichkeitsrechts, der bestehenden Interessenlage in diesen Fällen entsprechend, mehr und mehr zurückgedrängt wird. Diese Entwicklung dürfte sich kaum revidieren lassen<sup>1586</sup>. So begrüßenswert dies im Lichte der rechtstatsächlichen Entwicklung und einem effektiven Rechtsschutz auch sein mag, bestehen gegenüber der Vorgehensweise grundlegende Bedenken. Eine nicht legislativ gesteuerte Rechtsfortbildung in diese Richtung wird im Regelfall den Interessen der Verwerter nicht ausreichend Rechnung tragen<sup>1587</sup> und zudem zu systema-

*und Zweck des § 69b Abs. 1, Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie vollständig umzusetzen, Rechnung zu tragen, sind im Ergebnis die vermögensrechtlichen Befugnisse dem Arbeitgeber vollständig zuzuordnen.“* (S. 191). Es wird damit ganz deutlich, dass man bei der Regelung der Computerprogramme nicht von den geltenden Maximen der Entstehung und Nichtübertragbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts abweichen wollte.

1583 So aber *Lehmann* in *FG Schricker*, S. 562 f. (dort Fn. 95).

1584 *Lehmann* in *FG Schricker*, S. 562 f. (dort Fn. 95). Denkbar wäre etwa, über eine Auslegung des Arbeitsvertrags zu den gewünschten Ergebnissen zu kommen.

1585 *Lehmann* in *FG Schricker*, S. 563 (dort Fn. 95); *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 70.

1586 So auch *Dreier*, CR 2000, S. 45 (46).

1587 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (995).

tischen und konzeptionellen Brüchen mit den überkommenden Grundgedanken des geltenden Urheberrechts führen.

Auch mit dem monistischen Prinzip ergeben sich bei näherem Hinsehen Fraktionen. Entgegen der hierdurch statuierten Grundregel, dass Persönlichkeits- und Vermögensposition untrennbar sein sollen, führt § 69b UrhG zu einem gesetzlich angeordneten Auseinanderfallen von ideellen und materiellen Befugnissen am Werk. Diese Tatsache vermag der Umstand, dass die *cessio legis* „nur“ einen derivativen Rechtserwerb des Arbeitgebers bewirkt, nicht zu rechtfertigen. Entscheidend muss sein, dass § 69b UrhG dazu führt, dass dem angestellten Softwareurheber per Gesetz nur die persönlichkeitsrechtlichen Positionen, nicht aber die Verwertungsbefugnis zugeordnet wird. Anders als im Falle einer vertraglich herbeigeführten – und damit der Dispositionsbefugnis des Urhebers unterliegenden – Trennung der beiden Schutzpositionen erscheint diese gesetzlich angeordnete Zersplitterung der urheberrechtlichen Befugnisse angesichts des monistischen Prinzips zumindest dogmatisch bedenklich.

Erkennt man jedoch die durch § 69b UrhG herbeigeführte Lösung als interessengerecht an, stellt sich die Frage, wie ein derart systematischer Bruch hätte vermieden werden können. Da es sich bei Schöpferprinzip und monistischer Verknüpfung um Grundmaximen des deutschen Urheberrechts handelt, die durch die naturrechtlich dominierte Rechtsphilosophie angelegt sind, erscheint diese Aufgabe ohne einen grundlegenden Paradigmenwechsel kaum zu bewältigen<sup>1588</sup>. Will man dem Leistungsprinzip als u. U. interessengerechtere Zuordnungsregel für ein modernes Urheberrecht zum Durchbruch verhelfen, scheint eine Abkehr vom monistischen Gedanken, bzw. von der generellen Anerkennung von Urheberpersönlichkeitsrechten unumgänglich<sup>1589</sup>. Die Zuordnung der persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse kann niemals einer leistungsorientierten Beurteilung unterworfen werden. Mehr noch: Es erscheint kaum denkbar, eine schutzwürdige persönlichkeitsrechtliche Bindung zum Werk – wenn überhaupt – einer anderen Person als dem Urheber und schon gar nicht einer juristischen Person zuzugestehen.

1588 So auch *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 18.

1589 Ansonsten müsste sich eine Begründung dafür finden lassen, dass Persönlichkeitsrechte bei einer juristischen Person entstehen können, da Arbeitgeber und Produzenten häufig keine natürlichen Personen sein werden.

I) Problemdarstellung

Dem Urheber wird durch § 15 UrhG ein umfassendes, ausschließliches (Verwertungs-)Recht am Werk zugesprochen. Dieses entfaltet zweierlei Wirkungen, die – mit der vom Bundesverfassungsgericht verwendeten Terminologie<sup>1590</sup> – als Verfügungs- und Verwertungsrecht bezeichnet werden können. Grundsätzlich, sofern sich aus Schrankenbestimmungen keine Sonderregelungen ergeben, steht dem Urheber sowohl das Verfügungs- als auch das Verwertungsrecht zu.

Für den urheberrechtlichen Interessensausgleich sind – dies zeigt sich wiederum an den Schrankenbestimmungen – die beiden Komponenten des Ausschließlichkeitsrechts von unterschiedlicher Bedeutung. Während das Verfügungsrecht dem Urheber die mehr oder weniger uneingeschränkte Kontrolle über den Zugang und die Nutzung des Werkes verleiht, sichert ihm das Verwertungsrecht „nur“ eine wirtschaftliche Beteiligung. Es liegt angesichts der oben beschriebenen<sup>1591</sup> widerstreitenden individuellen und kollektiven Interessen an der Nutzung von Werken auf der Hand, dass das Verfügungsrecht – je nachdem, wie es ausgeübt wird – erheblich stärker in die Belange der Allgemeinheit an einem freien Zugang zu und Umgang mit Kommunikationsgütern eingreifen kann<sup>1592</sup>.

Durch die Ausübung des Verbotsrechts kann der Rechtsinhaber die Nutzung eines Schutzgegenstandes nach Belieben behindern<sup>1593</sup>. Dem sollen die Schrankenbestimmungen entgegenwirken. Ob diese eine solche Korrektivfunktion allerdings erfüllen und damit geeignet sind, eine angemessene Berücksichtigung von Drittinteressen zu erzielen, scheint angesichts der oben festgestellten diametralen Entwicklung von Schutzrechten und Schranken zweifelhaft<sup>1594</sup>. Es stellt sich damit die Frage, ob der urheberrechtliche Interessensausgleich nicht zu Gunsten der Nutzer weiter gehende Beschränkungen des Verfügungsrechts, evtl. im Rahmen anderer Mechanismen als Schrankenbestimmungen, erfordert. Um dies beurteilen zu können, ist zunächst zu klären, welche Bedeutung das Verfügungsrecht für die Wahrung der Interessen der Rechtsinhaber hat.

1590 Vgl. BVerfGE 31, S. 229 (243) = GRUR 1972, S. 481 (484) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 79, S. 29 (41) – Vollzugsanstalten. Näheres zur Unterscheidung siehe oben, Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.2.b.bb.(2).

1591 Siehe Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.C).

1592 Auch mittels des Verwertungsrechts allein kann natürlich faktisch der Zugang zu geschützten Werken durch das Aufstellen ökonomischer Hürden verhindert werden.

1593 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1000).

1594 Siehe hierzu oben, Teil 2, Punkt IV.B.4) sowie unten Teil 4, Kapitel 3, Punkt II.E).

## II) Die Bedeutung des Verfügungsrechts für die Rechtsinhaber

Das Verfügungsrecht hat als Kontrollinstrument für den Rechtsinhaber grundsätzlich eine wichtige Bedeutung<sup>1595</sup>. Es kann eingesetzt werden, um das Heraustreten des Werkes aus dem persönlichen Bereich zu steuern<sup>1596</sup>, die Disposition von Verwertungsrechten von eigenen Bedingungen abhängig zu machen, den Weg des Werkes im Verkehr zu steuern, Märkte zu kontrollieren und schließlich sogar Einfluss auf die Entwicklung von Technologien und den Zugang zu Informationen<sup>1597</sup> zu nehmen.

Dagegen bedeutet die Beschränkung auf das reine Verwertungsrecht in vielen Fällen ein erhebliches Weniger an Kontrollmöglichkeit und damit eine mehr oder weniger gewichtige Einschränkung der ausschließlichen Rechtsposition des Berechtigten. Allerdings variiert die Bedeutung des Verbotsrechts nach der Position und Eigenschaft des Berechtigten<sup>1598</sup>.

Für den einzelnen Urheber ist die durch das Verfügungsrecht geschaffene Möglichkeit, den Zugang zu seinem Erzeugnis zu kanalisieren, häufig eher von untergeordneter Bedeutung. Per se ist das Werk als Mitteilungsgut dazu bestimmt, anderen zugänglich gemacht zu werden. Je größer die Verbreitung, desto höher ist im Allgemeinen der persönliche und wirtschaftliche Gewinn für den Schöpfer. Grundsätzlich gilt das Gleiche natürlich auch für den kommerziellen Verwerter. Allerdings kann dieser – je nach seiner Marktposition – ein Interesse auch am Ausschluss bestimmter Personen haben, um Märkte zu steuern<sup>1599</sup> oder sich vor Trittbrettfahrern<sup>1600</sup> zu schützen<sup>1601</sup>. Er hat also in der Regel ein Interesse daran, das Verbotswort über den bloßen „*first mover advantage*“ hinaus als regulierende Rechtsposition einzusetzen.

1595 Siehe hierzu und auch zum Innovationsbezug der Verbotsrechte oben Kapitel 1.

1596 Hierzu dient das Veröffentlichungsrecht.

1597 Dieser Effekt wird v. a. durch den Ausschließlichkeitsschutz von Datenbanken erzielt. Durch das Datenbankurheberrecht können auch an sich nicht geschützte Informationen der Rechtsposition des Datenbankschöpfers zugeordnet werden. Dessen Verbotswort ermöglicht es ihm wiederum, den Zugang zu diesen Inhalten zu steuern. Wenn ihm die Informationen darüber hinaus allein zur Verfügung stehen, kann das Datenbankurheberrecht zur Monopolisierung von Wissen führen. Siehe näheres hierzu oben, Teil 2, Punkt III.C.2.b).

1598 Eingehend zu den unterschiedlichen Interessenkreisen *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (993 ff.).

1599 Nur bei dem Bestehen von Ausschließungsrechten kann der Verwerter beispielsweise selektive Vertriebssysteme aufbauen, die darauf basieren, nur bestimmte Abnehmer in der Verwertungskette zuzulassen.

1600 Mit *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (995) sind hiermit andere Verwerter gemeint, die ohne relevante Eigeninvestitionen zu leisten oder Rechte zu erwerben von den Leistungen des berechtigten Verwerters zu profitieren suchen.

1601 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (995).

Für den Urheber selbst ist das Verfügungsrecht vor allem im Verhältnis zum (potenziellen) Verwerter von Bedeutung<sup>1602</sup>. Stünde ihm dies nicht zur Seite, könnte jeder Nutzer das Werk ohne Zustimmung des Urhebers verwerten. Die Verhandlungsposition des originären Rechtsinhabers wäre damit auf den Bereich der Vergütung beschränkt. Besonders bei Verhandlungen über Nutzungsrechtsübertragungen an Werken, die nicht im Auftrag oder Arbeitsverhältnis, also von einem freischaffenden Urheber, erstellt werden<sup>1603</sup>, ist das Verfügungsrecht mithin ein wichtiges Steuerungsmittel<sup>1604</sup>.

Hierdurch wird eines deutlich: Das Ausschließungsrecht des Rechtsinhabers hat verschiedene Dimensionen, die – je nach Konstellation – von sehr unterschiedlicher Bedeutung sein können. Eine Abwägung der Interessen mit dem Ziel zu ermitteln, ob Einschränkungen zu Gunsten von Drittinteressen gerechtfertigt oder geboten sind, kann daher äußerst schwierig werden, insbesondere wenn diese abstrakt-generell erfolgt. Vor diesem Hintergrund drängt sich förmlich auf, dass die ausschließliche Ausrichtung des Urheberrechtsgesetzes auf die Interessen des Urhebers zu einseitig ist<sup>1605</sup>.

### III) Die Bedeutung des Verfügungsrechts im Lichte des urheberrechtlichen Interessenausgleichs

Es wurde im Rahmen der Abhandlung schon verschiedentlich darauf hingewiesen, dass das Ausschließlichkeitsrecht vor allem in seiner Funktion als Verfügungsrecht auf den urheberrechtlichen Interessenausgleich erhebliche Auswirkung hat. Dass sich diese Implikationen im Laufe der Entwicklung eher verstärkt als abgeschwächt haben, soll im Folgenden verdeutlicht werden. Es wird sich zeigen, dass das Verfü-

1602 Dies wird zumeist nicht der Endnutzer, sondern ein gewerblich handelnder Verwerter sein, der letztlich allein die Vermarktung des Werkes übernimmt.

1603 Bei Auftragswerken gilt dies indes nicht in gleichem Maße. Hier hat der Urheber schon von vornherein die Möglichkeit, die Werkschöpfung – und somit gleichermaßen die Werknutzung – zu verhindern. Bei der Verhandlung über den Werklohn wiederum kann der Urheber wirtschaftlich einkalkulieren, dass er die spätere Nutzung des Werks faktisch nicht verhindern kann. Hieran bestätigt sich der Sinn einer Unterscheidung zwischen „selbstständigen“ und „frei schaffenden“ Schöpfern, wie sie in Fn. 1517 angeregt wurde.

1604 So auch das BVerfG, NJW 1999, S. 424 (415) und hierzu oben, Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.2.b.bb.(2). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Entzug des Verfügungsrechts als Eingriff in die ausschließliche Rechtsposition des geistigen Eigentums zu werten, der einer Rechtfertigung bedarf. An diese seien indes keine hohen Anforderungen zu stellen. Sicherzustellen sei lediglich, dass dem Urheber eine angemessene wirtschaftliche Beteiligung an der Verwertung verbleibe. Mit welchem rechtlichen Mittel dies garantiert werde, sei verfassungsrechtlich unbeachtlich.

1605 Sehr kritisch äußert sich hierzu auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 ff. (*passim*).

gungsrecht im heutigen Umfeld der Werkverwertung bedeutsame „Nebeneffekte“ entfaltet, die über dessen Ziel, dem Urheber die Kontrolle über sein Werk zu sichern, weit hinaus gehen.

A) Auswirkung des Verfügungsrechts auf das Freihaltebedürfnis bei technischen Werken: Gefahr eines „schutzrechtlichen Innovationsdilemmas“?

Angesichts der Reduzierung der urheberrechtlichen Schutzanforderungen und der expansiven Entwicklung des Schutzbereichs<sup>1606</sup> steht die weit reichende Gewähr von Ausschließungsrechten an jedem Schutzgegenstand mittlerweile in einem sensiblen Spannungsfeld mit dem Freihaltebedürfnis<sup>1607</sup>. Ein ausgewogenes Verhältnis zwischen beiden Aspekten ist aus Sicht der Kulturpolitik<sup>1608</sup>, der nachschaffenden Urheber und – damit eng verknüpft – der Wahrung des allgemeinen Interesses an möglichst ungehindertem wissenschaftlichen und technischen Fortschritt<sup>1609</sup> von erheblicher Bedeutung<sup>1610</sup>. Probleme ergeben sich besonders bei technischen Werken, soweit das hierin enthaltene technische Wissen durch den Rechtsschutz zumindest mittelbar erfasst wird<sup>1611</sup>. Die Expansion der Schutzrechte gefährdet die Möglichkeiten der Urheber, „sich auf die Schultern ihrer Vorgänger zu stellen“<sup>1612</sup>. Die Auswei-

1606 Siehe hierzu oben, Teil 2, Punkt IV.B).

1607 *Vischer*, Monopol und Freiheit in Wissenschaft und Kunst, S. 23, etwa will das „Freihaltebedürfnis“ durch die folgende Frage ermitteln: „Was ist notwendigerweise dem privaten Monopolspruch entzogen, was muss im Interesse des freien geistigen und künstlerischen Schaffens Allgemeingut bleiben, jedermann zur Verfügung stehen?“ Hierin sieht *Vischer* auch die „Grundfrage“ eines jeden Monopolrechtsschutzes.

1608 Durch die Schaffung von nicht monopolisierbaren Freiräumen kann eine Steigerung des „kulturellen Niveaus“ erreicht werden, meint *Chakraborty*, S. 54.

1609 Siehe *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 85.

1610 Da jedes urheberrechtlich geschützte Werk auf anderen aufbaut, besteht ein Interesse an einer restriktiven Handhabung des Ausschlussrechts. Die hierdurch verbleibenden Freiräume für innovatives Nachschaffen auf der Grundlage geschützter Werke werden bei einer Ausweitung des Verbotsrechts geringer, soweit hiervon Gebrauch gemacht wird. Besonders auf dem Gebiet zweckgebundenen Werkschaffens, also dort, wo die Gestaltungsräume bei der Formgebung sehr gering sind, hat die Ausschlussfunktion des Urheberrechts einen proportional mit der Minimierung der Gestaltungsspielräume ansteigenden Einfluss auf das Freihaltebedürfnis. Siehe hierzu auch unter Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.3.a.aa) zur Kollision von Meinungs- und Eigentumsfreiheit in solchen Fällen.

1611 Virulent wird das Problem zu weit gehender Ausschließlichkeitsrechte im Bereich des Urheberrechts damit v. a. in Bezug auf den Schutz von Computerprogrammen und Datenbanken, der – wie bereits dargestellt wurde – in besonderem Maße zum Schutz von Know-how, Ideen und Inhalten führt (siehe hierzu oben, Teil 2, Punkt III.C.2) und IV.B.2). So auch *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 85.

1612 So *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 99.

tung des protektionistischen Schutzes der Immaterialgüterrechtsordnungen schränkt den Wettbewerb um Innovationen insoweit ein, als dieser nicht (mehr) auf der Inanspruchnahme fremder, geschützter technologischer Leistungen basiert, sondern auf rivalisierenden Technologieentwicklungen<sup>1613</sup>.

Ob diese Entwicklung aus Sicht des Fortschritts sinnvoll ist, wird zu Recht be-  
weift<sup>1614</sup>. Insbesondere technische Errungenschaften wie Computerprogramme und  
elektronische Datenbanken sind aufgrund ihrer Funktionsorientierung darauf ange-  
wiesen, im Umfeld einer rasant fortschreitenden technischen Umgebung ständig  
weiterentwickelt und perfektioniert zu werden. Um Verbesserungen vornehmen zu  
können, ist jedoch der Zugriff auf das weiterzuentwickelnde Schutzgut notwen-  
dig<sup>1615</sup>. Wird dieser – wie dies bei Computerprogrammen durch das Dekompilie-  
rungsverbot erreicht wird – jedoch durch das Recht untersagt, können andere Urhe-  
ber nicht mehr auf den vorbestehenden Leistungen aufbauen, verbesserte Lösungen  
entwickeln und so zur technischen Innovation beitragen. Überspitzt ausgedrückt,  
versetzt das Ausschließlichkeitsrecht den Rechtsinhaber in solchen Fällen in die La-  
ge, bestimmte Bereiche technischer Innovationen zu kontrollieren. Diese sind damit  
von dem Verhalten des Rechtsinhabers abhängig.

*Ullrich* sieht hierin ein „schutzrechtliches Innovationsdilemma“, das in der Frage  
münde, wie der aus Sicht der Innovation wünschenswerte Zugang zu und die Ver-  
wendung von geschütztem Wissen angesichts einer Expansion der Schutzrechte ge-  
währleistet werden kann<sup>1616</sup>.

## B) Das Verfügungsrecht als Markt- und Innovationssteuerungsmechanismus

Auch von anderer Warte betrachtet, beeinflussen Urheberrechte den technischen  
Fortschritt.

Versteht man die Formulierung in § 11 Satz 1 UrhG als Zielbestimmung des  
deutschen Urheberrechts, ist dies (und damit auch das Verfügungsrecht) berufen,  
den „*Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in  
der Nutzung des Werkes*“ zu schützen und ihm (Satz 2) eine angemessene Vergütung  
zu sichern. Im Umkehrschluss heißt dies – unter anderem –, dass das Urheberrecht  
nicht dazu dient, Märkte zu kontrollieren und die Erbringung von Innovationen zu  
steuern. Wäre das Urheberrecht dennoch hierzu geeignet, könnte man nur von einem

1613 So *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 99.

1614 *Ullrich* (in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 99) bezeichnet diesen Ansatz als „einfältig“. Kritisch  
äußert sich auch *Hilty* (in *Ohly/Klippel*, S. 107 (115) mit Verweis auf die ökonomische For-  
schung).

1615 Beispielsweise bedarf es bei der Änderung und Fortentwicklung von Computerprogrammen  
des Zugriffs auf den Quellcode. Vgl. hierzu die Ausführungen oben, Teil 2, Punkt IV.B.2).

1616 *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 99.

unerwünschten Nebeneffekt ausgehen, dem es – soweit dieser negative Auswirkungen entfaltet – zu begegnen gälte.

Die Entwicklung im Musik- und Filmmarkt zeigt, dass das Urheberrecht tatsächlich zu solchen Zwecken genutzt werden kann. Es dient in diesen – und anderen Bereichen – der Verwerterindustrie als Mittel zur Steuerung nicht mehr nur des Zugangs zu Inhalten, sondern auch der Entwicklung und Verbreitung von technischen Innovationen in Form von Mehrwertdiensten. Beide Aspekte bedingen einander. Ein erhebliches Kontrollpotenzial über verwandte Märkte entfaltet das Urheberrecht dann, wenn die Inhalte in großem Maße monopolisiert oder oligopolisiert sind, wie dies im Film- und Musikbereich der Fall ist<sup>1617</sup>.

Durch diese Übermacht bei der Kontrolle von bestimmten Inhalten über das Urheberrecht werden die Rechtsinhaber in die Lage versetzt, auch über Erfolg und Misserfolg inhaltsvermittelnder (v. a. Informations-)Technologien und Mehrwertdienste zu befinden. Denn über die Möglichkeit, eine neue Vermittlungstechnologie zu vermarkten, entscheidet in erster Linie die Verfügbarkeit der Inhalte. Dies gilt jedenfalls solange, wie sich keine „anarchischen Strukturen“ entwickeln, deren Technologie mit rechtlichen Mitteln nicht zu greifen ist und die das Urheberrecht und seine Kontrollmöglichkeiten aushebeln<sup>1618</sup>.

1617 Die sog. „*Big Four*“ (ehemals „*Big Five*“) im Musikmarkt Universal, Sony-BMG (Bertelsmann), EMI und Warner kontrollieren (unter wechselnder Firmierung und variierenden Beteiligungsverhältnissen) seit langer Zeit zwischen 75 und 90 % des Weltmusikmarktes. Im Jahr 2005 bestanden folgende Marktanteile: Universal Music Group 31,71%, Sony-BMG 25,61%, Warner Music Group 15%, EMI 9,55%, Independents 18,13% (siehe diese und andere Zahlen zum Weltmusikmarkt unter [http://en.wikipedia.org/wiki/World\\_music\\_market](http://en.wikipedia.org/wiki/World_music_market), zuletzt abgerufen am 3.8.2008).

1618 So in Filesharing-Netzen, in denen ohne Rücksicht auf fremde Rechtspositionen urheberrechtlich geschütztes Material genutzt wird. Die rechtliche Zulässigkeit derartiger Verwertung ist zwar umstritten. Dies spielt für die Nutzer jedoch zumeist keine Rolle. Nach einer Studie der *Gartner-Group* aus dem Jahre 2000 waren 28 % aller Filesharing-Nutzer der Ansicht, gesetzwidrig zu handeln, wollten sich dem aber dennoch nicht enthalten (vgl. *Kreutzer*, *Telepolis* vom 7.2.2001, <http://www.telepolis.de/deutsch/inhalt/te/4857/1.html>). Es scheint damit einer großen Zahl von Nutzern nicht das Unrechtsbewusstsein zu fehlen, sondern es mangelt an einer Akzeptanz des Rechts (so auch *Hilty*, *ZUM* 2003, S. 983 (985)). Diesem Defizit könnte man wohl allenfalls mit einer durch massive Überwachung des Datenverkehrs einhergehenden Abschreckungswirkung entgegensteuern (wobei der Erfolg einer solchen Maßnahme durchaus zweifelhaft wäre). Dezentrale Filesharing-Netze sind hingegen nicht mit rechtlichen Mitteln zu kontrollieren, da diese keinen Betreiber haben, sondern nur aus einer heterogenen Menge privater Nutzer bestehen, vgl. ausführlich dazu *Kreutzer*, *GRUR* 2001, S. 193 (193 f.). Als einzelner Nutzer verfolgt zu werden, ist angesichts der häufig riesigen Zahlen von Verwendern kaum zu befürchten, wenn die Unterhaltungsindustrie auch seit einiger Zeit gegen Nutzer massiv vorgeht (vgl. z. B. <http://www.heise.de/newsticker/Musikindustrie-kaempft-gegen-Filesharer-und-Imageprobleme--/meldung/93293>, zuletzt abgerufen am 03.08.2008). Obwohl eine individuelle Identifizierung und Verfolgung möglich ist, sind die hierfür erforderlichen Mittel so aufwendig, dass eine effektive Kontrolle und Verhinderung

Die Entwicklung der Online-Musiktauschbörse Napster zeigt das Potenzial des Verfügungsrechts als Kontrollinstrument für die Verwerter (nicht etwa die Urheber) deutlich. Ist die Inhaltsindustrie – wie im Napster-Fall geschehen – nicht bereit, Nutzungsrechte an Innovationsträger zu vergeben, fehlt diesen die wirtschaftliche Auswertungsmöglichkeit und die notwendigen Investitionen werden nicht getätigt. Damit hat es die Inhaltsindustrie in der Hand, den Entwicklungsbereich für bestimmte Vermittlungstechnologien und Mehrwertdienste zu steuern und gegebenenfalls zu blockieren, indem der Markt selbst nicht bedient wird<sup>1619</sup>. Dies wird – zu Lasten der Nutzer und des technischen Fortschritts – dann nicht geschehen, wenn, wie sich am Online-Musikmarkt zeigt, die Verwerter aufgrund ihrer Alleinstellung nicht dem Druck unterliegen, sich an den Markt und die Bedürfnisse der Nutzer anzupassen<sup>1620</sup>. Je nach Bedeutung des jeweiligen Immaterialgutes für die Akzeptanz einer neuen Technologie durch die Nutzer und dem Konzentrationsgrad auf dem betreffenden Markt der Rechtsinhaber vermittelt das Urheberrecht – jedenfalls so-

solcher Handlungen nicht gelingt. Durch diese faktischen Umstände wird das Verfügungsrecht seiner Kontrollfunktion in diesem Umfeld beraubt.

1619 Siehe hierzu die überzeugenden Ausführungen von *Wittgenstein*, UFITA 2000/I, S. 39 (56). Zu dem ähnlichen Problem der verstärkten Kontrollierbarkeit von Primär- und Folgemärkten durch die Inhaber von Schutzrechten vgl. *Dreier* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 51 (v. a. 60); ders. in *Klumpp* et al. (Hrsg.), S. 261 (267). Entgegen der Auffassung von *Kraßer* in *Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Innovation, S. 113 (126), nach dem Urheberrechte keine innovationshemmende Einflüsse auf Technologien (dort den Telekommunikationsbereich) ausüben könnten (vgl. dazu oben, Fn. 1255), zeigt sich hier ein unmittelbarer Innovationsbezug des Urheberrechts.

1620 So *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1002). Dies mag der Grund für die Tatsache sein, dass sich ein Markt für legale, kommerzielle Online-Musikangebote nur sehr schleppend und – im Verhältnis zur breiten Verfügbarkeit der hierfür notwendigen Technik – verspätet entwickelte. Bezeichnend erscheint vor diesem Hintergrund die Tatsache, dass der in den USA mit Abstand erfolgreichste Musik-Downloaddienst nicht etwa von der Phonindustrie, sondern von dem Computerhersteller Apple betrieben wird. Apples „iTunes“ soll in Deutschland derzeit einen Marktanteil von 42% bei den Online-Musikdownloaddiensten haben (vgl. den IFPI Digital Music Report 2007, S. 8, <http://www.ifpi.com/content/library/DMR2008.pdf>, zuletzt abgerufen am 03.08.2008). Bezeichnend erscheint auch, dass die „Killer-Applikation“ im Online Musikgeschäft nicht durch die Musikwirtschaft und auch nicht durch führende Software-Unternehmen entwickelt wurden, sondern durch einen 18-jährigen Amerikaner namens *Shawn Fenning*, dessen Filesharing-Programm Napster es temporär zur erfolgreichsten Software aller Zeiten brachte, vgl. hierzu *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (193). Es ist fraglich, ob die Musikwirtschaft bis heute überhaupt legale Downloaddienste anbieten würde, wenn sie nicht durch den immensen Erfolg der „illegalen“ Tauschbörsen derart massivem Druck ausgesetzt worden wäre. Angesichts der Vorzüge des immateriellen Vertriebs für alle Beteiligten (leichte Verfügbarkeit für die Konsumenten, geringe Distributionskosten für die Verwerter) kann die Renitenz des Musik-Oligopols gegenüber einer Weiterentwicklung des Marktes nur als Versuch gewertet werden, zu Gunsten der Zementierung überkommener Strukturen die Fortentwicklung zu blockieren.

weit es durchsetzbar ist – einem mehr oder weniger kleinen Personenkreis ein erhebliches Machtpotenzial.

Damit nicht genug: kumuliert mit dem ausufernden, nahezu unbeschränkten Schutz technischer Maßnahmen<sup>1621</sup> haben die Kontrollmöglichkeiten der Rechteinhaber auf Basis des urheberrechtlichen Verfügungsrechts neue Dimensionen erreicht. Sowohl die bloß rezeptive Benutzung als auch der reine Zugriff auf geschützte Werke und sogar ungeschützte Informationen und Daten können mit diesen rechtlichen und technischen Schutzmechanismen kontrolliert werden. Hierdurch könnte eine Entwicklung „vom Urheber- zum Informationsrecht“ eingeleitet werden<sup>1622</sup>, dem neben einer Schutzfunktion auch eine erhebliche Funktion als Marktsteuerungsinstrument zukommt<sup>1623</sup>.

Ob und inwieweit auch im Bereich der digitalen Werkarten, insbesondere deren Verwertung über das Internet, noch das Verfügungsrecht, also das Verbotsrecht als Steuerungsinstrument eingesetzt werden kann, hängt allerdings – wie schon angedeutet wurde – nicht zuletzt davon ab, inwieweit der hiermit angestrebte Zweck auch erreicht werden kann. Von der Ausübungsmöglichkeit und Durchsetzbarkeit hängt die Effektivität des Verbotsrechts für die Urheber ab. Auch diesbezüglich lassen sich Phänomene wie *Filesharing*<sup>1624</sup> und die Schreckensbilanzen der Entertainmentindustrie, die regelmäßig in den Medien kolportiert werden<sup>1625</sup>, Zweifel entstehen<sup>1626</sup>.

1621 Siehe hierzu oben, Teil 2, Punkt IV.B.4.c.bb).

1622 So der Titel der Dissertation von *Bechtold*, siehe dort eingehend, S. 248 ff.

1623 Auf dieses Potenzial des Urheberrechts weist auch *Schünemann* (in: GK-UWG, Band 9, Einleitung, Rdnr. E 29 m. w. Nachw.) hin.

1624 Vgl. hierzu *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (193 ff.).

1625 Der Jahreswirtschaftsbericht des Bundesverbandes der IFPI für das Jahr 2003 bestätigte den rückläufigen Trend der vorangegangenen Jahre und wies einen Umsatzrückgang um insgesamt 19,8 % für einen Großteil der Verluste wurden (und werden noch immer) illegale Musikangebote verantwortlich gemacht. Angeblich wurden im Jahr 2003 600 Millionen Songs aus illegalen Quellen aus dem Internet heruntergeladen. Zahlen für die vorangegangenen Jahre finden sich bei *Wand*, S. 1 f. Der Rückgang hat sich neuerlich verlangsamt. Der Jahreswirtschaftsbericht der IFPI für das Jahr 2005 wies einen Umsatzrückgang von nur noch 4,6% aus. Mittlerweile hat sich zwar sowohl in Deutschland als auch den USA aufgrund der steigenden Verkäufe von Downloads eine gewisse Erholung eingestellt. Die Verkaufszahlen für Tonträger (die nach wie vor den weitaus größten Bestandteil des Umsatzes der Musikwirtschaft ausmachen) sinken dagegen weiter kontinuierlich (vgl. die Zahlen für 2007 unter <http://www.heise.de/newsticker/Musikbranche-Mehr-Downloads-weniger-Piraterie--/meldung/104998> und den Jahreswirtschaftsbericht 2007 der Deutschen Musikindustrie unter [http://www.musikindustrie.de/uploads/media/ms\\_branchendaten\\_jahreswirtschaftsbericht\\_2007\\_02.pdf](http://www.musikindustrie.de/uploads/media/ms_branchendaten_jahreswirtschaftsbericht_2007_02.pdf) und unter <http://www.heise.de/newsticker/US-Musikmarkt-schrumpft-weiter--/meldung/107257> (zur US-Industrie), jeweils zuletzt abgerufen am 04.08.2008).

1626 Eine Studie in Österreich soll sogar ergeben haben, dass die Vervielfältigung ein massenhafter Vorgang sei, der praktisch gar nicht mehr kontrolliert werden könne, vgl. Fessel-GfK

Weniger die Frage nach der theoretischen Funktion des Verfügungsrechts als vielmehr die nach der praktischen Durchsetzbarkeit müsste daher den eigentlichen Mittelpunkt der Funktionsanalyse des urheberrechtlichen Verfügungsrechts bilden. Die letztlich gewonnenen Erkenntnisse müssten zudem bei der urheberrechtlichen Interessenabwägung berücksichtigt werden. Übt das Verfügungsrecht auf die Innovation hemmende Wirkung aus<sup>1627</sup> und greift es in – sogar verfassungsrechtlich verbürgte – Rechtspositionen Dritter ein, erscheint ein Vergleich von negativer Wirkung und positivem Nutzen geboten. Dies gilt v. a. vor dem Hintergrund, dass das Urheberrecht mit dem Instrument des Vergütungsanspruchs Mittel bereithält, deren negative Effekte ein potenziell wesentlich geringes Ausmaß annehmen.

Es verwundert damit kaum, dass von verschiedener Seite die faktische Nutzlosigkeit der Verbotsrechte bei der Nutzung von digitalen Werken ebenso prognostiziert wird, wie die Erwartung, dass im Zuge der massenhaften Nutzung von digitalen Werken der pauschale Vergütungsanspruch gegenüber dem überkommenden Modell der Einzeltransaktionsvereinbarungen an Bedeutung zunehmen wird<sup>1628</sup>. Hieraus wird gleichsam die abnehmende Bedeutung des Verfügungsrechts gefolgert<sup>1629</sup>.

Von anderer Seite wird hingegen erwartet, dass die Defizite rechtlicher Durchsetzungsmöglichkeiten durch digitale Technik – und den flankierenden rechtlichen Schutz – ausgeglichen werden können und dass hieraus überdies neue, ungekannte Möglichkeiten entstehen würden, urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen gezielt zu kontrollieren und abzurechnen<sup>1630</sup>. Ob diese hohen Erwartungen an die Technik indes realistisch sind, bleibt abzuwarten. Die Prognosen v. a. der Techniker gehen hierüber weit auseinander<sup>1631</sup>.

Wien, Institut für Marktforschung GmbH, 2000, S. 13, zit. nach *Wandtke*, GRUR 2002, S. 1 (7).

1627 Vgl. kritisch zum Innovationsbezug der Ausschlussfunktion des Urheberrechts auch *Wiebe*, S. 439 ff.; ders. GRUR 1994, S. 233 (244); vgl. auch *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 318; *Kreutzer* in *Broeckmann/Jaschko* (Hrsg.), *Art and Digital Media*, S. 147 (147 ff.).

1628 *Dreier*, CR 2000, S. 45 (45); *Wandtke*, GRUR 2002, S. 1 (7); *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (204).

1629 Siehe die Nachweise in Fn. 1628.

1630 Vgl. zu den Arten und Möglichkeiten von DRM-Systemen bei der Kontrolle der Nutzung urheberrechtlicher Werke, *Wandt*, z. B. S. 10 – 22, 283 ff.

1631 Während die EU-Kommission in einem Gutachten aus dem Jahr 2002 (Sec. (2002) 197 vom 19.02.2002) zu der Erkenntnis gelangt ist, dass effektive Kontrolle über die Verwertung digitalen Materials durch DRMS gegenwärtig noch nicht möglich ist, will der TÜV Informationstechnik Essen im Rahmen einer für den Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und Neue Medien e. V. „BITKOM“ (der sich seit langem für eine Abschaffung der Pauschalabgaben auf Informationstechnologie zu Gunsten einer Einführung elektronischer Abrechnungssysteme einsetzt) angefertigten Studie genau das Gegenteil ermittelt haben.

#### IV) Stellungnahme

Die These, dass ein zu weit gehendes urheberrechtliches Ausschließlichkeitsrecht innovationshemmende Wirkungen entfaltet<sup>1632</sup>, erscheint vor diesem Hintergrund nicht unbegründet.

Es stellt sich daher die Frage, mit welchen Mitteln ein möglichst optimaler Ausgleich von Schutz- und Freihaltebedürfnis hergestellt werden könnte, der den Interessen der Rechtsinhaber und der Allgemeinheit angemessen Rechnung trägt. Ein denkbarer Weg läge darin, die Ausschließlichkeitsrechte in solchen Konstellationen auf Vergütungsansprüche zu reduzieren, in denen das Verbotswort zu einem Ungleichgewicht zwischen den zu berücksichtigenden Interessen führt<sup>1633</sup>. Auch die Einführung von Zwangslizenzen wäre zur Erreichung dieses Zwecks ein denkbarer Weg. Dieses Mittel ist v. a. in solchen Fällen effektiv, in denen das Verbotswort den Rechtsinhaber in die Lage versetzt, Zugang und Nutzung von geschütztem Material zu steuern, das für dritte Innovationsträger zur (Weiter-)Entwicklung benötigt wird. Sollte man sich in diesem Sinne für eine Liberalisierung der Märkte und gegen die Monopolisierung von Information und Inhalten aussprechen, könnte dies u. a.<sup>1634</sup> durch eine bestimmte Ausgestaltung des Urheberrechts, also die Abkehr vom Verbotswort in gewissen Konstellationen, erreicht werden. Im Umkehrschluss liegt hierin auch das Mittel, die Monopolisierung von Inhalten mit allen Vor- und Nachteilen zu ermöglichen. In diesem Spannungsfeld ist der Ausgleich von berechtigten Interessen besonders sensibel.

Es kann momentan keine gesicherte Prognose darüber abgegeben werden, wie sich die Kontrollmöglichkeiten durch das ausschließliche Urheberrecht als eine wichtige Funktion des Verfügungsrechts entwickeln werden. Unklar ist bislang weiter, ob in Zukunft hier auf eine effektive Unterstützung durch technische Systeme gebaut werden kann<sup>1635</sup> bzw. wie sich das Verhalten der Nutzer in Bezug auf die

1632 Ullrich in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 100 ff.

1633 Diesen Weg gehen auch die geltenden Schrankenregelungen. Allerdings können diese – wie gesehen – ihre Ausgleichsfunktion mittlerweile aufgrund ihrer im Vergleich zu den Schutzrechten diametralen Entwicklung heute nicht mehr angemessen erfüllen. Es wird sich daher die Frage stellen, ob dieses Defizit durch Fortentwicklung der geltenden Regelungen (v. a. die Schaffung neuer Schrankenbestimmungen) behoben werden kann oder ob es hierfür weitergehender Änderungen konzeptioneller Natur bedarf.

1634 Natürlich sind auch andere Wege denkbar, über die v. a. in der US-amerikanischen Literatur viel diskutiert wird. Siehe hierzu v. a. Ullrich in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 100 ff., der alternative Möglichkeiten zur Behebung des „*schutzrechtlichen Innovationsdilemmas*“ erörtert. Unter anderem stellt er einen amerikanischen Ansatz dar, nach dem die Monopolrechte durch einen „*vermögensbezogenen Deliktsschutz*“ ersetzt werden könnten. Hierdurch solle das Informationszugangsproblem durch die Verlagerung auf den bloßen Wertausgleich für die Informationsnutzung gelöst werden (siehe hierzu näher unten, Fn. 1913).

1635 *Bechtold*, S. 143 ff.

Verwendung neuer Technologien entwickeln wird<sup>1636</sup>. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

Das Verfügungsrecht dient einerseits dem Berechtigten, die Kontrolle über die Verwertung seiner Inhalte zu bewahren, und andererseits, deren Bedingungen vorab auszuhandeln<sup>1637</sup>. Es wäre an dieser Stelle vorschnell und unangemessen pauschalierend, anhand einer zu prognostizierenden technischen oder sonstigen Entwicklung Schlussfolgerungen zum Bedürfnis nach Ausschließlichkeitsrechten zu ziehen. Ebenso wenig kann hier pauschal statuiert werden, dass die Abkehr vom Verbotrecht als „Allheilmittel“ für Korrekturen des urheberrechtlichen Interessensausgleichs dienen kann<sup>1638</sup>.

Jedenfalls aber sollten die Ausführungen erkennen lassen, dass ein zu weit gehender Schutz durch das Urheberrecht für alle Beteiligten nachteilige Wirkungen entfalten kann und sich dies auch heute schon realisiert. Solcherart Folgen sind dabei weder durch das traditionelle Verständnis vom Urheberrecht intendiert noch werden sie durch die in Teil 1 dargestellten Begründungsansätze des Schutzrechts gedeckt. Im Rahmen konzeptioneller Reformüberlegungen wird daher zu überprüfen sein, ob „urheberrechtliche Nebenwirkungen“ dieser Art im Lichte der Interessenlage hinnehmbar sind oder – wenn nicht – wie dem mit systematischen Änderungen Rechnung getragen werden könnte.

1636 Vgl. zu den Zukunftsprognosen der Veränderungen in der Informationsgesellschaft schon *Hoffmann-Riem/Vesting*, in *Hoffmann-Riem/Vesting* (Hrsg.), *Perspektiven der Informationsgesellschaft*, 1995, S. 11 ff.; siehe auch *Hoffmann-Riem*, RuF 2/1995, 125 ff.

1637 So auch das BVerfG, NJW 1999, S. 414 (415) m. w. Nachw.

1638 Die Beurteilung sollte sich vielmehr an der Interessenlage ausrichten. Hierzu wird unten in Teil 4, Kapitel II im Einzelnen Stellung genommen.

I) Geltende Rechtslage und deren Entstehung

In den §§ 64 ff. regelt das Urheberrechtsgesetz eine für alle Werkarten einheitliche Schutzfrist von 70 Jahren p. m. a.<sup>1639</sup>. Die Frist wurde im Laufe der Zeit immer wieder verlängert. In LUG (§ 29 Satz 1) und KUG (§ 25 Abs. 1) galt zunächst noch eine 30-jährige Schutzdauer, die dann durch eine Änderung vom 13.12.1934 auf 50 Jahre verlängert wurde<sup>1640</sup>. Durch die Gesetzesreform im Jahre 1965 bereits wurde diese Schutzfrist – trotz der im Ausland nahezu einheitlich geltenden 50-jährigen Dauer, die auch den Vorgaben der Brüsseler Fassung der RBÜ entsprach<sup>1641</sup> – auf 70 Jahre p.m.a angehoben. Hierauf konnte sich der deutsche Gesetzgeber allerdings erst in letzter Minute durch einen Änderungsvorschlag des 12. Rechtsausschusses einigen. Bis zuletzt wurde eine 50-jährige Schutzfrist, ergänzt durch einen zwanzig Jahre geltenden Anspruch auf eine Urhebernachfolgevergütung, präferiert<sup>1642</sup>. Die Verlängerung der Schutzdauer wurde wegen der gestiegenen durchschnittlichen Lebenserwartung als gerechtfertigt angesehen<sup>1643</sup>.

Da man im europäischen Binnenmarkt durch die unterschiedlichen Schutzfristen Handelshemmnisse und Wettbewerbsverzerrungen befürchtete<sup>1644</sup>, wurde die 70-jährige Schutzfrist durch die Schutzdauer-Richtlinie<sup>1645</sup> schließlich auf europäischer Ebene harmonisiert<sup>1646</sup>. Diese Entscheidung ist von daher bemerkenswert, als eine so lange Frist vorher nicht Standard, sondern Ausnahme gewesen war. Die durchschnittliche Schutzdauer betrug vor Umsetzung der Richtlinie 50 Jahre<sup>1647</sup>, nur Deutschland, Frankreich und Spanien gingen (z. T. auch nur für bestimmte Werkar-

1639 Eine Ausnahme gilt für anonyme und pseudonyme Werke nach § 66 UrhG, die – da sie nicht auf einen Urheber zurückzuführen sind – 70 Jahre nach Veröffentlichung oder nach Schaffung frei werden.

1640 Vgl. *Möhring/Nicolini-Gass*, 2. Auflage, § 64, Rdnr. 11.

1641 Vgl. den schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses des Abgeordneten *Reischl*, UFITA 46 (1966 I), S. 174 (194).

1642 Vgl. *Reischl*, UFITA 46 (1966 I), S. 174 (194), zu § 67 UrhG sowie die Motive zu § 67 UrhG (UFITA 45 (1965 II), S. 240 (295 ff.)).

1643 *Reischl*, UFITA 46 (1966 I), S. 174 (194).

1644 Vgl. hierzu v. *Lewinski*, GRUR Int. 1992, S. 724 (724 f.), *Dietz*, GRUR Int. 1995, S. 670 (670 f.); ders. UFITA 136, S. 5 (16); *Schippan*, S. 68 ff.

1645 Richtlinie 93/98/EWG des Rates zur Harmonisierung des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (Schutzdauer-Richtlinie).

1646 Nach *Dietz*, UFITA 136, S. 16 diene die deutsche Regelung als Vorbild für die Richtlinie.

1647 Eine solche galt in 10 Staaten, vgl. v. *Lewinski*, GRUR Int. 1992, S. 724 (725).

ten) hierüber hinaus<sup>1648</sup>. Es liegt also ein seltener Fall der „Harmonisierung nach oben“ vor. In erster Linie wurde diese Entscheidung aus rein pragmatischen Gründen getroffen<sup>1649</sup>.

Seither sind alle urheberrechtlich geschützten Güter dieser Schutzfrist unterworfen. Eine Andersbehandlung von Computerprogrammen, die vor Abfassung und Umsetzung der Computerprogramm-Richtlinie zum Teil befürwortet wurde, konnte sich nicht durchsetzen<sup>1650</sup>.

## II) Problematik

Die Annahme, dass die geltende Schutzdauerbemessung zu unangemessenen Ergebnissen führen kann, liegt nahe. Immerhin ist hierdurch angelegt, dass jeder Schutzgegenstand, also auch als schnelllebig, technisch-funktional und unpersönlich zu qualifizierenden Güter im Einzelfall einen weit über hundertjährigen Schutz genießen können.

Im Folgenden soll dem näher nachgegangen werden, wobei das Augenmerk wiederum insbesondere auf unpersönlichen, v. a. technisch-funktionalen Werken, liegen wird. Der Gegenstand der Prüfung liegt nicht darin, die Schutzdauer des deutschen Urheberrechts generell auf ihre Angemessenheit zu untersuchen. Vielmehr soll herausgearbeitet werden, ob und inwieweit auch in Bezug auf die Schutzdauerfrage angesichts der Unterschiedlichkeit der Anforderungen an einen Urheberrechtsschutz bei den einzelnen Werkarten differenzierende Lösungen von Vorteil wären.

Nach einer Überprüfung der Funktion langer Schutzdauerregelungen für die hierdurch betroffenen Interessen der Rechtsinhaber gilt es zu klären, inwiefern überlange Fristen auch zu Defiziten konzeptioneller, praktischer oder dogmatischer Art führen oder führen können. Um dies zu klären, soll vorab untersucht werden, welche Funktion der Schutzdauer im urheberrechtlichen Kontext überhaupt zukommt, ins-

1648 Auch das Konventionsrecht kennt eine solch lange Schutzdauervorgabe nicht. Art. 7 Abs. 1 RBÜ sieht eine Schutzdauer von 50 Jahren p. m. a. vor. Die anderen bedeutsamen multilateralen Regelwerke des internationalen Urheberrechts verweisen diesbezüglich auf die RBÜ, nur das TRIPS-Abkommen enthält eine Sondervorschrift (Art. 12), nach der ein Werkschutz, der nicht anhand der Lebensdauer einer natürlichen Person berechnet wird, nicht weniger als 50 Jahre, gerechnet ab Veröffentlichung bzw. Herstellung, betragen darf.

1649 Grund hierfür war die Problematik, dass man eine Harmonisierung bei einer Verkürzung der Rechte auch nur in einem Land aufgrund des bestehenden Vertrauensschutzprinzips (Wahrung der erworbenen Rechte) und den daraus folgenden zwingenden Übergangsvorschriften erst 70 Jahre nach Inkrafttreten der neuen Regelung erreicht hätte, vgl. v. *Lewinski*, GRUR Int. 1992, S. 724 (725).

1650 Vgl. hierzu oben, Teil 2, Punkt II).

besondere unter welchen Gesichtspunkten diese zeitliche Begrenzung des Urheberrechts gerechtfertigt und angemessen erscheint.

#### A) Die (Ausgleichs-)Funktion der Schutzfrist

Bei der zeitlichen Begrenzung handelt es sich um die bedeutendste Beschränkung des Urheberrechts zu Gunsten der Allgemeinheit<sup>1651</sup>. Nach der Begründung zum Urheberrechtsgesetz von 1965 ergibt sich die Notwendigkeit einer temporalen Begrenzung des Urheberrechts aus dem Wesen der geistigen Schöpfungen selbst. Diese hätten als Mitteilungsgut nach einer gewissen Zeit gemeinfrei zu werden, da deren Verbreitung und Wiedergabe im allgemeinen Interesse jedermann freistehen müsse. Innerhalb des gewährten Zeitraumes hätten der Urheber und seine Erben hinreichend Gelegenheit, das Werk zu verwerten und dadurch den verdienten Lohn für die geistige Schöpfung zu erhalten<sup>1652</sup>.

Die Schutzfrist im Urheberrecht ist danach das Ergebnis einer Interessenabwägung. Löst man sich gedanklich von der monistischen Verknüpfung von ideellen und materiellen Belangen und lässt ideelle Gesichtspunkte – die bei unpersönlichen, rein technisch-funktionalen Schutzgegenständen nur eine untergeordnete Rolle spielen – zunächst außer Acht, verbleiben folgende Positionen, die sich gegenüberstellen:

Auf der einen Seite sind die Interessen des Urhebers und seiner Erben an a) der Amortisierung der getätigten Aufwendungen an Geld und Arbeit (Investitionsschutz) und b) an der Versorgung durch die Früchte der Arbeit (Alimentationsschutz) zu berücksichtigen<sup>1653</sup>. Auf der anderen Seite sind die Interessen der Allgemeinheit an a) technischem, wissenschaftlichem und kulturellem Fortschritt<sup>1654</sup>, der

1651 *Rehbinder*, Rdnr. 527.

1652 Motive, UFITA 65 (1965 II), S. 240 (295).

1653 Vgl. *Schulze*, S. 293; ders. GRUR 1987, S. 769 (777) m. w. Nachw., der darauf hinweist, dass die Schutzfrist gerade wegen der längeren Lebenserwartung der Menschen von 50 auf 70 Jahre verlängert wurde. Werden beide Interessen angemessen bei der Dauer des Schutzes berücksichtigt, kann man wohl davon sprechen, dass die Berechtigten „hinreichend Gelegenheit hatten, das Werk zu verwerten und dadurch den verdienten Lohn für die geistige Schöpfung zu erhalten“, wie es der Gesetzgeber angestrebt hat (vgl. die Motive, UFITA 65 (1965 II), S. 240 (295)).

1654 Gemeint ist hiermit z. B., dass in erster Linie andere geistig Schaffende ein Interesse daran haben, auf bestehenden Werken aufzubauen und diese frei zu verwenden oder sogar selbst weiterzuentwickeln. Dieses Interesse wird durch den Vorbehalt des Bearbeitungsrechts erheblich beeinflusst. Durch eine (zeitliche) Begrenzung des Urheberrechts kann die Weiterentwicklung und Fortführung bereits geschaffener Werke gewährleistet werden, z. B. um dem Bedürfnis eines veränderten Zeitgeistes oder Modeerscheinungen gerecht zu werden. Wie schon erwähnt wurde (s. o., Punkt IV.B.3) besteht an der Weiterentwicklung insbesondere

kulturellen Entwicklung und dem freien Wettbewerb<sup>1655</sup> (kultur- und wirtschaftspolitisches Argument) und b) am freien Zugang zum Werk (freier Informationsfluss)<sup>1656</sup> schutzwürdig.

Zumindest an den beiden letztgenannten Positionen sollte deutlich geworden sein, dass diese Darstellung stark vereinfacht wurde. Alle Interessen sind sehr eng miteinander verwandt und verzahnt und nur bei hohem Abstraktionsgrad klar voneinander zu trennen. Auch wird die dargestellte Interessensituation von Fall zu Fall und von Schutzgut zu Schutzgut zum Teil erheblich variieren.

Die Ausgleichsfunktion der Schutzbegrenzung ist also von wesentlicher Bedeutung für das Urheberrecht<sup>1657</sup>. Die Problematik hat auch eine verfassungsrechtliche Dimension, als hierdurch der nach Art. 14 Abs. 1 und 2 GG vorzunehmende Interessensausgleich berührt wird. Das geistige Eigentum am Werk nimmt gegenüber anderen Vermögensrechtsgütern und insbesondere auch dem Sacheigentum eine Sonderstellung ein. Diese rechtfertigt, dass das Eigentum am Werk, anders als das Eigentum an der Sache, nur zeitlich beschränkt gewährt wird. Hierauf wurde an anderer Stelle bereits ausführlich eingegangen<sup>1658</sup>.

dann auch ein erhebliches Interesse der Allgemeinheit, wenn es um besonders funktionsorientierte Gegenstände des Werkschutzes, wie der Wissenschaft oder technischen Gütern, geht. Die Schutzdauer steht damit auch in einem engen Zusammenhang mit den Interessen an wissenschaftlichem und technischem Fortschritt.

1655 So *Schulze*, S. 293.

1656 Dies Interesse wird u. a. (Näheres hierzu sogleich im Haupttext) dadurch gekennzeichnet, dass die durch Urheberrechte entstehenden Vergütungsansprüche zu einer Verteuerung des Geistesgutes führen, die manch einen daran hindern mag, wertvolle Inhalte zu konsumieren. Ausführlich zur Ausgleichsfunktion der urheberrechtlichen Schutzfrist *Beier*, Kapitel 2, Punkt D, S. 97 – 107. Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung einzelner, hier genannter Punkte, vgl. oben Teil 1, Kapitel 2.

1657 So auch *Beier*, z. B. S. 106 f.

1658 Siehe hierzu schon oben, Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.1.b).

B) Die Übertragbarkeit der gesetzlichen Wertungen für eine lange Schutzdauer auf technisch-funktionale Schutzgüter – Interessenungleichgewicht durch pauschale Schutzfristregelungen

1) Sinn und Zweck einer Schutzfrist p. m. a. für technisch-funktionale Schutzgüter

a) Aus Sicht des Alimentationsinteresses der Urheber und ihrer Erben

Zunächst soll überprüft werden, inwiefern die oben pauschal dargestellten Interessen bei modernen Schutzgütern durch eine lange Schutzdauer überhaupt gesichert oder zumindest tangiert werden. Diese Abwägung soll nicht vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund vorgenommen werden, da nicht Ziel der Ausführungen ist, die Zulässigkeit bestimmter Fristen am Grundgesetz zu überprüfen. Im Fokus sollen auch hier allein die konzeptionellen regelungstechnischen Fragen stehen<sup>1659</sup>. Es wurde auch bereits festgestellt<sup>1660</sup>, dass das Bundesverfassungsgerichts dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Urheberrechts einen weiten Entscheidungsspielraum einräumt. Damit ist grundsätzlich davon auszugehen, dass eine angemessene Anpassung der Schutzdauerregelungen nicht die Eigentumsgarantie oder andere grundrechtlich geschützte Interessen des Urhebers verletzt. Eine nähere Beurteilung ließe nur eine Interessenabwägung am konkreten Fall zu, die hier wegen der Abstraktion der Darstellung nicht möglich erscheint.

Schon auf Seiten der Interessen der Rechtsinhaber, die bei einer Bemessung der Schutzdauer berücksichtigt werden müssen, zeigt sich, dass eine über den Tod des Berechtigten hinaus währende Frist, gerade bei dem Schutz schnelllebiger, wirtschaftlich ausgerichteter Werke wie Computerprogrammen, Datenbanken oder auch Stadtplänen, Zeitungsartikeln und anderen Werken der kleinen Münze faktisch sinnlos ist.

Dies gilt zunächst aus Sicht des Versorgungsgedankens des Urhebers. Es drängt sich auf, dass bei den genannten Werkformen jeglicher Wert im Zweifel schon sehr viel früher erloschen ist. Eine Versorgung der Erben eines Urhebers von einem 100 Jahre vorher verstorbenen Urheber durch Auswertung seiner damals programmierten

1659 Bei einer Einzelfallprüfung könnten allerdings die hier gefundenen Ergebnisse auch im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Prüfung, im Rahmen einer dort vorzunehmenden Interessenabwägung, herangezogen werden.

1660 Siehe oben Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.2).

Datenbank oder seines Zeitungsartikels erzielen zu können, ist denkbar abwegig<sup>1661</sup>. Ein Interesse an einer derartig langen Schutzdauer besteht mithin auch aus vermögensrechtlichen Gesichtspunkten nicht<sup>1662</sup>.

Dies gilt umso mehr, als in den meisten Verwertungskontexten mit technisch-funktionalen Gütern nicht der Urheber, sondern die Kulturindustrie<sup>1663</sup> das Recht auswertet. Ist dies – beispielsweise bei angestellten Urhebern oder solchen, die ihre Verwertungsrechte durch andere Verträge umfassend einem Dritten übertragen – der Fall, wird den Interessen des Schöpfers und seiner Erben an einem „*verdienten Lohn für die geistige Schöpfung*“<sup>1664</sup> nicht über eine lange Schutzdauer gedient<sup>1665</sup>. Die lange Schutzdauer kommt dann nur noch den wirtschaftlichen Interessen der Verwerter zugute. Dies ist von der in den Motiven zum Ausdruck gebrachten Begründung für ein postmortales Ausschließlichkeitsrecht, soweit diese auf den Alimentationsgedanken abstellt, indes nicht gedeckt<sup>1666</sup>.

Dies kann bei schöpferischen Gütern, die von freischaffenden Künstlern hervorgebracht werden, jedoch anders sein. Während eine Symphonie u. U. auch nach 100 Jahren noch mit dem gleichen Interesse gehört wird, ist das funktionsorientierte Computerprogramm bis dahin längst wertlos. Es stellt sich daher die Frage, ob die pauschale Gleichbehandlung aller Werke gerechtfertigt sein kann bzw. anhand welcher Aspekte man Differenzierungen vornehmen sollte.

Das Alimentationsinteresse des Urhebers begrenzt sich an der wirtschaftlichen Verwertungsfähigkeit des Gutes. Diese gilt es mithin in zeitlicher Hinsicht bei der Bewertung der Interessen der Schöpfer an der Länge der Schutzfrist einzubeziehen. Hierbei zeigt sich das Problem, dass es sich bei der wirtschaftlichen Verwertungsfähigkeit um einen sehr fallbezogenen Faktor handelt, der in einen abstrakten Kontext kaum sinnvoll einbezogen werden kann. Daher empfiehlt es sich, bei der Beurteilung der Interessenlage auf objektive Umstände zurückzugreifen, denen im Rahmen einer Einschätzung der Nutzungsdauer Indizwirkung zukommt.

1661 Bei Arbeitnehmerschöpfungen vermag der Versorgungsgedanke, wie er in den Motiven (UFITA 45 (1965 II), S. 240 (295) formuliert ist, auch nicht immer zu überzeugen. Ein angestellter Urheber wird seinen „*verdienten Lohn für die geistige Schöpfung*“ im Zweifel nicht über die Auswertung eines konkreten Rechts erlangen, sondern nur über erfolgreiche Verhandlungen bei Abfassung des Arbeitsvertrages. Die lange Schutzdauer kann dann nur noch dem Verwerter bei der Amortisierung seiner Investitionen dienen. Zu dessen Interessen siehe sogleich.

1662 Diesbezüglich zu wenig differenzierend *Beier*, S. 98 und 106, der meint, das materielle Interesse der Urheber wäre ewig.

1663 *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (992).

1664 So die Motive, UFITA 45 (1965 II), S. 240 (295).

1665 Diesem Zweck können in solchen Konstellationen allein vertragsrechtliche Schutznormen dienen (siehe auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (994)).

1666 UFITA 45 (1965 II), S. 240 (295).

Dem Aspekt der Funktionsdeterminierung des Werkes kommt in diesem Zusammenhang wesentliche Bedeutung zu. Dies wird evident, wenn man sich vor Augen führt, dass ein Werk, das nicht bestimmt ist, eine spezielle Funktion zu erfüllen, diese nicht verlieren kann. Es kann also nicht überholt werden. Seine wirtschaftliche Verwertbarkeit richtet sich dann nur nach dem Geschmack der Nutzer, evtl. nach seiner Qualität und anderen, direkt mit dem Werk in Verbindung stehenden Faktoren. Anders als der Zweck ist der Geschmack als Funktionsbeschreibung zeitlos, da er selbst nicht wertbezogen ist. Dem Geschmack zu entsprechen führt mit Zeitablauf nicht zur Nutzlosigkeit, Geschmack hat keinen Nutzen. Er kann sich verändern, wodurch das Werk evtl. einmal mehr, einmal weniger wert sein kann. Niemals wird dies jedoch unbrauchbar sein, weil es dem Zeitgeist oder der Mode nicht entspricht.

Je funktionaler das Erzeugnis jedoch ist, desto abhängiger ist es – denn das besagt gerade das Attribut „funktional“ – auch von der Funktion, die es zu erfüllen hat. Wenn die Anforderungen an die zu erfüllende Funktion sich mit der Zeit ändern, wird das Werk in der gleichen Zeit wertlos, da andere an seine Stelle treten können und müssen. Diese Abhängigkeit wird umso enger, wenn die Nutzung des Werkes einer Verarbeitungstechnologie bedarf.

Bis zu dem Zeitpunkt der Wert- und Nutzlosigkeit muss der Berechtigte im Sinne der Gesetzesbegründung hinreichend Zeit gehabt haben, sein Werk zu verwerten. Ein darüber hinaus gehendes materielles Schutzinteresse, sei es aus Sicht der Versorgung, sei es aus Sicht der Investitionsamortisierung besteht nicht und es flammt auch nicht wieder auf.

Die aufgrund dieser Überlegungen sich ergebende Diskrepanz zwischen einer 70 Jahre p.m.a währenden Schutzfrist und den faktischen Anforderungen an eine solche Regelung wird besonders im Online- und IT-Bereich deutlich, wo die Entwicklung schnell vorangeht und zwar sowohl im Hardware- als auch im Content-Sektor, zwischen denen enge Abhängigkeiten bestehen.

Insbesondere Gebrauchsgüter aus dem Software- und im Datenbank-Bereich unterliegen neben den Anforderungen eines umkämpften Wettbewerbs auch denen der die Daten verarbeitenden Technologie. Hieraus ergibt sich eine wechselseitig wirkende Dynamik. Die Software- treibt die Hardware-Entwicklung voran und umgekehrt. Auch aufgrund der Interaktion verschiedener Software untereinander ergibt sich eine erhebliche Entwicklungsgeschwindigkeit. Dadurch, dass vor allem Anwendungssoftware sehr stark von dem verwendeten Betriebssystem abhängig ist, ist diese an die Veränderungen desselben gebunden. Man könnte sagen, Software ist von der Umgebung abhängig, in der sie eingesetzt wird<sup>1667</sup>.

1667 Balzert, Lehrbuch der Software Technik, S. 27. Auch zur Nutzung der in noch kürzeren Intervallen weiterentwickelten Prozessoren sind zum Teil Software-Anpassungen notwendig. Der Personal-Computer bildet hinsichtlich seiner verschiedenen Hard- und Softwareelemente eine Einheit, die in sich stimmig sein muss, um die ständigen Weiterentwicklungen, v. a. im Hardware-Bereich, überhaupt nutzen zu können. So ist ein Prozessor-Upgrade nur sinnvoll,

Auf diese Weise werden von der hohen Entwicklungsgeschwindigkeit auch digitale Werke erfasst, die sich nicht durch ihre hohe Funktionalität auszeichnen. Dies gilt z. B. für Computerspiele, die dem Vergnügen des Anwenders dienen sollen. Man kann nicht sagen, dass diese mit der Zeit nutzlos werden, da sie keinen realen Nutzen haben, sondern der Erbauung dienen. Aufgrund des Interaktionsbedürfnisses mit den Betriebsprogrammen unterliegen auch Computerspiele der hohen Entwicklungsgeschwindigkeit<sup>1668</sup>. Software, Web-Seiten oder ähnliche Werke, die in erster Linie oder ausschließlich für die Nutzung über das Internet entwickelt werden, unterliegen wiederum den dortigen technischen Anforderungen, z. B. dem verwendeten Übertragungsprotokoll oder der verfügbaren Browser- und Client-Software.

Es kann hier nicht im Einzelnen geklärt werden, für welche Dauer Computerprogramme genutzt werden können. Nach einer beispielhaft aufgeführten Stimme aus der technischen Literatur soll Anwendungssoftware heute einen Lebenszyklus von 10 bis 15 Jahren aufweisen, Systemsoftware von rund 6 Jahren<sup>1669</sup>. Mit dem Ende

wenn auch die periphere Infrastruktur wie Grafikkarte, Arbeitsspeicher und Festplatte angepasst wird, um bei bestimmten Anwendungen eine verbesserte Leistung zu erreichen. Auf der anderen Seite ist auch die Software anzupassen, wenn die Hardware-Ressourcen, etwa eines neuen Prozessors, effektiv genutzt werden sollen. So kann z. B. die Leistungssteigerung durch den Einsatz von Multiprozessorsystemen nur realisiert werden, wenn auch das Betriebssystem und die Anwendungssoftware hierfür optimiert sind.

1668 Zwar ist Abwärtskompatibilität bei Computersystemen zumeist wenigstens eine zeitlang gegeben. Diese wird jedoch regelmäßig nicht für lange Dauer gewährleistet. So sind z. B. Videospiele generell gar nicht abwärtskompatibel. Neue Konsolen verwenden z. T. sogar andere Datenträger, die alten Programme können dann nicht mehr verwendet werden. Auch im PC-Bereich tritt ein Ende der faktischen Nutzungsdauer häufig spätestens dann ein, wenn alte Programme von neuen Betriebssystemen oder neuer Hardware nicht mehr unterstützt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es besonders das Verlangen nach immer neuen und realistischeren Computerspielen ist, das im *Consumer*-Bereich die rasante Entwicklungsgeschwindigkeit der Hardware ermöglicht. Dies führt einerseits auf die große Nachfrage und andererseits auf die Tatsache zurück, dass Computerspiele im Heimanwenderbereich die höchsten Anforderungen an die Hardware, vor allem an Prozessor- und Grafikleistung, stellen.

1669 Vgl. *Balzert*, Handbuch der Software Technik, S. 35. Mit „einer Software“ meint *Balzert* in diesem Kontext nicht eine Version eines Programms, sondern das Programm als solches (z. B. Microsoft Word), das während der Dauer seines Einsatzes ständig angepasst wird (ebd., S. 34). Die urheberrechtliche Beurteilung der Frage, ob es sich bei dieser Software um „ein Computerprogramm“ handelt, kann u. U. anders ausfallen. Hierbei ist zu bedenken, dass das Textverarbeitungsprogramm ein Konglomerat von einer Vielzahl von Einzelprogrammen darstellt, die in den meisten Fällen – soweit sie einzeln verwendungsfähig und verwertbar sind – auch für sich geschützt sein werden. Die von *Balzert* beschriebene Anpassung erfolgt zum Teil in Form von größeren oder kleineren *Upgrades*, zum Teil aber auch durch Hinzufügung von Teilen (etwa neuen Modulen oder *Plug-Ins*), also durch Ergänzung. Urheberrechtlich relevant sind v. a. *Upgrades*, die mit so intensiven Änderungen einhergehen, dass sie als Bearbeitung zu werten sind (vgl. *Ahn*, S. 100). An der bearbeiteten Version beginnt im Moment der Schöpfung eine eigene Schutzdauer zu laufen. Hiervon bleibt *de lege lata* die Schutzdauer

des Lebenszyklus' einer Software<sup>1670</sup>, die sich an den technischen oder praktischen Anforderungen begrenzt, erlischt auch das wirtschaftliche Interesse an weiterer Verwertung und damit das Alimentsinteresse des Urhebers und seiner Erben. Somit müssen, spätestens zu diesem Zeitpunkt die Allgemeininteressen, die bis dahin zurückgetreten sind, in den Vordergrund treten. Auch bei einer Einbeziehung der persönlichkeitsrechtlichen Interessen dürfte sich das Ergebnis kaum einmal ändern, da diese hier im Zweifel nicht von maßgeblicher Bedeutung sind<sup>1671</sup>.

Angesichts der Vielfältigkeit der Schutzgüter, der stark differierenden Nutzbarkeitszeiträume schon innerhalb einer bestimmten Werkart und der stetigen Veränderung der Umstände – jedenfalls im Bereich der Software- und Unterhaltungselektrotechnik<sup>1672</sup> – wird evident, dass eine einheitliche Bemessung nach dem Vorbild der geltenden Regelung kaum jedem Fall gerecht werden kann. Ebenso hat sich herausgestellt, dass die Dauer der Schutzfrist in § 64 UrhG in diesem Bereich regelmäßig weit über die schutzwürdigen Interessen der Berechtigten hinausgeht.

Dass diese Erkenntnis nicht nur auf moderne digitale Werkformen, sondern auch in Bezug auf traditionelle Werkgegenstände zutrifft, zeigt sich an folgendem Beispiel: Zu den Sprachwerken zählen gleichermaßen Zeitungsartikel, Romane und wissenschaftliche Abhandlungen. Tageszeitungsartikel, bezieht man die heute übliche Zweitverwertung auf Archiv- und Jahrgangs-CD-ROMs mit ein, dürften eine wirtschaftliche Lebensdauer von maximal 1,5 Jahren aufweisen, wonach allenfalls ein archivarischer oder historischer Wert verbleibt<sup>1673</sup>.

der Vorversion unberührt, obwohl die wirtschaftliche Verwertbarkeit der alten Version schnell abnimmt und nach kurzer Zeit ganz entfällt.

1670 Die Beurteilung, was „eine Software“ ist, braucht hier im Einzelnen nicht geklärt werden. Es genügt die Erkenntnis, dass nach geltendem Recht jedes Programm und auch Teile hiervon, um schutzfähig zu sein, „eigene geistige Schöpfungen“ sein müssen. Jedes Programm und jeder Programmbestandteil, das/der diese sehr geringen Schutzanforderungen erfüllt, genießt wiederum die volle Schutzdauer von 70 Jahren p. m. a. In den meisten Fällen werden damit die umgangssprachlich als „Programme“ bezeichneten Produkte (z. B. Microsoft Word) urheberrechtlich Werkverbindungen von vielen Programmen gem. § 8 oder § 9 UrhG sein (siehe letzte Fn.). Diese Wahrscheinlichkeit steigt mit der Komplexität der Programme. Beurteilt man auf Basis dieser Erkenntnis die Frage der Schutzdauer an den Bestandteilen sowie am Gesamtwerk, ergibt sich, dass jeder (schutzfähige) Teil und u. U. auch das Gesamtwerk eine gesondert zu berechnende Schutzfrist aufweist. Letzteres gilt für den – wohl eher seltenen – Fall, dass die Verbindung ein Sammelwerk darstellt, weil sie sich wegen der besonderen Auswahl und Anordnung der Elemente als persönliche geistige Schöpfung qualifizieren lässt, vgl. § 4 Abs. 1 UrhG.

1671 Siehe zu den ideellen Interessen an Software bereits oben, Teil 2, Punkt II.D.3).

1672 Gemeint sind hier insbesondere Computer- und Videospiele.

1673 Hiervon zu unterscheiden ist die Beurteilung der Schutzbedürftigkeit der auf der CD-ROM enthaltenen Inhalte selbst. Deren zeitliche Nutzbarkeit – oder z. B. auch die einer entsprechenden virtuellen Datenbank – kann wiederum ganz anders ausfallen.

Romane werden möglicherweise auch nach 5 oder sogar (bei großen Erfolgen) nach 50 oder mehr Jahren noch verkauft und wissenschaftliche Werke bleiben zum Teil über Jahrhunderte verwertbar.

Dies zeigt die Problematik bei einer Differenzierung der Schutzdauer nach der wirtschaftlichen Schutzbedürftigkeit. Schon innerhalb einzelner WerkGattungen können diesbezüglich große Unterschiede bestehen. So mögen unter den wissenschaftlichen Werken geisteswissenschaftliche, z. B. philosophische, Errungenschaften im Allgemeinen gegenüber z. B. ingenieurwissenschaftlichen Werken eine wesentlich längere Aktualität und damit Verwertbarkeit aufweisen. Je nach dem Erfolg und anderen Umständen, wie etwa dem weiteren Schaffen des Autors oder der bearbeiteten Thematik, kann die verwertungsrelevante Lebensdauer eines Romans zwischen vielleicht einem Jahr und mehreren Jahrhunderten liegen.

#### b) Aus Sicht des Investitionsschutzgedankens zur Schaffung von Anreizen für die Verwertungsindustrie

Auch in Bezug auf die Interessen an der Amortisation der Investitionsleistung, dem Vermarktungsvorsprung und dem wirtschaftlichen Gewinn kommen die gewonnenen Ergebnisse zum Tragen<sup>1674</sup>. Der maßgebliche Unterschied zu den Ausführungen unter a) liegt darin, dass der Schutz der Investitionsleistung auf andere Bedürfnisse zurückgeht. Investitionsschutz bedingt keine lange Dauer zur Alimentation der dahinterstehenden Personen, sondern vor allem einen *first mover advantage* bei der Vermarktung. Führt ein kurz bemessener Schutz zu Anfang der Verwertung nicht zur Amortisierung, wird diese im Allgemeinen gänzlich ausbleiben.

Insbesondere im Bereich der digitalen Gebrauchsgüter wird die Sicherung der Investitionen nicht durch die gegenwärtige undifferenzierte Schutzdauer, sondern durch die Anforderungen von Markt und Wettbewerb zeitlich begrenzt. Die Feststellung, dass aus Investitionsschutzgründen eine Schutzdauer von 70 Jahren p. m. a. für die weitaus meisten Werke nicht erforderlich ist, bedarf keiner ökonomischen Analyse<sup>1675</sup>. Sieht man in dem Investitionsschutzgedanken in erster Linie ein Anreizar-

1674 Vgl. hierzu die Argumentation des Bundesgerichtshofs (GRUR 1986, S. 895 (896) – Notenschbilder m. Anm. Schulze) in Bezug auf den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz.

1675 A. A. *Beier*, S. 130 f., der meint, um die aus kulturpolitischen Gründen wünschenswerten Investitionsanreize für die Verwerter zu schaffen, bedürfe es einer Schutzdauer von bis zu 70 Jahren. Die Begründung dieser Ansicht wird indes nicht ganz klar. *Beier* räumt ein, dass das Anreizinteresse eine derart lange Frist nicht decken könne. Die Legitimation erkläre sich jedoch daraus, dass „eine aufgrund zusätzlicher Einnahmen starke Verwerterindustrie indirekt auch die kulturelle Entwicklung fördern wird“, da sie die zusätzlichen Einnahmen in die Förderung neuer Urheber reinvestieren werde (ebd. S. 130). Unklar bleibt dabei, womit solche

gument für die Kultur- und Entertainmentindustrie, kann hiermit im Regelfall weder eine Schutzfrist von 50 noch von 100 Jahren gerechtfertigt werden<sup>1676</sup>. Das liegt schlicht an der Tatsache, dass die Amortisierung in solchen Zeiträumen keinen Anreiz für Investitionen schafft<sup>1677</sup>. Genauer gesagt kann oder will heutzutage – und es ist auch zu bezweifeln, ob dies jemals anders war – weder die herkömmliche Inhaltsindustrie noch die moderne Unterhaltungsindustrie bei ihren wirtschaftlichen Kalkulationen derartig lange Zeiträume überschauen<sup>1678</sup>.

Investitionen müssen sich vielmehr bei schnelllebigem Geistesgütern aufgrund ihres geringen Lebenszyklus' auch schnell amortisieren. Nach Ablauf einer relativ kurzen Dauer ist eine weitere Gewinnerzielung faktisch ausgeschlossen. Fällt also die schnelle Amortisation der Investitionen aus, ist das Produkt überholt. Ein späterer Erfolg ist nahezu kaum denkbar, es sei denn in einer veränderten Version oder Auflage (die ja als Bearbeitung wiederum einer eigenen Schutzfrist unterliegen kann).

Dies gilt insbesondere für die Computerprogramme. Dagegen kann ein Roman, der ebenfalls als Sprachwerk 70 Jahre p. m. a. geschützt wird, zunächst ein Misserfolg sein und nach Bekanntwerden des Autors (etwa durch ein anderes Werk), möglicherweise Jahre später, zum Kassenschlager werden. Der wesentliche Unterschied liegt in der hier fehlenden Abhängigkeit zu einer Verarbeitungstechnologie, die zur Vermittlung und Nutzung des Werkes notwendig wäre.

„zusätzlichen Einnahmen“ zu erwirtschaften sein sollen und welchen Zusammenhang *Beier* zwischen diesen und einer langen Schutzdauer sieht.

1676 So auch *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur* (Hrsg.), S. 83 (115), der darauf hinweist, dass bei der Schutzfrist für Computerprogramme „selbst die industrieökonomischen Beurteilungsmaßstäbe außer Sicht geraten“ seien. Eine wertungsmäßig gebotene Abwägung des Amortisationsbedürfnisses des Rechtsinhabers mit dem Interesse der Wissensverbreitung durch Nutzung im Wettbewerb habe „erkennbar gar nicht erst stattgefunden“. Dies sei auf eine industrie- und handelspolitische Überlagerung der Auseinandersetzung mit juristischen Problemstellungen gerade in Bezug auf die Immaterialgüterrechte zurückzuführen.

1677 Gleicher Ansicht *Schulte-Beckhausen*, S. 98.

1678 Auch die von *Beier*, S. 129 genannte Dauer von 35 Jahren, die vom US-Gesetzgeber bei der Schutzfristbestimmung als Amortisierungsrahmen jeglicher Investitionen angesehen wird (nach dieser Zeit kann der Urheber seine Lizenzerteilung gem. Sec. 203 (a) (3) US Copyright Act von Rechts wegen erstmals kündigen), scheint für die meisten Erzeugnisse der modernen Entertainmentindustrie zu lang.

## 2) Defizite aufgrund zu langer Schutzdauer

### a) Gestörte Interessenabwägung

Da sich die Unangepasstheit der Schutzdauer für eine große Zahl von Konstellationen aufdrängt, wurde in der Vergangenheit verschiedentlich auf die Notwendigkeit einer – gegenüber der „Einheitslösung“ des Urheberrechtsgesetzes – differenzierenden Konzeption hingewiesen<sup>1679</sup>.

Kritiker dieses Ansatzes halten dem in erster Linie entgegen, dass zu lange Schutzfristen faktisch keine ungerechtfertigten Folgen nach sich zögen, da sie ohnehin nicht ausgenutzt würden. Spätestens zu dem Zeitpunkt, an dem die wirtschaftliche Verwertbarkeit ende, würden auch die Schutzrechte nicht mehr geltend gemacht. Im Ergebnis würden also theoretisch überlange Ausschließlichkeitsrechte faktisch nicht zu zeitlich ungerechtfertigten Beschränkungen der Interessen an einer freien Nutzbarkeit geschützter Werke führen<sup>1680</sup>.

Die Argumentation scheint nur auf den ersten Blick überzeugend. Zuzugestehen ist dem, dass an einem wertlosen Gut kaum einmal Rechte geltend gemacht werden<sup>1681</sup>. Indes begegnet die These, überlange Schutzfristen seien faktisch unschädlich, nicht nur aus dogmatischer Sicht Bedenken. Bei näherem Hinsehen erweist sich die Argumentation auch als unschlüssig und schließlich ungeeignet, Vorbehalte gegen eine zu lange Schutzdauer auszuräumen. Tatsächlich bewirkt die pauschale An-

1679 Vgl. hierzu oben, Teil 3, Kapitel 4, Punkt I. Dagegen *Beier*, S. 129, der sich aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit für eine einheitliche Schutzfrist ausspricht.

1680 Vgl. etwa *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 30; *Kolle und Nordemann* laut *Schulze*, ZUM 1985, S. 33 ff. (36); *Reimer*, GRUR 1981, S. 572 (575); *Kindermann*, GRUR 1985, S. 1008 (1012).

1681 Hierin liegt eine weitere Besonderheit urheberrechtlich geschützter Werke. Deren Wert definiert sich, jedenfalls bei veröffentlichten Werken, dadurch – sieht man wiederum von etwaigen ideellen Werten für den Schöpfer ab –, dass Nachfrage an ihrem Nutzen besteht. Damit tritt *Wertlosigkeit* ein, wenn kein Interesse der Konsumenten (mehr) besteht. Das Werk ist damit für den Rechtsinhaber – mehr noch als eine Sache – Gegenstand wirtschaftlicher Interessen. Es ist allein zur Vermarktung bestimmt. Da die eigene Nutzung aufgrund der Ubiquität des Gutes, gleichzeitig ohne Weiteres möglich ist (sog. „Grundsatz der Nichtrivalität der Nutzung“, vgl. *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 103), wird diese generell nur dann im Vordergrund stehen, wenn sich eine wirtschaftlich lukrative Verwertung nicht realisieren lässt. Anders ist dies beim Sacheigentum, das in Bezug auf die Simultannutzung Knappheitsgrenzen unterliegt. Neuralgischer Punkt bei der Schicksalsbestimmung des Werkes ist die Veröffentlichung. Indem er sein Werk der Allgemeinheit verfügbar macht, signalisiert der Urheber auch, dass er dies zukünftig den Gesetzen des Marktes unterstellen will. Hiermit einher geht eine Aufgabe gewisser Kontrollmöglichkeiten. Vgl. Weiteres zum Vorgang der Veröffentlichung aus urheberrechtlicher Sicht oben in Fn. 633.

wendung des § 64 UrhG auf alle Werkarten, dass freier Zugang durch die Allgemeinheit bei dem Großteil urheberrechtlich geschützter Werke erst lange nach dem Erlöschen jeglichen faktischen und wirtschaftlichen Nutzwerts entsteht. Realistisch gesehen werden damit viele Güter durchaus „ewig“ geschützt<sup>1682</sup>, wenn „ewig“ konsequenterweise mit der Lebensdauer des Schutzgutes gleichgesetzt wird<sup>1683</sup>.

Aus diesem Blickwinkel betrachtet wäre es also inkonsequent, einerseits der heute wohl a. M. zu folgen, nach der ein ewiger Urheberrechtsschutz nicht interessengerecht ist, und andererseits die Ansicht zu vertreten, eine zu lange Schutzdauer stelle wegen des vorher abgelaufenen Nutzwertes kein relevantes Problem dar. Dies gilt jedenfalls solange, wie man – wie vorliegend – Aspekte des Persönlichkeitsrechtsschutzes außer Acht lässt.

Verbleibt bei unpersönlich-funktionalen Gütern die monetäre Wertschöpfung als einzige Rechtfertigung für ein Monopolrecht (ist also eine ideelle Beziehung nicht vorhanden), ergibt sich bei einer zu langen Schutzfrist die Konsequenz, dass die Interessen der Allgemeinheit bei der Abwägung im Rahmen der Schutzdauer faktisch unberücksichtigt bleiben<sup>1684</sup>. Eine Regelung, nach der der Berechtigte allein die Entscheidungsgewalt darüber hat, das Werk solange auszuwerten, wie dies Gewinn bringend ist, wird dem Ziel der begrenzten Schutzdauer nicht gerecht. Immerhin liegt dies darin, das Werk nach einer – im Hinblick auf die Amortisierungs- und Alimentationsinteressen – angemessenen Zeitspanne in die Allgemeinfreiheit zu entlassen. Obliegt diese Entscheidung aufgrund der Diskrepanz zwischen Schutzdauer und Verwertungsfähigkeit allein dem Rechtsinhaber, kommt es hierzu erwartungsgemäß erst dann, wenn an dem Werk kein Interesse mehr besteht. Besteht dagegen ein Nutzungsinteresse über die Schutzdauer hinaus, etwa bei dem Werk großer Künstler, entsprechen die hinter der Schutzdauerbegrenzung stehenden Grundwertungen der Interessenlage. Der Berechtigte darf so lange auswerten, wie es angesichts der entgegenstehenden Belange der Allgemeinheit als angemessen erscheint. Erst danach wird das Werk – soweit nicht die Schutzdauer bereits vorher endet – frei. Hieran zeigt sich, dass es die wenigen Meisterwerke der Hochkultur sind, die bei der geltenden Schutzdauerregelung Pate gestanden haben<sup>1685</sup>. Das Bedürfnis nach differenzierenden Schutzdauerlösungen zur Herstellung von Interessengerechtigkeit drängt sich im Zuge dieser Erkenntnis auf.

Im Übrigen basiert die Annahme einer gewissen „selbstregulativen“ Verkürzung der Schutzdauer in Form einer „Freigabe“ durch den Rechtsinhaber ab dem Zeit-

1682 Gleicher Ansicht *Götte*, S. 139; *Schulte-Beckhausen*, S. 224 für den Bereich des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes.

1683 Kritisch steht dem auch *Schulze*, S. 292; ders. GRUR 1987, S. 769 (777) gegenüber, der meint, hiermit gehe eine erhebliche Verschiebung der Gewichtung von Allgemein- und Individualinteressen einher.

1684 *Schulte-Beckhausen*, S. 224; *Götte*, S. 139; *Quiring*, WRP 1985, S. 684 (689).

1685 Dies kann man auch den Motiven entnehmen, vgl. UFITA 45 (1965 II), S. 240 (295 f.).

punkt der Verwertungsunfähigkeit auch auf einem Zirkelschluss. „*What is worth copying is prima facie worth protecting*“<sup>1686</sup>, heißt es insofern zutreffend. Diese Aussage basiert auf der Erkenntnis, dass ein Werk, das (noch) genutzt wird, auch verwertungsfähig ist. Einen Zeitpunkt, an dem ein Werk genutzt wird und der Rechtsinhaber an der Partizipation hieran kein Interesse mehr hat, gibt es daher potenziell nicht. Eben hierauf fundiert jedoch die These von der Unbedenklichkeit zu langer Schutzfristen.

Selbst wenn man davon ausgehen will, dass dies nicht zuträfe, kann die Theorie von der faktischen zeitlichen Begrenzung von Schutzrechten jedenfalls aus Sicht der Rechtssicherheit für den Nutzer nicht befriedigen. Dieser kann den Willen des Rechtsinhabers, die Rechte an seinem Werk nicht mehr geltend machen zu wollen, nicht erkennen. Hierfür bedürfte es einer eindeutigen, nach außen erkennbaren Handlung, die eine solche Willensentschließung erkennen ließe. Einen ausdrücklichen Verzicht auf die Geltendmachung von Rechten am Werk für die Zukunft wird der Rechtsinhaber indes kaum erklären. Ein solcher wäre gesetzlich auch gar nicht möglich<sup>1687</sup>. Somit verbleibt dem Nutzer allein, sich darauf zu verlassen, dass der Rechtsinhaber seine Rechte im Zweifelsfall nicht geltend machen werde. Seine Rechtsposition bei der Verwertung noch geschützter Werke ist damit stets von Unsicherheit geprägt.

Dass dies zu großen praktischen Problemen bei der Verwertung von alten Werken führt, zeigt sich an der Bedeutung, die dem Thema der „verwaisten Werke“ mittlerweile zugemessen wird<sup>1688</sup>. Die Bereitstellung und Archivierung von Werken zu kulturellen Zwecken wird bei deren „Verwaisung“ erheblich behindert. In aller Regel ist die Verwaisung auf eine allzu lange Schutzdauer zurückzuführen. Je länger die Schutzdauer bemessen ist, desto wahrscheinlicher wird, dass sich die Spur des Rechtsinhabers noch vor Ablauf des Schutzrechts verliert und das Werk – soweit nicht besondere Regelungen für derartige Fälle existieren – nicht mehr genutzt wer-

1686 Der Nachweis zu diesem Zitat findet sich oben, Fn. 837.

1687 Ein genereller Verzicht auf das Urheberrecht an sich (also nicht nur dessen Geltendmachung) ist nach deutschem Urheberrecht nicht möglich, vgl. nur *Dreier/Schulze-Schulze*, vor § 12, Rdnr. 12. Im Übrigen kann auch nicht auf die Geltendmachung aller Rechte und Ansprüche verzichtet werden. Dies gilt z. B. für gesetzliche Vergütungsansprüche gem. § 63a UrhG und für die Ansprüche auf angemessene Vergütung gem. § 32 Abs. 3 Satz 1 UrhG und weitere Beteiligung (§ 32a Abs. 3 Satz 1 UrhG). Entsprechende Erklärungen wären daher unwirksam. Dies gilt in Bezug auf den Anspruch auf angemessene Beteiligung gem. § 32 Abs. 3 Satz 2 UrhG auch für Umgehungsgeschäfte.

1688 Auch als „orphan works“ bezeichnet. Hiermit gemeint sind Werke, die zwar noch geschützt sind, die aber nicht mehr vom Rechtsinhaber ausgewertet werden und deren Rechtsinhaber auch nicht mehr ausfindig gemacht werden kann, vgl. zu diesem Themenkomplex das Grünbuch der EU „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft“, KOM(2008) 466/3 von August 2008, S. 10; Hugenholtz et al., S. 159 ff. Vgl. auch *Kreutzer*, *Verwaiste Werke*, S. 46 ff.

den kann. In verschiedenen Ländern, wie u. a. den USA und Kanada, werden mittlerweile Lösungen für die Problematik gesucht<sup>1689</sup>. Dies gilt auch für die EU, die dem Thema in ihrem aktuellen Grünbuch zur „Knowledge Economy“ einen eigenen Abschnitt gewidmet hat<sup>1690</sup>.

Vor diesem Hintergrund bleibt festzuhalten, dass die Schutzfrist erhebliche Auswirkungen auf die Nutzbarkeit von Werken und damit auf den urheberrechtlichen Interessensausgleich hat. Diese Auswirkungen werden nicht faktisch dadurch abgeschwächt, dass der Rechtsinhaber das Recht – möglicherweise – nicht mehr ausübt<sup>1691</sup>. Der Gesetzgeber ist vielmehr gehalten, die Schutzdauer angesichts der durch das Urheberrecht betroffenen Interessen auszutarieren.

## b) Exkurs: Auswirkungen der Schutzdauer auf die Funktion des Wettbewerbs

Wie an verschiedenen Stellen dieser Arbeit hervorgehoben wurde, steht bei unpersönlichen, v. a. technisch-funktionalen Schutzgütern, die wirtschaftliche Verwertung und nicht etwa der Schutz ideeller Interessen des Urhebers im Vordergrund. Angesichts dieser maßgeblichen Eigenschaft solcher Werke als funktionsdeterminierte Wirtschaftsgüter, unterliegen diese nicht zuletzt den Anforderungen eines funktionsfähigen Wettbewerbs<sup>1692</sup>. Auch die Schutzdauer hat diesen Anforderungen gerecht zu werden. Hätte eine zu lange Schutzdauer negative Auswirkungen auf den Wettbewerb, wäre die Regelung dysfunktional. Auch dies spräche gegen die These, dass zu lange Schutzfristen sich nicht negativ auswirken.

Zwischen Schutzrecht und Wettbewerb bestehen u. a. insoweit Schnittstellen, als jedes rechtliche Monopol den freien Wettbewerb beschränkt. Das Urheberrecht gibt mit seinen Ausschließungsrechten dem hiervon Begünstigten zum einen die Möglichkeit an die Hand, die Vermarktung des Schutzgutes auf dem Primärmarkt und – je nach der Reichweite des Rechts – auch auf den Folgemärkten<sup>1693</sup> zu kontrollieren, und zum anderen, Konkurrenten von der Weiterverwertung gleicher Erzeugnisse

1689 Vgl. zu dem US-amerikanischen Entwurf z. B. Peukert, *GRUR Int.* 2006, S. 786; Kreuzer (auch zum kanadischen Entwurf), ebd., S. 19 ff.

1690 Ebd. (siehe Fn. 1688), S. 10 ff.

1691 Gleicher Ansicht Dietz in FS Schön herr, S. 111 (115).

1692 Ullrich in Schrick er/Dreier/Kur, S. 92 sieht die Abhängigkeiten von Schutzrechten und Wettbewerb wie folgt: das Schutzrecht diene nur dem Wettbewerb mit den geschützten Gütern. Gleichzeitig sei es konstitutiv für den Wettbewerb. Es bilde die Rahmenregelung, die den Markt für die Hervorbringung und die Verwertung der Immaterialgüter in unkörperlicher oder körperlicher Form erst ermögliche.

1693 Vgl. hierzu Dreier in Schrick er/Dreier/Kur, S. 51 ff. (etwa 60). Der Primärmarkt besteht hiernach in der Auswertung der Primärleistung (z. B. eines Films – vgl. Dreier, ebd. S. 52). Die Folgemärkte werden mit Folgeleistungen bedient, wie etwa beim Merchandising.

auszuschließen<sup>1694</sup>. Es wird daher z. T. vertreten, dass unausgewogene Monopolrechte die Funktionen des Wettbewerbs bei der Verwirklichung ökonomischer und gesellschaftspolitischer Ziele empfindlich beeinflussen können. Die Friktionen werden durch eine Expansion der Schutzrechte verschärft<sup>1695</sup>.

Die Thematik kann hier nicht vertieft dargestellt werden. Auch die Wettbewerbstheorie wird nicht einheitlich beurteilt, viele Punkte sind hier streitig. Die folgenden Ausführungen sollen daher nur dazu dienen, einen kurzen und stark vereinfachten Einblick in die urheberrechtlichen Implikationen auf den Wettbewerb zu geben, um damit aufzuzeigen, dass die Funktion und der Umfang von Schutzrechten Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Hierbei wird, vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen, von der Grundannahme ausgegangen, dass funktionierender Wettbewerb ein Ziel auch des Urheberrechtsschutzes an funktionalen Schutzgütern ist oder zumindest sein sollte. Hierbei gilt die Grundprämisse, dass Ausschließlichkeitsrechte sich bis zu einem gewissen Grad positiv auf Wettbewerb und Innovation auswirken, überbordende Schutzrechte jedoch negative Folgen nach sich ziehen<sup>1696</sup>.

Nach der heute herrschenden Wettbewerbstheorie versteht sich Wettbewerb als dynamisches Konzept<sup>1697</sup>, das keinen Selbstzweck, sondern wichtige Funktionen in der geltenden Wirtschaftsordnung erfüllt<sup>1698</sup>. Hierzu zählt etwa die Steuerung von Produktionsfaktoren, der Verhinderung von Marktmacht, die Antriebs- und Leistungsfunktion, die Auslese der beteiligten Unternehmen und nicht zuletzt auch die Förderung der Entstehung und Verbreitung von technischem Fortschritt<sup>1699</sup>.

Letztgenannte Funktion soll hier herausgegriffen werden, um die Auswirkung des Urheberrechts und dessen Schutzbegrenzung auf den Wettbewerb beispielhaft und stark vereinfacht zu skizzieren. Das Urheberrecht beeinträchtigt die freie Entwicklung, Erzeugung und Vermarktung bestimmter Formen geschützter Werke durch andere Mitbewerber<sup>1700</sup>. Es weist das Recht, identische und – aufgrund des Bearbeitungsrechts – abhängige Gestaltungen eines Werkes herzustellen und/oder zu verwerten ausschließlich einem bestimmten Rechtssubjekt zu. Damit wird der Bereich der Verwertung, Fort- und Weiterentwicklung von Werken zentralisiert, soweit der Schutz des Urheberrechts reicht. Dass dieser, besonders bei technischen Werken, auch und besonders gegenüber abhängigen Nachschöpfungen, mithin Weiterent-

1694 Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Urheberrecht jedenfalls ein Quasi-Monopolrecht darstellt, das unbewusste Doppelschöpfungen nur theoretisch gestattet. Vgl. hierzu oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(dd).

1695 Dreier in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 58 und 60.

1696 Siehe u. a. Hilty in *Ohly/Klippel*, S. 107 (115), der weiter darauf hinweist, dass ein Zuviel an Schutz stets zu einem Zuwenig an Wettbewerb führt.

1697 Vgl. zu dieser Theorie von einem funktionsfähigen Wettbewerb *Baudenbacher*, GRUR 1981, S. 19 (21), jeweils m. w. Nachw.

1698 *Langen/Bunte-Bunte*, Band 1, Einführung zum GWB, Rdnr. 63 ff.

1699 *Schulte-Beckhausen*, S. 53 m. w. Nachw.

1700 Vgl. hierzu ausführlich *Dreier in Schricker/Dreier/Kur*, S. 51 ff.

wicklungen, Anpassungen und Verbesserungen sehr weit gehend ist und dabei stetig ausgedehnt wird, wurde zuvor bereits dargestellt<sup>1701</sup>.

Wenn die Urheber auf den Leistungen anderer jedoch nicht oder nur sehr eingeschränkt aufsetzen können, kann dies negative Folgen für den Wettbewerb haben, da konkurrierende Güter nicht oder nur eingeschränkt vermarktet werden können<sup>1702</sup>. Wie erheblich sich dies auf den Funktionsauftrag des Wettbewerbs auswirken kann, hängt im Wesentlichen davon ab, welche Bedeutung das Schutzrecht im Einzelfall für einen bestimmten Markt hat.

Unter den vielen Faktoren, die für eine solche Beurteilung von Bedeutung sind, sei hier der Aspekt des Gestaltungsspielraums für ein bestimmtes Produkt herausgegriffen. Ist dieser sehr groß und der Schutzzumfang des Rechts nicht übermäßig weit, sind die Folgen eines Ausschließlichkeitsrechts auf eine mögliche Gestaltung für den Wettbewerb eher gering. Dies dürfte besonders für die klassischen Formen künstlerischer Werke gelten. Ist dagegen der Spielraum bei der Umsetzung bestimmter Konzepte oder Ideen in eine Gestaltung so stark begrenzt, dass von der ersten „Lösung“ unabhängige Schöpfungen faktisch nicht oder kaum möglich sind, wird der Einfluss auf den Wettbewerb merklich<sup>1703</sup>. Die gleiche Folge entsteht, wenn (zudem) der Schutzzumfang nicht in einem ausgewogenen Verhältnis zu den vorhandenen Gestaltungsspielräumen steht.

Nach einer Funktionstheorie wird Perfektion im Wettbewerb dadurch definiert, dass die oben genannten Ziele, also unter anderem der ungestörte technische Fortschritt, optimal erfüllt werden. Vor diesem Hintergrund stellen sich Monopolrechte wie das Urheberrecht als Eingriffe in den Wettbewerb dar, die aus Sicht des theoretisch anzustrebenden „vollkommenen Konkurrenzverhältnisses“ eines ungestörten Wettbewerbs grundsätzlich zu vermeiden wären<sup>1704</sup>. Allerdings sind die Schutzrechte zur Optimierung anderer Funktionen des Wettbewerbs wiederum unerlässlich und führen damit solange nicht zu Defiziten, wie sie in einem ausgewogenen Verhältnis zu den beeinträchtigten Faktoren stehen<sup>1705</sup>. Ab einem gewissen Umfang überwiegen jedoch die störenden Effekte wettbewerbsbeeinflussender Faktoren und sind zu vermeiden<sup>1706</sup>.

1701 Siehe etwa Teil 2, Punkt IV.B.2 und 3).

1702 Auch Hilty, ZUM 2003, S. 983 (992) weist hieraufhin: „jedes Schutzrecht wirkt sich mehr oder weniger deutlich auf die Kräfte des freien Wettbewerbs aus, entfaltet also nicht nur erwünschte Wirkungen, und bedarf daher stets besonderer Rechtfertigung.“

1703 Auch diese Folge ginge mit der Expansion des Schutzrechts und der Absenkung der Schutzuntergrenze des Urheberrechts einher: je geringer man die Anforderungen an einen Gestaltungsspielraum beurteilt, desto eher ist ein Monopolschutz von Ideen möglich, wenn bei deren Umsetzung in eine wahrnehmbare Form nur eine geringe Variationsbandbreite zur Verfügung steht.

1704 Schulte-Beckhausen, S. 54.

1705 Hilty in Ohly/Klippel, S. 107 (115).

1706 Baumbach/Hefermehl, 22. Auflage, Allg., Rdnr. 16a.

Aus dem Vorstehenden wird gefolgert, dass der Rechtsschutz im Hinblick auf das Argument des ungehinderten Fortschritts als Funktionsauftrag des Wettbewerbs in gewissen Grenzen unerlässlich sei. Das Recht erfülle hier die Aufgabe, dem Unternehmer einen Anreiz zu bieten, ein Produkt auf den Markt zu bringen. Zu diesem Zweck müsse ihm das Recht Sicherheit bei der Amortisierung seiner Aufwendungen bieten. Dies habe zu geschehen, indem mit dem Mittel des Ausschließlichkeitsrechts<sup>1707</sup> dem „Pionier“ einen Wettbewerbsvorsprung vor seinen Mitbewerbern für eine gewisse Dauer eingeräumt würde und er im zeitlichen Rahmen eines „*first mover advantage*“ vor Nachahmung geschützt werde. Die nach diesem Aspekt zu bemessende Dauer, man könnte sie als „reaktionsfreie Zeit“ bezeichnen, also als die Zeit, in der Mitbewerber nicht auf die Initiative des Erstinvestors mit Nachahmung reagieren dürfen<sup>1708</sup>, darf nach der genannten Funktionstheorie allerdings nur so lang bemessen sein, wie der Unternehmer braucht, seine Kosten zu amortisieren. Ansonsten bestehe die Gefahr, dass sich eine verfestigte Marktposition entwickeln könne, die zu einer – wiederum funktionswidrigen – dauerhaften Stellung wirtschaftlicher Macht ausgebaut werden könnte<sup>1709</sup>.

Um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu erhalten, ist es hiernach also notwendig, dass die Dauer einer Monopolgewähr mit dem Bedarf des Investors annähernd übereinstimmt<sup>1710</sup>.

Die sehr kursorische Darstellung der Schutzdauerproblematik aus Sicht der Wettbewerbstheorie lässt hier natürlich keine zwingenden Schlüsse zu. Insbesondere ist auch zu berücksichtigen, dass sich die genannten Erwägungen in erster Linie auf die gewerblichen Schutzrechte und dabei insbesondere auf das Patentrecht beziehen, dessen wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung anders zu beurteilen sein mag als die des Urheberrechts.

Dennoch steht – wie gesehen – auch der urheberrechtlich Schutz, v. a. in Bezug auf technische Werke, in einem Spannungsfeld mit technischem Fortschritt und Innovation<sup>1711</sup>. Dies gilt – abgesehen von der stetigen Expansion des Schutzrechts – insbesondere aufgrund der Schwierigkeit, hier den geschützten vom ungeschützten

1707 In der Tat ist ein Ausschlussrecht gegen die wirtschaftliche Auswertung durch Dritte zur Realisierung des *first-mover-advantages* auch das notwendige Mittel. Dahingegen würde ein bloßer Anspruch auf finanzielle Beteiligung zur Sicherung dieser investitionsschutzrechtlichen Funktion nicht genügen.

1708 *Jabbusch*, GRUR 1980, S. 761 (763).

1709 *Schulte-Beckhausen*, S. 54.

1710 *Schulte-Beckhausen*, S. 97; zum Patentrecht vgl. *Jabbusch*, GRUR 1980, S. 761 (763).

1711 So auch etwa *Dreier* in *Klumpp* et al. (Hrsg.), S. 261 (267), der meint, dass die überlangen Schutzfristen für Computerprogramme den Marktzutritt für nachfolgende Programmhersteller erheblich erschwere. Gleiches gelte auch für den Markt mit Mehrwertdiensten und –produkten.

Bereich abzugrenzen<sup>1712</sup> und der Tatsache, dass gerade bei neuen Formen von Computersoftware das Bedürfnis nach Konzept- bzw. Ideenschutz gegenüber dem Formenschutz vorherrscht<sup>1713</sup>. Die Wirkung des Urheberrechts auf die technische Innovation kommt damit zunehmend der von gewerblichen Schutzrechten gleich.

Das Fazit des Exkurses lautet daher, dass zwischen Urheberrecht und funktionierendem Wettbewerb Zusammenhänge bestehen, die durch eine Bemessung der Schutzdauer beeinflusst werden. Besonders im Bereich funktionsdeterminierter (wie technischer) Werke hat v. a. das urheberrechtliche Verfügungsrecht (weniger dagegen das Recht auf eine angemessene wirtschaftliche Beteiligung) Einfluss auf die Optimierung der wettbewerblichen Bedingungen für den technischen Fortschritt. Ist die Schutzfrist aufgrund des kürzeren Lebenszyklus' des jeweiligen Werkes zu lang bemessen, kann dies – jedenfalls nach der angesprochenen Theorie – negative Wirkungen auf das Funktionieren des Wettbewerbs entfalten.

### III) Fazit

Es hat sich gezeigt, dass verschiedene Faktoren gegen eine einheitliche urheberrechtliche Schutzdauer für alle Werkarten und Schutzpositionen sprechen. Die Anforderungen der Rechtsinhaber, der Nutzer und der Verwerter divergieren z. T. erheblich. Auch in Bezug auf den urheberrechtlichen Interessensausgleich und den Wettbewerb kommt angemessenen Schutzfristen eine wichtige Bedeutung zu. Dem trägt die Ausgestaltung im geltenden Urheberrecht nicht ausreichend Rechnung. Die starre Schutzfrist in § 64 UrhG erweist sich in vielen Fällen als wesentlich zu lang, was zu Interessenverschiebungen zu Gunsten der Rechtsinhaber (v. a. der Werkmittler) und dysfunktionalen Effekten führt, im Gegenzug jedoch zumeist keine nennenswerten Vorteile für die Berechtigten mit sich bringt. Immerhin spricht für die einheitliche Schutzdauer die hiermit einhergehende Rechtsklarheit. Ob dieser Vorzug indes die genannten Nachteile überwiegt, scheint fraglich.

1712 So sehen manche eine Trennung von Inhalt und Form bei Computerprogrammen, von individueller Schöpfung und Allgemeingut als kaum möglich an, vgl. v. *Hellfeld*, GRUR 1989, S. 471 (472 ff.); *König*, S. 141 ff.

1713 Anschaulich hierfür sind die Ausführungen von *Koch*, GRUR 2000, S. 191 ff. zu der sog. objektorientierten Software. Da in diesem Bereich im Rahmen der Implementierung von Konzepten nur sehr geringe Gestaltungsspielräume bestehen, müsse hier der Urheberrechtsschutz bereits bei der Konzeptionsgestaltung ansetzen, argumentiert *Koch* (ebd. S. 192). Diese mache den eigentlichen, den schutzbedürftigen Gegenstand objektorientierter Software aus. Damit werden auch die Anforderungen des Rechtsschutzes auf eine andere Ebene verlagert.

Im Falle einer Abkehr vom gegenwärtigen Modell in Richtung einer ausdifferenzierteren Lösung<sup>1714</sup> wäre zu erwägen, im Rahmen der Schutzdauer zwischen urheberpersönlichkeitsrechtlichen und verwertungsrechtlichen Positionen zu unterscheiden. Die vorgenannten Bedenken gegen unangemessene Schutzfristen greifen im Wesentlichen nur bei dem Schutz der materiellen Interessen Platz. Während ein postmortaler Schutz von Urheberpersönlichkeitsrechten – soweit diese überhaupt zu gewähren sind – nicht selten durchaus geboten sein wird, wird dies aus Sicht von Amortisierungs- und Alimentationsinteressen häufig nicht der Fall sein. Zudem greift der Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte weit weniger in die Verwertung des Werkes ein, da diese nicht bei jeder ungefragten Nutzung, sondern erst dann eingreifen, wenn ideelle Belange verletzt werden<sup>1715</sup>. Die Implikationen des ideellen Bestandteils des Urheberrechts auf Wettbewerb und Innovationen sind damit wesentlich weniger gravierend.

1714 Für eine Anpassung spricht sich auch *Schulze*, S. 291 ff. aus.

1715 Dies zeigt sich z. B. am Vergleich zwischen Entstellungsverbot (§ 14 UrhG) und Bearbeitungsrecht (§ 23 UrhG). Während das Bearbeitungsrecht sehr weitreichend gegen die Verwertung geänderter Werke schützt (siehe im Einzelnen oben, Teil 2, Punkt IV.B.3), greift das Entstellungsverbot erst ein, wenn die berechtigten geistigen und persönlichen Interessen des Urhebers gefährdet sind. Ob dies der Fall ist, wird im Rahmen einer Interessenabwägung beurteilt (*Dreier/Schulze-Schulze*, § 14, Rdnr. 16 ff.). Sind ideelle Interessen – wie bei unpersönlichen Werken generell – als untergeordnet anzusehen, sind Untersagungsansprüche aufgrund der Persönlichkeitsrechtsverletzung kaum denkbar. Es wurde schon darauf hingewiesen, dass sich aus diesem und anderen Gründen einige Stimmen dafür aussprechen, dass bei Computerprogrammen urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse gegenüber dem Verwertungsinteresse der Verwerter (z. B. der Arbeitgeber) generell zurücktreten sollten (s. o., Fn. 1573).

## *Kapitel 5: Zusammenfassung der Teile 1-3 in Thesenform*

These 1: Die Konstruktion des geltenden Urheberrechts hat als Leitbild den freischaffenden Schöpfer von traditionellen Kunstgegenständen wie klassischer Musik, Gemälden und Literatur, der seine Werke aus künstlerischer Überzeugung und einem inneren Zwang heraus unter idealistischen Gesichtspunkten gestaltet und dabei jedes zeitliche und finanzielle Opfer in Kauf nimmt. Es basiert auf einem zweigleisigen, naturrechtlich begründeten rechtsphilosophischen Begründungsansatz, der einerseits auf dem Gedanken des geistigen Eigentums und andererseits auf der Vorstellung von einer ideellen Bindung zwischen Urheber und Werk beruht. Beide Grundannahmen sind nach der traditionellen Vorstellung vom Urheberrecht untrennbar<sup>1716</sup>.

These 2: Die individualrechtlich dominierte Vorstellung von Funktion und Legitimation des Urheberrechts realisiert sich im Gesetz an verschiedenen Stellen. Dies gilt v. a. für das Schöpferprinzip, den Grundsatz der Unübertragbarkeit des Urheberrechts und den Begriff der Individualität. Letzter stellt sich bei einer Gesamtschau des Regelungsumfelds als urheberbezogenes Merkmal dar, nach dem sich das Werk als Geistesgut definiert, auf dessen Gestaltung der Schöpfer unter Einsatz höchstpersönlicher Eigenheiten einwirkt und zu dem der Urheber aufgrund der hierdurch entstehenden persönlichen Bindung eine innere Verbundenheit – Affinität – empfindet. An diesem Werkverständnis zeigt sich eine traditionell gewachsene, stark idealisierende Sicht vom Wesen des deutschen Urheberrechts<sup>1717</sup>.

These 3: Im Gegensatz zu der naturrechtlichen Fundierung des Urheberrechts ist die deutsche Verfassung gegenüber Gewähr und Ausgestaltung dieses Schutzrechts flexibel. Zwar ist das Urheberrecht verfassungsrechtlich in Art. 14, 2 Abs. 1, 1 Absatz 1 GG verankert. Hieraus ergeben sich indes weder konkrete Anforderungen an die Konzeption des Urheberrechts noch an dessen wesentliche Ausgestaltungsbereiche wie Zuordnung, Reichweite oder Schutzdauer. Vielmehr kommt dem Gesetzgeber bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein weiter Gestaltungsspielraum zu<sup>1718</sup>. Denkbar erschiene hiernach etwa, bei der Zuordnungsfrage nicht strikt auf das Schöpfer-, sondern eher auf ein Leistungsprinzip abzustellen, was bei Zugrundelegung der naturrechtlichen Fundierung nicht möglich wäre<sup>1719</sup>.

1716 Siehe Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.A und B).

1717 Siehe Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B).

1718 Siehe Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.2).

1719 Siehe Teil 1, Kapitel 2; Punkt II.A.2.b.bb.(4).

These 4: Copyright und *Droit D'Auteur* unterscheiden sich in ihren Begründungsansätzen grundsätzlich durch die sehr pragmatische Sicht und Ausgestaltung des Werkschutzes im angloamerikanischen Raum. Die neuere Entwicklung, zurückgehend auf die Umsetzung europäischer Richtlinien, hat nur zu punktuellen Angleichungen geführt. Eine grundsätzliche konzeptionelle oder rechtstheoretische Annäherung ist jedoch bislang ausgeblieben<sup>1720</sup>.

These 5: Eine Annäherung der beiden Urheberrechtssysteme Copyright und *Droit D'Auteur* ist zum Zwecke einer europäischen und internationalen Harmonisierung notwendig, bedarf aber grundlegender Reformen der einen oder anderen Rechtsfamilie. Ansonsten, etwa bei einer Inkorporation einzelner am Copyright orientierter Vorschriften in das deutsche Urheberrechtsgesetz, kommt es unweigerlich zu Störungen der systematischen und dogmatischen Integrität eines oder beider Modelle, die zu Legitimationsmängeln und Dysfunktionalitäten führen können<sup>1721</sup>.

These 6: Durch die Aufnahme der Computerprogramme in den Schutzbereich wurde ein Funktionswandel im deutschen Urheberrecht eingeleitet, der dessen Wesen langfristig verändern wird. Computerprogramme sind unpersönliche und technisch-funktionale Schutzgüter, die nicht der Rezeption durch die menschlichen Sinne dienen, sondern der Kommunikation mit einer Informationstechnologie zur Lösung technischer Problemstellungen. Der urheberrechtliche Begriff der Individualität beschreibt den Schutzgegenstand bei Computerprogrammen nicht zutreffend. Nicht ein ideelles Band zwischen Software und Urheber oder eine originelle Formgestaltung machen die Besonderheit und den Wert des Schutzobjektes aus, sondern Perfektion. Der Einfluss persönlicher Züge wird der Qualität des Programms eher abträglich, ideelle Interessen kaum vorhanden sein. Die Grundannahme des deutschen Rechts, dass solche Belange bestehen und einen persönlichkeitsrechtlichen Schutz geboten, der untrennbar mit dem Schutz materieller Interessen verbunden ist, geht hier fehl. Computerprogramme sind im geltenden Urheberrechtssystem daher Fremdkörper, deren Schutz nicht durch den monopolaren naturrechtlichen Begründungsansatz des Urheberrechts gerechtfertigt ist. Auch verlangen diese nach anderen Mechanismen als dem überkommenen Gestaltungs- und Formschutz, da sie sich mehr als andere Werke vorrangig durch Ideen und einen hohen Anspruch an wirtschaftliche Verwertbarkeit und Verkehrsfähigkeit auszeichnen<sup>1722</sup>.

1720 Siehe Teil 1, Kapitel 3).

1721 Siehe Teil 1, Kapitel 3 Punkt IV).

1722 Siehe Teil 2, Punkt II.D).

These 7: Die durch die Aufnahme von Computerprogrammen eingeleitete Entwicklung, technische Werke urheberrechtlich zu schützen, wurde mit dem Schutz von Datenbanken fortgeführt. Vor allem der urheber- und leistungsschutzrechtliche Schutz der Datenbanken birgt die Gefahr einer Monopolisierung von Informationen. Dies gilt insbesondere angesichts des zusätzlichen Schutzes von technischen Schutzmaßnahmen. Auch andere technische Werkarten werden in zunehmendem Maße urheberrechtlich geschützt<sup>1723</sup>. Die hierdurch herbeigeführte Ausweitung des Schutzbereichs führt in Verbindung mit anderen Faktoren zu einem Funktionswandel des Urheberrechts.

These 8: Auch der Schutzzumfang des Urheberrechts, wird stetig ausgeweitet. Dies führt schon jetzt zu einer wesensfremden Erstreckung auf den Schutz von Ideen, Know-how und den Werkgenuss<sup>1724</sup>. Die systemimmanenten Korrektive, z. B. die Schrankenbestimmungen oder die Regelung über die freie Benutzung, versagen angesichts der Expansion des Schutzrechts. Diese werden immer mehr zurückgedrängt, wodurch der gemeinfreie Bereich zunehmend eingeengt wird<sup>1725</sup>. Der durch das Urheberrecht herzustellende Ausgleich zwischen den Interessen der Allgemeinheit und der Rechtsinhaber ist dadurch in eine Schiefelage geraten. Diese allgemeine Entwicklung wurde durch die Einführung des „Schutzes technischer Maßnahmen“ erheblich verstärkt.

These 9: Theoretische Fundierung und tatsächliche Ausgestaltung des deutschen Urheberrechts kranken an einer mangelnden Differenzierung in Bezug auf die Interessenlage<sup>1726</sup> und die unterschiedlichen Anforderungen der Schutzgegenstände an das Recht. Die pauschale Gleichbehandlung aller Werkarten kann den aufgrund der Ausweitung des Schutzbereichs immer vielfältiger werdenden Konstellationen nicht mehr gerecht werden. Dies zeigt sich beispielhaft an der Begründung des Urheberrechts, dessen Zuordnungsprinzip, Reichweite und Schutzdauer<sup>1727</sup>.

These 10: Das überkommene Verständnis von Funktion und Leitbild des deutschen Urheberrechts stimmt nur noch bei einem Teil der Schutzgegenstände mit den Realitäten bei Werkschaffen und -verwertung überein. Es scheint daher ratsam, sich von der Annahme einer einheitlichen Funktion des Urheberrechts schon auf theoretischer Ebene zu lösen, da die Diskrepanzen zu problematischen Entwicklungen in der Rechtsanwendung und -auslegung führen können und industriepolitisch instrumentalisiert werden. Bei unpersönlichen Werken scheint die Eigentumsgarantie aus Art.

1723 Siehe Teil 2, Punkte III und IV.A und B).

1724 Siehe Teil 2, Punkte III und IV.B).

1725 Siehe Teil 2, Punkt IV.B).

1726 Zur diffizilen Interessenlage im Urheberrecht vgl. Teil, Kapitel 1, Punkt I.C).

1727 Siehe Teil 3, Kapitel 1-4).

14 GG als Begründung für einen Schutz des Werkes gegenüber einem unflexiblen und konturlosen „Naturrecht des Urhebers am Werk“, das sich jeglicher Legitimation entzieht, als höherrechtliche Fundierung vorteilhaft und ausreichend<sup>1728</sup>.

These 11: Die pauschale und uneingeschränkte Anwendung des Schöpferprinzips kann zu unangemessenen Ergebnissen führen, da das Investitionsinteresse der Kulturindustrie hierdurch vernachlässigt wird. Insbesondere bei unpersönlichen technisch-funktionalen, durch Zusammenwirken einer Vielzahl von Personen entstandenen, Gütern, deren Schöpfer austauschbar sind, ohne dass sich an der Gestaltung etwas ändern würde, scheint die hiermit einhergehende Vernachlässigung von Investitionsinteressen des Produzenten gegenüber den Interessen des Urhebers unangemessen. Hier treten im Vergleich zur kreativ-schöpferischen Arbeit Investitions-, Organisations- und andere Leistungen mitunter in den Vordergrund. Vor allem bei komplexen Multimediawerken, die zumeist arbeitsteilig hergestellt werden, wirkt sich die starre Zuordnungsregel etwa in Form einer Verkomplizierung des inner- und außerbetrieblichen Lizenzmanagements und Gefahren für die getätigten Investitionen negativ aus. Eine differenzierende Regelung der Zuordnungsfrage erschiene daher sach- und interessengerechter. Diese könnte auf einem Schutzsubjekt bezogenen Leistungsprinzip basieren, nach dem entscheidend sein sollte, wessen Beiträge für die Entstehung des Arbeitsergebnisses von vorrangiger Bedeutung sind und wie die Interessen der Beteiligten an der wirtschaftlichen Auswertung zu gewichten sind.<sup>1729</sup>

These 12: Auch die einheitliche Zuerkennung von Ausschließlichkeitsrechten ist gegenüber den entgegenstehenden Interessen Dritter und der Allgemeinheit nicht immer angemessen. Die Frage, inwieweit die Verbotsrechte zukünftig wegen der Schwierigkeiten einer Kontrolle über die Nutzung von Werken an Bedeutung verlieren werden, ist noch nicht mit ausreichender Sicherheit zu beurteilen. Entscheidend wird hierauf die – schwer prognostizierbare – technische Entwicklung Einfluss nehmen. Schon heute zeigt sich, dass Verfügungsrechte in zunehmendem Maße auch als Marktsteuerungselemente eingesetzt werden, wobei sie u. a. innovations- und wettbewerbshemmende Wirkung entfalten können. Eine stärkere Gewichtung der den Ausschlussrechten entgegenstehenden partikulären oder kollektiven Drittinteressen ist angesichts der zunehmenden Bedeutung von urheberrechtlich geschützten Werken in der globalen Wissensgesellschaft generell zu befürworten. Ob das geltende System der Schrankenbestimmungen in diese Richtung fortentwickelt werden kann, ist indes angesichts der zu beobachtenden Entwicklung zweifelhaft<sup>1730</sup>.

1728 Siehe Teil 3, Kapitel 1).

1729 Siehe Teil 3, Kapitel 2).

1730 Siehe Teil 3, Kapitel 3, Punkt IV).

These 13: Auch die einheitliche Schutzdauer entspricht nicht mehr den ausdifferenzierten Anforderungen an einen modernen Urheberrechtsschutz. Insbesondere bei den schnelllebigen, unpersönlichen Gütern mit rein technisch-funktionaler Bestimmung fällt die Schutzdauer zumeist unangemessen lang aus. Dagegen kann sie sowohl aus persönlichkeits- als auch aus verwertungsrechtlichen Gründen bei klassischen Werkarten in bestimmten Konstellationen sinn- und interessengerecht sein. Aus dem in der Einheitlichkeit der Schutzfristregelung liegenden konzeptionellen Defizit können sich einerseits Interessenungleichgewichte und andererseits dysfunktionale Effekte ergeben<sup>1731</sup>.

These 14: Die Gesamtbetrachtung hat ergeben, dass das geltende Urheberrecht verschiedene Defizite v. a. in Bezug auf moderne Schutzgegenstände aufweist, die in erster Linie aus dem Konzept der einheitlichen Regulierung sehr unterschiedlicher Zusammenhänge resultieren. Der mit der Expansion des Schutzbereichs einhergehende steigende Variabilitätsgrad der Schutzanforderungen wird durch die einheitliche, einzelfallunabhängige Beurteilung der wesentlichen Aspekte des Urheberrechtsschutzes nur unzureichend berücksichtigt. Es stellt sich daher die Frage, ob dem mit flexibleren Regelungen Rechnung getragen werden kann, ohne dabei die Rechtssicherheit zu sehr zu belasten<sup>1732</sup>.

1731 Siehe Teil 3, Kapitel 4, Punkt II.B.2).

1732 Siehe Teil 3, Kapitel 4, Punkt III).

## Teil 4: Regelungsalternativen zum geltenden Modell des deutschen Urheberrechts: Konturen eines „funktionsorientierten Dualismus“ basierend auf der Zweiteilung von funktionalem Werkschutz und persönlichkeitsbezogenem Urheberschutz

### *Einleitung*

Von verschiedenen Seiten wurden in der Vergangenheit Ansätze für eine Modernisierung des Urheberrechts präsentiert<sup>1733</sup>. Diese basierten in der Regel auf einer Abkehr von den tradierten, idealisierenden Vorstellungen von Sinn und Zweck des Urheberrechts. In unterschiedlicher Ausgestaltung und mit verschiedenen Begründungen wurde dafür plädiert, das Schutzrecht des Urhebers insgesamt pragmatischer oder funktionaler zu verstehen und entsprechend auszugestalten. In diesem Zuge sprach man sich zum Teil auch dafür aus, neben den Leistungen der Urheber auch den für das Kulturschaffen so wichtigen wirtschaftlichen und technischen Einsatz durch Investition und Innovation mehr in den Fokus des Schutzrechts zu rücken.

Gerade im Umfeld der Diskussion über die Integration der Computerprogramme in das Urheberrecht und allgemein über die Frage des urheberrechtlichen Schutzes der kleinen Münze wurden in der Vergangenheit verschiedentlich Stimmen laut, die ein abgestuftes Schutzsystem befürworteten<sup>1734</sup>. Manche sprachen sich dafür aus, den Schutzbereich des Urheberrechts aufzuteilen und in diesem Zuge *de lege ferenda* eine graduelle Unterscheidung zwischen Schutzgütern mit „geringer Individualität“ und Werken der „wirklichen Kunst“ oder zwischen „kulturell bedeutsamen“ und „kulturell unbedeutenden“ Schutzgütern einzuführen. Zum Teil sollte dies durch eine Ausgrenzung des Schutzes der kleinen Münze in den Bereich der Leistungsschutzrechte geschehen<sup>1735</sup>, andere wollten die kleine Münze gänzlich ungeschützt

1733 Vgl. etwa *Schricker/Schricker*: Einleitung Rdnr. 8 ff.; ders. GRUR 1992, S. 242 ff.; *Dreier* in Informationsgesellschaft, S. 142; *Strömholm*, GRUR Int. 1989, S. 15 (19 ff.); ders. GRUR Int. 1996, S. 529 ff. (bes. 533).

1734 Vgl. etwa die Dissertationen von *Schulze*, 3. Teil, S. 123 ff.; ders. GRUR 1987, S. 769 ff.; ders. ZUM 1989, S. 53 ff.; ders. ZUM 1994, S. 15 (22 ff.) und *Thoms*, S. 316 ff. jeweils m. w. Nachw.; *Schack*, Rdnr. 260 ff. (bes. 265); ders. ZUM 1990, S. 59 (61 f.); *Dietz* in FS *Schönherr* 1986, S. 111 ff.; ders. ZUM 1990, S. 54 ff.

1735 So *Thoms* und *Schulze*, vgl. die Nachweise in Fn. 1734.

(abgesehen vom Wettbewerbsrecht) sehen<sup>1736</sup>. Inhaltliche Änderungen am geltenden Rechtssystem wurden u. a. in Richtung einer Reform des Werkbegriffs angeregt<sup>1737</sup>.

Gegenüber den Ansätzen, das Urheberrecht durch ein abgestuftes Schutzsystem zu ersetzen, wurde zumeist eingewendet, dass dies zu einem Ausfall des internationalen Schutzes für die aus dem Urheberrecht ausgegrenzten Geistesschöpfungen<sup>1738</sup> führen würde. Um diese Gefahr und die hiermit einhergehenden Probleme einer Etablierung neuer internationaler Schutzinstrumente für geistige Leistungen zu vermeiden, bliebe nur, am Urheberrecht festzuhalten<sup>1739</sup>.

Realisiert wurden derlei Vorschläge bis heute jedoch nicht. Obwohl nicht wenige Stimmen mit guten Gründen die einheitliche Handhabung so ungleicher Werkarten wie Anwaltsschriftsätzen und Romanen, Symphonien und Techno-Musik, Enzyklopädien und Datenbanken kritisiert haben, hat sich bis heute stets die praktische Lösung der Einbeziehung neuer Schutzgüter in die überkommenden Strukturen gegenüber den reformerischen Ansätzen durchsetzen können. Verschiedene Gründe, v. a. rechtspolitischer und wirtschaftspolitischer Natur, sind hierfür denkbar.

Auch die Tatsache, dass besonders in Fällen von dringendem Handlungsbedarf bislang stets pragmatische gegenüber dogmatisch und systematisch korrekten, aber komplizierteren Lösungen vorgezogen wurden, wird auf solche Aspekte zurückzuführen sein. Die Konzeption hat hierdurch an dogmatischer Stringenz und Praktikabilität ab- und an Komplexität zugenommen. Zu kritisieren ist insbesondere die stetige Ausweitung des Schutzrechts zu Lasten des gemeinfreien Raums und der Interessen der Allgemeinheit. Die hierdurch entstandene Schiefelage des urheberrechtlichen Interessensausgleichs wiegt umso schwerer, da sämtliche Schutzgegenstände den gleichen weit reichenden Schutz erfahren, ohne dass im Hinblick auf Schutzbedürftigkeit oder -würdigkeit differenziert würde. Das Urheberrecht ist angesichts dieser Entwicklung nicht mehr in der Lage, seinen Aufgaben – sowohl in Bezug auf dessen Schutz- als auch dessen Ausgleichsfunktion – gerecht zu werden.

1736 So *Schack*, der dies mit dem Freihaltebedürfnis begründet (Rdnr. 260 ff. (bes. 265); ders. ZUM 1990, S. 59 (61 f.)). Anders wiederum *Dietz*, der vorschlug, neben dem Urheberrecht ein Produzentenschutzrecht auch für die kleine Münze zu gewähren, es ansonsten aber beim Urheberrechtsschutz für solche Werke zu belassen, vgl. FS *Schönherr* 1986, S. 111; ders. ZUM 1990, S. 54 ff.

1737 *Strömholm*, GRUR Int. 1989, S. 15 (19 ff.); ders. GRUR Int. 1996, S. 529 ff. (bes. 533).

1738 *Loewenheim*, GRUR 1987, S. 761 (768); ders. in *Schricker*, § 2, Rdnr. 40.

1739 Auch verschiedene andere Bedenken wurden gegen die Reformvorschläge vorgebracht. Besonders schwer scheint der Einwand gewichtet zu werden, dass große Reformen in Rechtsgebieten mit erheblich kollidierenden, v. a. wirtschaftlichen, Interessen wie dem Urheberrecht nur sehr schwer durchzusetzen sind. Dies kann jedoch nur ein Zweckmäßigkeitargument sein. Besteht legislativer Handlungsbedarf, darf die Rechtsfortbildung hierdurch nicht gehindert werden.

Die Defizite des geltenden Urheberrechtsgesetzes allein durch eine Fortschreibung der überkommenden Regelungen zu beheben, erscheint kaum möglich<sup>1740</sup>, will man nicht – wie im Falle der Integration des Softwareschutzes – jedem Schutzgegenstand einen eigenen Abschnitt mit Spezialregelungen widmen<sup>1741</sup>. Vielmehr erscheint es angesichts der Veränderungen im tatsächlichen Bereich und den damit sich wandelnden Aufgaben des Urheberrechts an der Zeit, sich auch über grundlegende konzeptionelle Veränderungen Gedanken zu machen, auch wenn man hierbei Gefahr läuft, „von der Gemeinde der Urheberrechtler mit Argwohn bestraft“ zu werden<sup>1742</sup>. Solche Gedanken sollten zum Ziel haben, „alte“ und „neue“ Schutzgegenstände einer funktionalen Regelung zuzuführen, ohne hierbei die Gesamtsystematik negativ zu beeinflussen.

Auch dem Bedürfnis nach internationaler Harmonisierung zum Zwecke eines durchsetzbaren, da kohärenten Urheberrechtsschutzes, käme eine derartige Differenzierung zu Gute. Die grundlegenden Unterschiede zwischen dem Modell des individual-, persönlichkeits- und naturrechtlich dominierten *Droit D’Auteur* und dem funktionalen Ansatz des Copyrights entfalten ihre diversifizierende Wirkung v. a. bei persönlichen Werken<sup>1743</sup>. Würde es gelingen, die mit diesem wesensmäßigen Unterschied einhergehende Harmonisierungshürde zumindest in relevanten Bereichen auszuräumen, wäre dem Ziel einer internationalen Urheberrechtsordnung sehr gedient<sup>1744</sup>.

1740 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (984).

1741 Auch der deutsche Gesetzgeber scheint diese Gesetzestchnik nicht für vorzugswürdig zu halten, was sich daran zeigt, dass das Datenbank-Urheberrecht nicht in einem eigenen Abschnitt geregelt wurde.

1742 Diesen Hinweis auf die Gefahren, die dem drohen, der es wagt, die Fundamente des erlauchten Urheberrechtssystems zu hinterfragen, erlaubt sich *Hilty* in *Ohly/Klippel* (Hrsg.), S. 107 (111).

1743 Wie oben (vgl. Teil 1, Kapitel 3) aufgezeigt wurde, verweigern sich die USA und Großbritannien gegen die Einführung eines generellen, werkartunabhängigen Urheberpersönlichkeitsrechtsschutzes. Es hat sich auch herausgestellt, dass eine Bereitschaft gegenüber der Einführung solcher Rechte allein im Bereich der schönen Künste bestand (wenn auch nicht freiwillig, sondern nur um die Beitrittsvoraussetzungen zur RBÜ zu erfüllen). Dies realisierte sich darin, dass heute nach englischem Copyright (nur die) *authors* von literarischen, dramatischen und musikalischen Werken sowie Werken der bildenden Kunst gem. Secs. 77 (1), 80 (1) und 84 (1) CDPA Inhaber von *moral rights* sind.

1744 Trotz intensiver Harmonisierungsbemühungen zeigen sich neuerdings wieder Tendenzen einer Entfernung der beiden großen Urheberrechtsfamilien in Bezug auf den Streitpunkt Urheber- bzw. Künstlerpersönlichkeitsrecht. Dies zeigt sich an den unterschiedlichen Lösungen, die diesbezüglich in den Verträgen der WIPO (WCT und WPPT) einerseits und der WTO (TRIPS) andererseits gefunden wurden. Während aus dem TRIPS gem. Art. 9 Abs. 1, S. 2 ausdrücklich die Verpflichtung zum Persönlichkeitsrechtsschutz ausgenommen wurde, erfährt dieser durch Art. 5 WPPT wiederum eine Stärkung (hierdurch wurde erstmals ein internationales Schutzrecht für die persönlichkeitsrechtlichen Belange der ausübenden Künstler geschaffen).

Die durch das Zusammentreffen von materiellen und ideellen Schutzinteressen verschiedener Beteiligter hervorgerufenen Kollisionen wirken sich nicht nur im internationalen Vergleich der Systeme aus. Auch im deutschen Recht stehen sich persönlichkeits- und vermögensrechtliche Interessen häufig diametral gegenüber<sup>1745</sup>. Nicht auf gesetzgeberischer Ebene, sondern allein in der Rechtswissenschaft zeigen sich in Annäherung an die pragmatische Ausrichtung des Copyrights auch in Deutschland Tendenzen, die Urheberpersönlichkeitsrechte in Bereichen erheblicher wirtschaftlicher Interessen zurückzudrängen<sup>1746</sup>. Wenn man sich aber dennoch mit guten Gründen von ideellen Schutzpositionen nicht gänzlich trennen mag, böte sich stattdessen eine Zweiteilung der urheberrechtlichen Schutzrichtungen, mit dem Ergebnis auch einer angepassten Anwendbarkeitsregelung, an. Auf diese Weise könnte die Möglichkeit geschaffen werden, praktisch vorzugswürdige Elemente des Copyrights in das deutsche Urheberrecht zu übernehmen, ohne auf diesem Weg das gesamte Regelungsgefüge des Urheberrechtsgesetzes zu beeinträchtigen.

Im Folgenden soll ein Ansatz für einen differenzierenden Schutz von Geistigesgütern präsentiert werden. Hierbei wird das Augenmerk zunächst auf eine funktionale Grundlage und Zielrichtung des Urheberrechtsschutzes gerichtet, um den Weg für eine derart dominierte Konzeption des Urheberrechts zu ebnen.

Im Einzelnen gilt es dann, an den bisher im Rahmen der Arbeit hervorgehobenen und für die Wissensgesellschaft bedeutungsvollen Aspekten des Urheberrechtsschutzes, also Systematik und Werkbegriff<sup>1747</sup>, Zuordnung des Schutzrechts<sup>1748</sup>, Schutzzumfang und -wirkung sowie Schutzdauer, herauszuarbeiten, inwiefern eine Differenzierung zwischen unterschiedlichen Schutzgütern zu akzeptablen, interessengerechten Ergebnissen führen kann und wie eine solche Lösung aussehen könnte. Die Darstellung wird sich weit gehend auf einige grundlegende Überlegungen eines Konzeptionsvorschlages beschränken<sup>1749</sup>. Das Rahmenmodell des Ansatzes soll auf

1745 So v. a. wenn der Urheber Nutzungshandlungen des VerwerTERS mit dem Mittel des Persönlichkeitsrechts be- oder verhindert oder er auf Basis dieser Rechtspositionen auf die Art und Weise der Verwertung Einfluss nimmt (Bsp.: Namensnennungsrecht).

1746 Dies gilt v. a. für Schutzgüter, bei denen die persönlichkeitsbezogenen Rechtspositionen eher nachrangig sind, wie v. a. bei Computerprogrammen. Siehe hierzu oben Fn. 685.

1747 Der Werkbegriff spielt, wie in Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4) herausgearbeitet wurde, eine entscheidende Rolle sowohl für die Gesamtkonzeption als auch für die Wesensbeschreibung des Schutzrechts.

1748 Das geltende Schöpferprinzip ist der positivrechtliche Ausdruck des naturrechtlichen Begründungsansatzes. Hierin liegt einer der maßgeblichen Punkte, die bei Reformüberlegungen in Richtung eines auf einem utilitaristischen Begründungsansatz basierenden funktionsorientierten Werkschutzkonzepts zu erörtern sind.

1749 Angesichts der äußerst zahlreichen, von einer Neuordnung des Urheberrechtssystems betroffenen Interessen, ist es ungemein schwierig, ein alternatives, kohärentes Modell zu entwerfen, dass allen Belangen angemessen Rechnung trägt. So zweifelt auch *Hilty* (ZUM 2003, S. 983 (985 und 986) an einer Möglichkeit, „ein einheitliches Bild für ein optimiertes Urheberrecht zeichnen {zu} können“.

einer grundsätzlichen Trennung persönlichkeitsrechtlicher und vermögensrechtlicher Positionen basieren. Wie eine solche Zweiteilung aussehen könnte und wie die jeweilige Regelung der beiden Aspekte im Ansatz aussehen könnte, wird in den Kapiteln 3 und 4 dargestellt.

Ziel der Ausführungen ist es, eine Skizze für ein alternatives Schutzmodell zu entwerfen, um die Grundvorstellungen von einer legislativen Umsetzung des aufgezeigten Regelungsbedarfs im Urheberrecht zu verdeutlichen. Gleichzeitig sollen in den Entwürfen auch Grundzüge eines modernen Urheberrechtskonzepts zum Ausdruck kommen. Das Modell kann nicht abschließend oder umfassend sein, sondern soll dazu dienen, einige Ideen zu präsentieren, um Denkanstöße für die Diskussion zu geben.

Gegenstand der folgend erörterten Gedanken sind vor diesem Hintergrund allein konzeptionelle Ideen, die nicht im Einzelnen auf ihre Vereinbarkeit mit den verfassungs-, europa- oder völkerrechtlichen Vorgaben überprüft werden. Auf die Frage, welchen Spielraum das Grundgesetz bei Reformen des Urheberrechts belässt, wurde in Teil 1, Kapitel 2 bereits eingegangen, wobei sich ergeben hat, dass jedenfalls das Verfassungsrecht dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Urheberrechts erhebliche Freiheiten eröffnet. Überdies einzelne konzeptionelle Ansätze und ihre Wirkungen auf deren verfassungsrechtliche Vereinbarkeit zu überprüfen, würde nicht nur den Rahmen der Abhandlung sprengen, sondern angesichts der rein skizzenhaften Darstellung zumeist der notwendigen Prüfungsgrundlagen entbehren.

Gleiches gilt auch für die detaillierte Überprüfung anhand der – in dieser Arbeit vernachlässigten – Urheberrechtskonventionen und des EU-Rechts. Natürlich ist nicht zu verkennen, dass Reformen des nationalen Rechts stets im Lichte auch der internationalen Verpflichtungen und dabei besonders des europäischen *acquis communautaire* und der Urheberrechtskonventionen zu sehen sind<sup>1750</sup>. Die hier angestellten Überlegungen sollen sich jedoch, abseits von vorbestehenden Rahmenbedingungen, allein an dem Änderungsbedarf orientieren, der besteht, um die in dieser Arbeit aufgezeigten Defizite des geltenden Urheberrechts zu beheben. Insofern sollen die folgenden Ausführungen auch nicht als (in jeder Hinsicht geprüfter und abgesicherter) Vorschlag, sondern eher als Denkanstoß verstanden werden.

Im Übrigen: Soweit die Probleme im Urheberrecht nicht mit Konventions- oder EU-Rechts konformen Korrekturen überwunden werden können, sollte man sich auch Änderungen dieser Regelungsgebiete nicht verschließen, selbst wenn dies angesichts der massiven Reformträgheit v. a. völkerrechtlicher Abkommen wenig attraktiv erscheinen mag. Europäisches Recht und internationalen Urheberrechtsabkommen unterliegen dem gleichen Wandel des Regelungsumfeldes, wie die nationa-

1750 Dies gilt z. B. in Bezug auf die Schrankenbestimmungen für den Drei-Stufen-Test, der auch in der Richtlinie 2001/29/EG (vgl. Art. 5 Abs. 5) den Maßstab für die Zulässigkeit solcher Privilegien bestimmt (siehe hierzu oben, Fn. 923 und Fn. 1890).

len Regelwerke und können, sollen sie einen ernsthaften Regelungsauftrag erfüllen, nicht als sakrosankt gegenüber Reformen angesehen werden.

### *Kapitel 1: Rechtsphilosophische Grundlagen des Urheberrechts*

I) Vorschlag: Multipolarer Begründungsansatz als rechtsphilosophische Grundlage des Urheberrechts

A) Wesensmerkmale eines differenzierenden multipolaren Begründungsansatzes für das moderne Urheberrecht

Es hat sich gezeigt, dass angesichts der fortschreitenden Ausdehnung des Urheberrechts<sup>1751</sup> auf Werkarten und Nutzungsformen, die sich erheblich von einander unterscheiden, sowie der zunehmenden Ausdifferenzierung der Interessenlage eine Neuorientierung im Rahmen des urheberrechtlichen Begründungsansatzes unumgänglich erscheint<sup>1752</sup>. Diese sollte zum Ziel haben, dem Urheberrechtsschutz in seiner ganzen Breite eine Legitimation zu verschaffen und gleichzeitig wichtige Vorgaben für die Ausrichtung des positiven Rechts zu liefern.

Um dem gerecht werden zu können, liegt es nahe, sich der Fundierung des Urheberrechtsschutzes über einen differenzierenden Ansatz zu nähern. Im Rahmen eines solchen Ansatzes sollte es möglich sein, Schutzrechten für bestimmte Geistesgüter, die durch eine naturrechtliche Begründung keine Legitimation erfahren, eine tragfähige rechtstheoretische Konstruktion zu Grunde zu legen. Zudem würde eine Öffnung des Begründungsansatzes ermöglichen, den bisher ausschließlich individualrechtlich orientierten Fokus des Urheberrechts auf andere Interesse zu erweitern.

Für eine solche Differenzierung ist es zunächst erforderlich, sich von der Grundannahme zu lösen, dass der Schutz eines jeden Werkes sowohl persönlichkeits- als auch vermögensrechtliche Wirkung entfalten muss. Die aufgezeigte Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzbereichs hat dazu geführt, dass die einseitig naturrechtlich dominierte Grundwertung – jedenfalls in ihrer Undifferenziertheit – den durch das Urheberrecht zu regelnden Rechtstatsachen der Gegenwart nicht mehr entspricht. Der Schutzbedarf geistiger Erzeugnisse hat sich z. T. gewandelt. Sämtliche Konstellationen des modernen Anwendungsbereichs dieses Rechtsinstruments mit einem monopolaren Begründungsansatz zu legitimieren, muss angesichts der divergierenden Eigenheiten der Schutzgüter scheitern.

1751 Siehe hierzu oben, Teil 2.

1752 Gleicher Ansicht ist *Pahud*, S. 47 ff.

Will man sich dagegen einer multipolaren Begründung für ein modernes Schutzsystem öffnen, scheint es auf erster Ebene sinnvoll, ideelle und materielle Aspekte im Rahmen des Begründungsansatzes grundlegend zu trennen. Eine grobe Differenzierung zwischen solchen Werken, die tatsächlich Ausdruck der Schöpferpersönlichkeit sind, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, wird hierdurch erst ermöglicht. Um dieser Wertung zur Geltung zu verhelfen, wäre es auch sinnvoll, den Fokus des Urheberrechtsschutzes gegenüber Interessen, die von denen des Urhebers abweichen, zu öffnen.

Insbesondere bei der Begründung des Schutzes unpersönlicher, technisch-funktionaler und rein wirtschaftlich orientierter Schutzgüter, denen keine oder nur nachrangige ideelle Interessen anhaften, sollte nicht die Person des Schöpfers zentraler Ansatzpunkt des Schutzrechts sein. Vielmehr erscheint es hier nahe liegender, auf den Schutzgegenstand, also das Werk, zu fokussieren. Ergebnis einer derart veränderten theoretischen Ausrichtung wäre, dass sich der Urheberrechtsschutz solchen Werken gegenüber deren freier Verfügbarkeit durch die jeweilige Schutzbedürftigkeit des Schutzgegenstandes rechtfertigt. Diese veränderte Sicht vermag Grund zu legen für einen utilitaristischen Schutz, der den jeweiligen Gegebenheiten angemessen Rechnung trägt.

Sieht man den Ursprung des Urheberrechts immer im Schöpfer selbst, führt dies zwangsläufig zu einer einseitigen Ausrichtung des positiven Rechts auf das Rechtssubjekt. Die in Teil 3 aufgezeigten Defizite und Interessenungleichgewichte nehmen in dieser naturrechtlichen Begründung des Urheberrechts ihren Ausgang. Sieht man hingegen das Rechtsobjekt im Mittelpunkt der Ausgestaltung, kann der Schutz anhand der Schutzbedürftigkeit des Werkes ausgestaltet werden. Idealisierenden Tendenzen, denen es an einem tatsächlichen Hintergrund mangelt, wird vorgebeugt, wenn man das Urheberrecht in diesem Bereich weniger als Urheberschutz denn als Werkschutz begreift.

Um das Grundprinzip eines solchen Schutzkonzepts zu beschreiben, könnte man von einem „funktionsorientierten Dualismus“ sprechen. Hierdurch werden die beiden wesentlichen Unterschiede gegenüber dem geltenden Urheberrechtskonzept ausgedrückt. Zum einen zielt das Schutzmodell in erster Linie auf Funktionalität ab, d. h. der Schutz soll durch seine ausschließliche Zweckorientierung von idealisierenden, dysfunktionalen Elementen freigehalten werden. Dies soll dazu führen, dass jedem Werk der Schutz gewährt wird, der bedarfsgerecht<sup>1753</sup> und angesichts der Interessenlage auch angemessen erscheint. Zum anderen wird durch die Bezeichnung „Dualismus“ ausgedrückt, dass auch das vorliegend entworfene Schutzkonzept

1753 Das Attribut „bedarfsgerecht“ soll den Bereich der „normalen“ Verwertung des Schutzgegenstandes beschreiben. Es findet damit eine Entsprechung in dem in den internationalen Regelwerken als „Drei-Stufen-Test“ bezeichneten Prinzip. Vgl. hierzu oben, Fn. 923 und unten, Fn. 1890.

grundsätzlich davon ausgeht, dass das Urheberrecht zweigleisig wirkt und dabei – gemäß der traditionellen Terminologie – sowohl eine ideelle als auch eine materielle Komponente aufweist. Anders als nach geltendem deutschen *Droit D’Auteur* werden diese indessen voneinander unabhängig behandelt und unterliegen einer strikten dogmatischen Trennung<sup>1754</sup>. Auch dies soll wiederum der Funktionalität des Rechtsschutzes dienen.

## B) Werkbezogener, utilitaristischer Begründungsansatz für unpersönliche, technisch-funktionale Schutzgüter

### 1) Schutzbegründende Dimension des Begründungsansatzes (Legitimierungsfunktion)

Vor diesem Hintergrund würde die Fundierung des Urheberrechtsschutzes an unpersönlichen, technisch-funktionalen Werken ihren Ausgang in einer dem Copyright ähnlichen utilitaristischen Begründung nehmen. Hiermit würde der Tatsache Rechnung getragen, dass das Werk einen Wert verkörpert. Dieser Wert ist zurückzuführen auf die während des Schöpfungsprozesses erbrachten Leistungen, die gestalterischer, organisatorischer, finanzieller oder anderer Art sein können. Legitimiert wird hierdurch ein Schutzrecht für jeden kausalen Beitrag, dessen Erbringung *conditio sine qua non* für die Entstehung des Werkes und dessen Wertschöpfung ist<sup>1755</sup>.

Dieses Schutzrecht kann sich vor dem Hintergrund eines solchen Ansatzes ohne Weiteres auf die Absicherung organisatorischer und wirtschaftlicher Leistungen (Investitionen) beziehen, soweit solche im Rahmen der Werkerstellung erbracht wurden. Jede Leistung, die im Werk aufgegangen ist und die dessen Wert mitbestimmt, verschafft dem hieran erwachsenden Recht eine (Teil-)Legitimation. Die Legitimation des Werkschutzrechts nährt sich damit aus unterschiedlichen Beiträgen.

1754 Vgl. Näheres zu der Frage der Abhängigkeit der beiden Schutzaspekte nach dem hier vorgeschlagenen Ansatz unten, Kapitel 2.

1755 Sofern auch höchstpersönliche, individuelle Eigenschaften maßgeblichen Einfluss auf die Entstehung des Werkes haben, kann auch dies bei der Bemessung und Zuordnung des Schutzes berücksichtigt werden. Dies gilt v. a., wenn solche Aspekte wertbildende Faktoren des Produkts ausmachen. Woraus sich eine Rechtfertigung einer Einbeziehung auch derartiger Belange im Rahmen des hier vorgeschlagenen differenzierenden Begründungsansatzes ergibt, wird im Folgenden erläutert.

Durch das Abstellen auf die Schutzbedürftigkeit des Werkes im Rahmen des urheberrechtlichen Begründungsansatzes würde mittelbar<sup>1756</sup> das Leistungsprinzip als Grundlage des Schutzes etabliert. Da dieses auch dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzgedanken inhärent ist<sup>1757</sup>, ist eine gesetzliche Legitimation für einen solchen Schutzansatz gewährleistet, solange die hierdurch erzielten Ergebnisse – gemessen an der Interessenlage – adäquat erscheinen<sup>1758</sup>. Das Leistungsprinzip als Begründungsansatz bedingt, dass sich das Urheberrecht als Schutzposition für die Summe der in das Werk eingeflossenen Einzelleistungen versteht und entsprechend ausgestaltet ist. Sollte das Werk die Errungenschaften mehrerer Personen verkörpern, gebührt nach dem Leistungsprinzip jedem, der einen schutzwürdigen Beitrag geleistet hat, eine Beteiligung an der entstandenen Schutzposition.

Eine derartige Ausrichtung der schutzbegründenden Dimension eines rechtstheoretischen Legitimierungsansatzes des Urheberrechts wäre geeignet, die Inkongruenz zwischen Fundierung und Regelungsauftrag im Bereich des Urheberrechts aufzulösen. Die Monopolstellung des oder der Rechtsinhaber, welche in gewisser Hinsicht in die Freiheit anderer eingreift, erhielte eine neue Legitimation. Zugleich würde der facettenreichen Interessenlage schon auf der Ebene der Wesensdefinition des Schutzes Rechnung getragen. Dem Urheberrecht an technisch-funktionalen Werken wird so eine funktionale Fundierung verliehen.

Indes trägt die Fundierung eines Werkschutzrechts nicht, um einen etwaigen Schutz der ideellen Interessen des Urhebers zu legitimieren. Für die Fälle, in denen ein solcher bedarfsgerecht und angemessen erscheint, wäre die schutzbegründende Dimension des urheberrechtlichen Begründungsansatzes mithin um einen weiteren Aspekt zu ergänzen. Es erscheint in diesem Zuge allerdings nicht notwendig, zur Legitimation dieser Schutzwirkung ein überpositives (Natur-)Recht zu bemühen. Soweit Persönlichkeitsrechtsschutz des Urhebers im jeweiligen Fall notwendig erscheint, ergibt sich die Rechtfertigung (wenn nicht gar die Pflicht) für einen solchen unmittelbar aus der deutschen Verfassung (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG). Ein Schutz gegen Eingriffe in die Integrität oder die Verwertungsbefugnis des Werkes, die gleichzeitig eine Persönlichkeitsverletzung des Urhebers darstellen (z. B. weil das Werk als Ausschnitt der Persönlichkeit des Urhebers anzusehen ist), ist hiernach geboten<sup>1759</sup>.

Dies soll nicht bedeuten, dass der Rückgriff auf die Naturrechtslehre zur Legitimation des Urheberrechts generell ungeeignet ist. Es stellt sich jedoch die Frage, ob

1756 Mittelbare Grundlage ist das Leistungsprinzip deshalb, da dies nur die legitimatorische Grundlage für die eigentliche Begründung des Schutzes darstellt. Diese liegt in der Schutzbedürftigkeit des Werkes.

1757 Siehe oben Teil 1, Kapitel 2, Punkt I.A.2.b.bb.(4).

1758 Die Relativierung des rein an der Leistung orientierten Schutzes eines Geisteswerkes ergibt sich wiederum aus den anderweitig am Werk bestehenden Interessen.

1759 Siehe hierzu in Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.B).

ein rechtsphilosophischer Rückgriff auf die „Metaebene Naturrecht“ bei ausreichenden Grundlagen im geschriebenen Recht notwendig ist. Angesichts der in Teil 3 gewonnenen Erkenntnisse erscheinen naturrechtliche Begründungsansätze zur Fundierung des Urheberrechts gegenüber positiven Rechtsnormen eher nachteilig. Während die naturrechtliche Begründung des Urheberrechts auf einseitigen, unflexiblen und schwer definierbaren Wertungen basiert, gebietet die Verfassung mit der hierdurch gesetzten, multipolaren objektiven Wertordnung eine differenzierende, am Verhältnismäßigkeitsprinzip und dem Gebot der Herstellung praktischer Konkordanz ausgerichtete Ausgestaltung des Urheberrechts. Das deutsche Grundgesetz erscheint angesichts dessen als Legitimationsgrundlage für einen multipolaren urheberrechtlichen Begründungsansatz ebenso ausreichend wie vorzuzugwürdig.

## 2) Schutzbeschränkende Funktion des Begründungsansatzes

### a) Plädoyer für die Aufnahme einer „Ausgleichsfunktion“ des Urheberrechts als schutzbegrenzendes Element der Funktionsbeschreibung des Schutzrechts

Angesichts der zunehmenden Ausdifferenzierung der urheberrechtlichen Interessenslage und dem wachsenden Interesse an der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke ist es von wesentlicher Bedeutung, dass sich ein moderner Urheberrechtsschutz gleichermaßen am Schutz des Werkes und des Rechtsinhabers wie an der Sicherung der – kollektiven und partikulären – Interessen der Allgemeinheit orientiert. Um dem gerecht zu werden, sollte der Funktionsbeschreibung des Urheberrechts ein individualrechtsbegrenzendes Moment – die Ausgleichs- oder Balancefunktion<sup>1760</sup> – hinzugefügt werden.

Die Bedeutung einer solchen Multipolarisierung der Wesensdefinition zeigt sich angesichts der durch die stetige Ausweitung des Urheberrechts herbeigeführten Schiefelage des urheberrechtlichen Interessensausgleichs<sup>1761</sup>. In diesem Defizit haben sich bereits heute die Schwächen einer einseitig individualrechtlich fokussierenden Funktionsbeschreibung des Urheberrechts realisiert. Dem könnte durch eine Neuausrichtung der urheberrechtlichen Grundlagen entgegengewirkt werden.

Der Vorschlag ein schutzrechtsbegrenzendes Element in die Funktionsbeschreibung des Urheberrechts aufzunehmen, bedeutet kein Plädoyer für die vollständige

1760 Der Begriff steht hier stellvertretend für die Notwendigkeit einer stärkeren Einbeziehung von Dritt- oder nicht-eigentumsrechtlichen Interessen in die Begründung und die Ausgestaltung des Urheberrechts.

1761 Siehe hierzu oben Teil 2, Punkt IV.B.4).

Abkehr vom geltenden individualrechtlichen Ansatz. Vielmehr soll die Ausgleichsfunktion dem Individualschutz hinzugefügt und so die die gleichrangige Einbeziehung anderweitiger Interessen ermöglicht werden. Da dies durch die Verfassung ohnehin geboten ist, würde auf diese Weise eine Übereinstimmung rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Wertungen herbeigeführt und somit eine einheitliche Fundierung des Urheberrechts geschaffen, die ohne übergesetzliche naturrechtliche Wertungen auskäme.

Im Ergebnis würde das Urheberrecht über den hier vorgeschlagenen multipolaren Begründungsansatz als ein Schutzinstrument definiert, das gleichermaßen der Sicherung vermögensrechtlicher Einzelinteressen wie Partizipationsinteressen der Allgemeinheit und sonstigen gesamtgesellschaftlichen Belangen dient. Eine einseitige Berücksichtigung oder Hervorhebung bestimmter Positionen wäre damit nicht mehr vereinbar. Der Zurückdrängung der Schranken würde damit ebenso jegliche Legitimation entzogen, wie einem „*in dubio pro auctore*“-Paradigma.

#### b) Unterschied zum funktionalen Ansatz *Gerhard Schrickers*

Der Gedanke einer solchen Zweiteilung der urheberrechtlichen Funktionsbeschreibung ist nicht neu. Auch *Schricker*<sup>1762</sup> befürwortet die Einbeziehung des Allgemeininteresses in die Zielvorgaben des Urheberrechts<sup>1763</sup>. Allerdings soll dies nach *Schricker* nicht zu einer urheberrechtsbegrenzenden Wirkung führen. Vielmehr beruht dessen Ansatz auf dem kulturpolitischen Argument, dass das Interesse der Allgemeinheit in einer Stärkung des Urheberrechts liege, da nur so der „Kulturproduktion“ die nötigen Anreize vermittelt werden könnten<sup>1764</sup>. Dagegen zielt der hier vorgeschlagene multipolare Begründungsansatz auf die Relativierung des Urheberrechtsschutzes zu Gunsten einer angemessenen Berücksichtigung aller betroffenen Interessen ab.

#### c) Die besondere Bedeutung der Ausgleichsfunktion des Urheberrechts für die Informationsgesellschaft

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, dass das Urheberrecht sich verändert. Der Ausgleichsfunktion des Urheberrechts als einem Instrument, mit dem das Spannungsverhältnis zwischen den Interessen an ausschließlichen Rechten von Seiten der Rechtsinhaber und an möglichst ungehinderter und kostenloser Nutzung wertvoller

1762 In *Schricker*, Einleitung, Rdnr. 13.

1763 Vgl. hierzu oben Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.A.2).

1764 Vgl. hierzu schon oben Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.A.2).

Inhalte durch die Allgemeinheit in Einklang gebracht werden kann, sollte angesichts dessen besondere Aufmerksamkeit zuteil werden. Die Entwicklung des Urheberrechts<sup>1765</sup> lässt allerdings Zweifel aufkommen, ob hiermit gerechnet werden kann.

Ein Paradigmenwechsel auf der Ebene der theoretischen Fundierung des Urheberrechts scheint daher notwendig. Schon der Bedeutungszuwachs des Urheberrechts sollte das Bedürfnis für eine Einbeziehung der Ausgleichsfunktion in den Funktionsauftrag des Urheberrechts ausreichend belegen. Dies gilt v. a., soweit dieses als Zugangskontrollinstrument für wertvolle Informationen eingesetzt werden kann<sup>1766</sup>. Durch die rein individualrechtliche Begründung des deutschen Urheberrechts wird die kultur- und gesellschaftspolitische Dimension der Monopolisierung von hochwertigen Inhalten zu Unrecht nicht erfasst. Eine Differenzierung liegt daher nahe.

Eine rechtstheoretische Hervorhebung der Ausgleichsfunktion des Urheberrechts ist zudem auch deshalb von erheblicher Bedeutung, als die meisten der hierdurch in den Schutzauftrag des Urheberrechts einbezogenen Interessen – wie sich oben gezeigt hat – nicht unmittelbar durch Grundrechte geschützt werden<sup>1767</sup>. Der so eröffnete, sehr weite Auslegungsspielraum des Begriffs „Sozialbindung“, als einzigem verfassungsrechtlichen Anhaltspunkt für die Notwendigkeit einer Einbeziehung allgemeiner Interessen in die Ausgestaltung des Urheberrechts, öffnet einer Zurückdrängung der kollektiven Interessen Tür und Tor<sup>1768</sup>. Die ehemals hehren Ziele eines individualrechtlichen Urheberschutzes werden zusehends in beliebiger Weise unter

1765 Siehe oben Teil 2.

1766 Siehe u. a. oben, Teil 2, Punkt III.C.2.b). Dass ein solches Interesse am Zugang zu Informationen schutzwürdig ist, erkennt auch der Europäische Gerichtshof in der „Magill-TV-Guide“-Entscheidung an (vgl. GRUR Int. 1995, S. 490 ff.). Siehe zu der Problematik eingehend *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 83 ff. (z. B. S. 89).

1767 Siehe hierzu die Ausführungen oben in Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.3.a).

1768 Dies spielt z. B. von daher eine erhebliche Rolle, als es sich hierbei nicht selten um Interessen handelt, die auf politischer Ebene vernachlässigt werden, da die Betroffenen keine Lobby haben. Regelmäßig trifft dies auf die Endverbraucher zu und unter diesen besonders die sozial Schwachen. Deren Interessen treten bei der Ausgestaltung und Anwendung des Schutzrechtssystems immer mehr gegenüber handels- und industriepolitischen Erwägungen in den Hintergrund. Nicht rechtliche, sondern Steuerungsfragen bestimmen damit weitestgehend das Schutzrecht und seine Grenzen. Die Regulierung des Rechtsschutzes wird damit industriepolitisch instrumentalisiert (vgl. *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 105). Will man dem entgegensteuern, kommt einer Neuorientierung auf der Ebene der theoretischen Grundlagen des Urheberrechts eine wichtige Appellfunktion zu. Unterstrichen wird hiermit die Erkenntnis von der Notwendigkeit legislativer Maßnahmen zur Steuerung des durch das Urheberrecht zu regelnden Interessensausgleichs in Richtung einer stärkeren Einbeziehung nicht-eigentumsrechtlicher Interessen. Rechtstheoretische Anerkennung fände hiermit das „Recht auf Information“ der Konsumenten auf dem Markt der Kulturindustrie, das der immer stärker hervortretenden Machtposition der Verwertungsindustrie entgegensteht.

Verfolgung ganz anderer – vor allem industriepolitischer – Interessen instrumentalisiert<sup>1769</sup>.

Der multipolare Begründungsansatz kann auch dazu dienen, in Verbindung mit dem oben entwickelten funktionalen Grundgedanken gewissen bedenklichen, durch die internationale Harmonisierung bedingten Tendenzen in der Rechtsentwicklung in Deutschland eine grundsätzliche Absage zu erteilen. Zeigt sich beispielsweise angesichts der jüngeren Entwicklung, dass die Anforderungen der Schutzuntergrenze in Richtung eines „*what is worth copying is worth protecting*“<sup>1770</sup> oder eines Schutzes des „*sweat of the brow*“, also einer Annäherung an die im angloamerikanischen Rechtskreis vorherrschenden Wertungen, tendieren<sup>1771</sup>, ist dies zwar mit Blick auf die Notwendigkeit einheitlicher Rechtssysteme grundsätzlich zu begrüßen. Soweit hingegen aus dem deutschen Konzept, insbesondere der individualrechtlichen Ausgestaltung des Urheberrechts und der demgemäß schwachen Ausgestaltung von Beschränkungen hiermit auch eine Zurückdrängung anderweitiger Interessen einhergeht, kann dies nicht akzeptabel sein<sup>1772</sup>. Dem könnte mit einer Anerkennung der Ausgleichsfunktion des Urheberrechts – zumal als integraler Bestandteil der Zielvorgaben des Rechts – effektiv entgegengewirkt werden.

### 3) Weitere Vorteile des multipolaren Begründungsansatzes: internationale Annäherung bei der Funktionsbeschreibung des Urheberrechtsschutzes

Die Abkehr von dem rein individualrechtlich ausgerichteten zu einem multipolaren Begründungsansatz könnte sich auch in Bezug auf die internationale Annäherung

1769 So auch Hilty, ZUM 2003, S. 983 (984) und Ullrich in Schrickler/Dreier/Kur, S. 105.

1770 Vgl. Strowel in Dittrich (Hrsg.), S. 1 (8).

1771 Strömholm, GRUR Int. 1989, S. 15 (18) stellt die Frage, ob dies nicht im Grundsatz im Europäischen Urheberrecht genauso zutrifft, wie in den *Common-Law*-Staaten.

1772 Das amerikanische *copyright* beispielsweise ist durch die „Mega-Schranke“ des fair use (vgl. oben, Teil 1, Kapitel 3, Punkt III.E) gegenüber einer Expansion des Schutzbereichs zumindest konzeptionell besser gewappnet. An der Entscheidung *A&M Records et al vers. Napster Inc.* (CRI, 2001, S. 50 ff.) zeigt sich zwar deutlich, dass auch im Anglo-amerikanischen Rechtsraum die Berücksichtigung von allgemeinen Interessen an freier Nutzung sehr stark von den entgegenstehenden wirtschaftlichen Interessen der Verwertungsindustrie abhängt. Unabhängig von den Grundwertungen, die die Abwägung bestimmen und die in Deutschland möglicherweise anders ausfallen würden als im amerikanischen Recht, handelt es sich bei dem Konzept des *fair use* um ein äußerst flexibles Instrument. Dies ermöglicht, die Frage nach der Privilegierung einer Nutzung oder nach der Zuerkennung (besser: Aberkennung) von Ausschließlichkeitsrechten in hohem Maße einzelfallbezogen zu beurteilen. Nachteile ergeben sich indes, wenn man das Regelungskonzept aus Sicht der Rechtssicherheit und der Voraussehbarkeit des Rechtsschutzes beleuchtet. Auf diese Diskrepanz zwischen den beiden Regelungszielen „Einzelfallgerechtigkeit“ und „Rechtssicherheit“ wird noch einzugehen sein.

der Urheberrechtssysteme förderlich auswirken. Ohnehin scheint sich der utilitaristisch-funktionale Ansatz des Copyrights international durchzusetzen. Dessen Einfluss auf die Entwicklung des europäischen Urheberrechts ist überdies nicht zu verkennen. Sollte sich im Rahmen der weltweiten Anpassung und Globalisierung ein einheitliches System etablieren können, steht zu erwarten, dass dies eher dem Copyright als dem *Droit D'Auteur* ähnelt. Hiermit einher geht auch der „Siegesszug“ der utilitaristischen Fundierung des Copyrights. Eine Transposition desselben in das deutsche Recht könnte helfen, die grundlegenden Unterschiede zwischen den beiden Rechtsfamilien abzubauen.

Es hat sich in der Vergangenheit, in erster Linie in Form der kritischen Reaktionen auf das „Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung“ der EU-Kommission aus dem Jahre 1988<sup>1773</sup>, gezeigt<sup>1774</sup>, dass eine zu starke Annäherung an den industriell ausgerichteten Investitionsschutz des Copyrights unter Aufgabe des kultur- und sozialpolitischen kontinentaleuropäischen Urheberrechtverständnisses von Seiten der *Droit-D'Auteur*-Staaten nicht konsensfähig ist. Durch eine Differenzierung des Begründungsansatzes könnte diesem Umstand und dem Wunsch nach Annäherung der Systeme gleichermaßen Rechnung getragen werden, da dieser ein an die jeweils bestehende Interessenlage angepasstes Schutzrecht gebietet. Hierbei kann sowohl das individuelle Interesse des Urhebers und der sonstigen Rechtsinhaber berücksichtigt werden als auch alle sonstigen Belange. Eine einseitige Fokussierung auf Investitionsschutz oder Individualrechtsschutz ist somit nicht gerechtfertigt.

1773 KOM (88) 172 endg., abgedruckt in UFITA 110 (1989), S. 113-292.

1774 Vgl. statt vieler *Schricker* in *FS Steindorff*, S. 1437 (1440 und 1451 ff.) m. w. Nachw.

## *Kapitel 2: Grundzüge eines alternativen Urheberrechtsschutzkonzepts: Prinzip eines „funktionsorientierten Dualismus“*

### I) Einleitung

Ziel eines differenzierenden, multipolaren Begründungsansatzes ist es, die Basis für ein Urheberrecht zu schaffen, dessen Wirkungen gleichermaßen in Bezug auf klassische, v. a. persönliche Schutzgüter wie auf unpersönliche technisch-funktionale Werke gerechtfertigt sind. Um diesem Ansatz auch positivrechtlich Gestalt zu verleihen, bedarf es eines Konzepts, das auf einem funktionalen Schutz basiert, der hinsichtlich der verschiedenen Regelungsgegenstände variiert. Es soll im Folgenden versucht werden, ein demgemäß angepasstes Schutzsystem anhand der im Verlauf dieser Arbeit hervorgehobenen „neuralgischen Punkte“ des geltenden Urheberrechts zu skizzieren.

Im folgenden Kapitel 2 werden zunächst einige Grundgedanken dargelegt, wie ein solches Konzept prinzipiell ausgestaltet werden könnte. Das Kapitel 3 widmet sich sodann der Frage, wie man sich eine praktische Umsetzung in das Gesetz vorstellen könnte.

Schon vorab ist auf einen Aspekt hinzuweisen: Dem hier präsentierten Ansatz liegt die These zugrunde, dass das geltende Urheberrecht vor allem daran krankt, zu wenig differenziert auf die sehr vielfältigen Anforderungen an einen ausgewogenen, sachgerechten Urheberrechtsschutz zu reagieren. Um dem abzuwehren, wären gesetzliche Lösungen erforderlich, die eine möglichst auf den Einzelfall angepasste Ausgestaltung der Schutzrechte ermöglichen. Diesem Ziel steht diametral das Bedürfnis nach einer transparenten Rechtslage und Rechtssicherheit gegenüber. Diesbezüglich wird der im Folgenden skizzierte Ansatz gegenüber dem geltenden Urheberrechtsgesetz im Zweifel nachteilig sein. Normen, die einzelfallbezogen regeln, sind üblicherweise für den Rechtsverkehr schwerer zu handhaben.

Man denke beispielsweise an die Generalklausel des § 1 UWG a. F., nunmehr geregelt in § 3 UWG, die im Zuge der Reform des Gesetzes im Jahr 2004 durch Fallbeispiele in dem neuen § 4 konkretisiert wurde, um „die Generalklausel zu präzisieren und dadurch eine größere Transparenz zu schaffen“<sup>1775</sup>. Zwar eröffnet eine Generalklausel im Zweifel den größtmöglichen Beurteilungsspielraum für einzelfallgerechte Entscheidungen. In Bezug auf die Gesetzestransparenz weist diese Gesetzestechnik jedoch erhebliche Nachteile auf. So kann ein gewisses Maß an Rechtssicherheit erst erreicht werden, wenn eine gefestigte Rechtsprechung zu den typischen

1775 So die Begründung zu § 4 UWG n. F. im Regierungsentwurf vom 22.08.2003, BT-Drcks. 15/1487, S. 17.

Fallkonstellationen vorliegt. Selbst dann lässt eine Generalklausel, je nachdem wie sehr sich die auftretenden Fallgestaltungen im Detail unterscheiden, noch einen erheblichen Spielraum für anderslautende Entscheidungen. Ohne Kenntnis der Kasuistik ist die Handhabung einer durch Generalklauseln geregelten Rechtsmaterie kaum möglich.

Mehr noch als im Wettbewerbsrecht als einem reinen Deliktsrecht, ist es jedoch im Urheberrecht erforderlich, über Entstehung, Zuordnung und Umfang des Schutzrechts gesetzlich Klarheit zu schaffen, u. a. damit dessen Verkehrsfähigkeit nicht über Gebühr beeinträchtigt wird<sup>1776</sup>. Es dürfte damit kaum zielführend sein, diese Faktoren allein über Generalklauseln zu regeln und deren Konkretisierung allein der Rechtsprechung zu überlassen<sup>1777</sup>. Um dem anzustrebenden Ziel eines gleichermaßen angepassten wie praktikablen Urheberrechtsschutzes Rechnung tragen können, ist vielmehr ein möglichst ausgewogenes Verhältnis zwischen den beiden elementaren Aspekten der Einzelfallgerechtigkeit und der Rechtssicherheit herzustellen. In Kapitel 3 werden einige konzeptionelle Ideen dargestellt, wie man sich einen solchen Ausgleich der beiden Regelungsziele vorstellen könnte.

1776 Allerdings ist schon äußerst fraglich, ob das geltende Urheberrecht dem gerecht werden kann. Die Erfahrung zeigt, dass die Regelungen über Bestehen und Reichweite des Schutzrechts aufgrund ihrer Komplexität v. a. den Schrankenbegünstigten häufig nicht klar sind (vgl. auch die Kritik von Dreier/Schulze-Dreier, § 53, Rdnr. 4 an der Neuregelung der Schranke des § 53 UrhG: „*Problematisch ist jedoch, dass § 53 UrhG nicht zuletzt durch die letzten Änderungen einen Grad an Komplexität und Differenzierung erreicht hat, der für die privaten Werknutzer, deren Befugnisse er doch regelt, kaum mehr verständlich sein dürfte*). Neben den Schrankenbestimmungen führen insbesondere der Werkbegriff und die kaum zu treffende Abgrenzung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung zu derartiger Unsicherheit, dass im Zweifel von der Schutzfähigkeit aller Geisteswerke auszugehen ist, die grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Urheberrechts zuzuordnen sind. Selbst die relativ geringen, von der Rechtsordnung gewährten, Freiheiten können angesichts dieses Umstands häufig nicht genutzt werden.

1777 Streng genommen bedient sich das Konzept des Urheberrechtsgesetzes zum Teil dieser Regelungstechnik. Dies gilt insbesondere für den Werkbegriff, der allein durch die Formulierung „persönlich geistige Schöpfung“ in § 2 Abs. 2 UrhG definiert wird und die Definition der umfassenden Verwertungsbefugnis in §§ 11 und 15 Abs. 1, 1. HS, Abs. 2 Satz 1 UrhG. Die Diskrepanz zwischen Urheber- und Nutzerbefugnissen wird angesichts des Umstandes evident, dass das Urheberrecht offen und umfassend (präzisiert allein durch beispielhafte Kataloge) gewährt wird, während die Nutzerbefugnisse abschließend formuliert sind. Hieraus ergibt sich eine Schlechterstellung der Nutzer (zu denen auch die Verwerter und häufig wiederum die Urheber zu zählen sind (siehe zu den unterschiedlichen Interessenkonstellationen oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.C), da insbesondere diese Gruppe unter den – mit Generalklauseln stets einher gehenden – Unsicherheiten (vgl. hierzu oben, Fn. 1776) zu leiden hat.

## II) Unterscheidung von Werkschutz und Urheberschutz durch Trennung von vermögensrechtlichen und ideellen Belangen

### A) Grundgedanke

Auf dem Weg zu einem auf Einzelfallgerechtigkeit fokussierenden, differenzierenden Urheberrechtsschutz liegt es zunächst angesichts der im Verlauf der Arbeit gewonnenen Erkenntnisse nahe, eine erste grundsätzliche Unterscheidung der Schutzgüter nach „persönlichen“ und „unpersönlichen“ Werken vorzunehmen<sup>1778</sup>. Es scheint sinnvoll, diese Differenzierung im Rahmen der Einzelfallbeurteilung fortzusetzen, um die Ausgestaltung des Schutzes insgesamt an die Anforderungen des jeweiligen Erzeugnisses anzupassen.

Um die „Primärebene“ des funktionalen Schutzkonzepts zu schaffen, wären einige Modifikationen am geltenden Recht notwendig. Getragen wird das Konzept v. a. durch eine klare systematische Trennung von Vermögens- und Persönlichkeitsrechten sowie der funktionsorientierten Abgrenzung der Schutzbereiche dieser beiden Positionen einerseits und einer funktionalen Ausgestaltung des jeweiligen Urheberrechts und dessen Modalitäten andererseits.

Hinsichtlich des ersten Punktes soll hier ein Gedanke von *Strömholm* aufgenommen werden. *Strömholm* entwickelte in einer Schrift von 1989<sup>1779</sup> den Gedanken, den konzeptionellen Unstimmigkeiten im Urheberrechtsgesetz zu begegnen, indem ideelle Faktoren, wie das Urheberpersönlichkeitsrecht und „gewisse damit verflochtene Regeln“, aus dem Urheberrechtsgesetz extrahiert werden. Dieser gesamte Komplex könnte – so *Strömholm* – „*evtl. einer umfassenden Regelung des Schutzes von Interessen dieser Art angegliedert werden*“. Wie ein solches Konzept aussehen könnte, hat *Strömholm* an jener Stelle nicht weiterverfolgt. Im Folgenden sollen einige Gedanken geäußert werden, wie eine legislative Umsetzung der Idee von einem neuen Dualismus aussehen könnte<sup>1780</sup> und welche konzeptionellen Änderungen dies erfordern würde.

1778 Auch *Peukert* (UFITA 2002, S. 689 (702)) erwägt einen solchen Ansatz.

1779 *Strömholm*, GRUR Int. 1996, S. 539 (533).

1780 Das von *Strömholm* angedachte Modell unterscheidet sich wesentlich von anderen in der Vergangenheit proklamierten Lösungen für abgestufte Schutzkonzeptionen. Diese basierten zumeist auf einer Abstufung Urheberrecht-Leistungsschutzrecht-Wettbewerbsrecht, vgl. z. B. die Dissertationen von *Thoms* (S. 316 ff.) und *Schulze* (S. 299 ff.), *Dietz* in FS Schönherr, S. 111 (114 ff.); ders. Europäische Gemeinschaft, S. 62 ff.; *Morgenroth*, S. 84 ff.; *Rintelen*, S. 50; *Riedel*, UFITA 21 (1956 I), S. 54 (57 f.); *Strunkmann-Meister*, FuR 1972, S. 29 ff.; *Schmieder*, FuR 1972, S. 22 ff. (27 f.).

Die Trennung beider Aspekte soll im Folgenden durch die Unterscheidung zwischen „Werkschutz“ (für die vermögensrechtliche Komponente) und „Urheberrecht“ (für das Persönlichkeitsrecht) verdeutlicht werden. Die beiden Bezeichnungen implizieren die unterschiedliche Schutzrichtung der Komponenten. Während das Urheberpersönlichkeitsrecht, wie bisher das gesamte Urheberrecht, auf den Schutz des Urhebers abzielt, ist das Vermögensrecht bestimmt, einen funktionalen wirtschaftsrechtlichen Schutz zu gewähren, dessen Ausprägung sich an der Schutzbedürftigkeit des Werkes definiert. Gleichmaßen wird hiermit die Differenz der rein individualrechtlichen Motivation des Persönlichkeitsrechtsschutzes zur objektbezogenen Ausrichtung der wirtschaftsrechtlichen Komponente hervorgehoben. Diese Objektbezogenheit entspricht dem Ansatz des Copyrights<sup>1781</sup>, der auf diesem Weg mit dem Konzept des *Droit D’Auteur* (Recht des Urhebers) kombiniert wird.

Die Aufspaltung in Urheber- und Werkschutz könnte – wie von *Strömholm* angedacht – in Form zweier eigenständiger Gesetze erfolgen. Eine solche Regelungstechnik ist aber nicht zwingend. Eine andere Alternative wäre, die konzeptionelle Trennung dadurch vorzunehmen, dass die beiden Regelungsgegenstände in verschiedenen „Teilen“ des Urheberrechtsgesetzes normiert werden<sup>1782</sup>. Die letztgenannte Möglichkeit mag in Bezug auf die Konsensfähigkeit sogar von Vorteil sein, wengleich das Konzept eines eigenen Persönlichkeitsrechtsschutzgesetzes nicht ganz neu ist<sup>1783</sup>.

Auf die Wahl der Regelungstechnik soll es hier letztlich nicht ankommen. Im Vordergrund steht vielmehr der zugrunde liegende Gedanke, das „Schicksal“ der ideellen und materiellen Aspekte des Urheberrechts im Sinne eines dualistischen Schutzkonzepts zu trennen.

## B) Vorteile des zweigleisigen Schutzsystems

Die Vorteile eines zweigleisigen Schutzkonzepts entsprechen jenen, die oben<sup>1784</sup> im Rahmen des Vergleichs zwischen einem multipolaren und einem monopolaren

1781 Siehe hierzu die Ausführungen oben, Teil 1, Kapitel 3, Punkt III.A.

1782 Auf diese Weise ist *de lege lata* die Trennung von Urheber- und Leistungsschutzrechten gelöst worden.

1783 Der Fokus wird wie bisher allein auf dem Urheberrecht liegen. Nicht erörtert werden sollen hier Vor- und Nachteile einer Gesamtkonzeption zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechtsschutzes, wie von *Strömholm* (GRUR Int. 1996, S. 539 (533) angedeutet. In diesem Zusammenhang sei hingewiesen auf den Entwurf eines „Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes“ aus dem Jahre 1959 (abgedruckt in UFITA 29 (1959), S. 39 – 98), mit dem ein umfassender Schutz der Persönlichkeitsrechte im BGB vorgeschlagen wurde.

1784 Siehe oben Kapitel 1.

rechtstheoretischen Begründungsansatz hervorgehoben wurden. Sie liegen in erster Linie darin, eine Differenzierung der Schutzgüter bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung einer stringenten systematischen und dogmatischen Linie zu ermöglichen.

In erster Linie beruht das Modell auf der Erkenntnis, dass die traditionellen, kulturell bedeutenden Wertmaßstäbe des geltenden Urheberrechts, die in bestimmten Bereichen des Werkschaffens bis heute legitim geblieben sind und dies auch in Zukunft sein werden, erhalten werden sollten. Gleichzeitig ermöglicht die Trennung, einen funktionalen Werkschutz zu etablieren, der sich durch seine abweichenden Anforderungen von dem herkömmlichen Individualrechtsschutz (auch persönlichkeitsrechtlicher Natur) wesentlich unterscheidet.

Was für eine Trennung von persönlichkeits- und vermögensrechtlichen Belangen spricht, wurde in Grundzügen ebenfalls bereits in den Ausführungen über die Begründungsansätze aufgezeigt. Die Argumentation wirkt hier – auf der positivrechtlichen Ebene – fort<sup>1785</sup>. Besonders das Anliegen, eine internationale Annäherung der Urheberrechtsordnungen zu erreichen<sup>1786</sup>, spricht erheblich auch für eine Neubewertung des monistischen Schutzansatzes des Urheberrechtsgesetzes.

Die Unterschiede im Bereich des Urheberpersönlichkeitsrechts sind – schon auf dem Gebiet der Europäischen Union – besonders groß. Bereits die Frage, ob es eines solchen überhaupt bedarf, wird international sehr unterschiedlich bewertet<sup>1787</sup>. Das Urheberpersönlichkeitsrecht steht mit der im kontinentaleuropäischen Bereich gewachsenen Rechtsphilosophie in besonders engem Zusammenhang, tradierte Vorstellungen hierüber erschweren seit jeher eine Annäherung der Schutzsysteme<sup>1788</sup>. Entsprechend sind die Erfolge einer Harmonisierung des Urheberpersönlichkeitsrechts – verglichen mit den Fortschritten auf der Ebene des vermögensrechtlichen Aspektes – äußerst gering<sup>1789</sup>. Es zeigt sich hieran, dass, obwohl die Urheberpersön-

1785 Siehe oben, Kapitel 1.

1786 Siehe oben, Kapitel 1, Punkt I.B.3).

1787 Besonders die Copyright-Systeme sind bei der Gewähr von Urheberpersönlichkeitsrechten äußerst restriktiv. Siehe hierzu oben, Teil 1, Kapitel 3, Punkt III.D).

1788 Der Beitritt der USA und Großbritanniens zur RBÜ etwa hat sich wegen der Bestimmung zum Urheberpersönlichkeitsrecht in Art. 6bis RBÜ um Jahrzehnte verzögert. Die USA sind erst im Jahr 1989 der 1886 begründeten Berner Übereinkunft beigetreten, vgl. hierzu oben Teil 1, Kapitel 3, III.D), v. a. Fn. 855. Auch nach dem Beitritt wurde die Umsetzung der Vorgabe aus Art. 6bis RBÜ nur unzureichend vorgenommen. Vgl. zum englischen CDPa oben, Fn. 873.

1789 Bei den internationalen Regelungsbestrebungen auf dem Gebiet des Urheberrechts ist das Urheberpersönlichkeitsrecht nahezu bedeutungslos. Aussagekräftig ist diesbezüglich die Tatsache, dass in dem wichtigsten richtungsweisenden Papier der Europäischen Union, dem Grünbuch „Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“ (KOM (95) 382, siehe S. 67), bei aller Bandbreite der dort angesprochenen Fragen, das Urheberpersönlichkeitsrecht ausdrücklich ausgespart wurde. Entsprechend ist eine Harmonisierung bis heute nicht erfolgt. Auch in der Richtlinie 2001/29/EG, die der Anpassung des Urheberrechts

lichkeitsrechte eine praktisch zunehmend geringere Rolle spielen<sup>1790</sup>, sie einer internationalen Angleichung der Rechtssysteme im Wege stehen.

Im Hinblick auf einen international kohärenten und effektiven Schutz des Urheberrechts, erschiene es daher vorteilhaft, wenn man die Harmonisierung von ideellem und materiellem Urheberrechtsschutz voneinander isoliert vornehmen könnte. Der Monismus und die hierdurch hergestellten Bindungen zwischen ideellen und materiellen Interessen am Werk lassen eine solch vollständige Trennung jedoch nicht zu. Dieses Problem stellt sich bei dem in den *Droit-D'Auteur*-Staaten vorherrschenden dualistischen Prinzip nicht<sup>1791</sup>.

Dabei ist nicht zu verkennen, dass im Hinblick auf eine internationale Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes mit einer bloßen Trennung von materiellen und immateriellen Schutzpositionen an sich noch nicht viel erreicht werden kann<sup>1792</sup>. Diese soll vielmehr dem eigentlichen Ziel dienen, den Urheberpersönlichkeitsrechtsschutz auf solche Werke zu beschränken, bei denen es eines solchen bedarf. Es ist – angesichts der schwindenden Bedeutung des Urheberpersönlichkeitsrechts v. a. bei der Masse der unpersönlichen Werke – auf diesem Wege zu erwarten, dass die hierdurch herbeigeführten Hemmnisse für eine internationale Harmonisierung abgebaut werden.

an die Informationsgesellschaft dienen soll, werden persönlichkeitsrechtliche Aspekte nicht geregelt. Sogar national, trotz der durch den Gesetzestext traditionell elementaren Bedeutung des Urheberpersönlichkeitsrechts, verliert dies immer mehr gegenüber den wirtschaftlichen Interessen an faktischer Bedeutung. Beispielsweise nehmen die Verwertungsgesellschaften urheberpersönlichkeitsrechtliche Positionen nicht wahr. Die Wahrnehmung dieser Rechte kann nur individuell erfolgen (vgl. *Rehbinder*, ZUM 1995, S. 684 (686), was v. a. für das Lizenzmanagement bei Multimediawerken von erheblichem Nachteil sein kann (siehe hierzu oben Teil 3, Kapitel 2, Punkt I.B).

1790 Siehe hierzu bereits oben, Teil 2, Punkt II.D.3.a).

1791 Ein dualistisches Urheberrechtssystem haben z. B. die *Droit-D'auteur*-Länder Frankreich, Belgien und die Schweiz, vgl. *Schack*, Rdnr. 306 – 308; *Dietz*, Europäische Gemeinschaft, S. 105. Der englische CDPA geht, genau genommen, über einen bloßen „Dualismus“ noch hinaus, da das *moral right* dort gar nicht als Copyright, sondern als ein eigenständiges Recht qualifiziert wird, vgl. *Dietz*, ebd., S. 107 und oben, Teil 1, Kapitel 3, Punkt III.D).

1792 Würde man ansonsten an der deutschen Rechtstradition des Monismus festhalten, nach der an jedem Werk Vermögens- und Persönlichkeitsrechte entstehen, hätte dies zur Folge, dass die ideellen Interessen am Schutzgut zwar in Deutschland, nicht aber in anderen Ländern berücksichtigt würden. Umgekehrt hätte Deutschland aufgrund des in den internationalen Urheberrechtskonventionen verankerten Inländerbehandlungsgrundsatzes (vgl. etwa Art. 5 Abs. 1 RBÜ und hierzu *Kreutzer*, S. 71) Ausländern einen Urheberpersönlichkeitsrechtsschutz zu gewähren, Deutsche wären im Ausland dagegen nicht in dieser Hinsicht geschützt. Eine solche Zersplitterung der Urheberrechtssysteme ist daher durch eine weitergehende Veränderungen an der deutschen Rechtstradition zu vermeiden.

## C) Systematik

### 1) Abgrenzung und Verhältnis von Urheber- und Werkschutz

Das Prinzip des hier vorgeschlagenen Konzept eines „funktionsorientierten Dualismus“ basiert auf der Unterscheidung zwischen Urheber- und Werkschutz. Während der Werkschutz allein der Sicherung der wirtschaftlichen Interessen am Werk dient, soll das hiervon zunächst unabhängige Urheberschutzrecht den Schöpfer in seinen persönlichen Interessen am Werk schützen.

Im Rahmen einer solchen Trennung wäre es zunächst erforderlich, die Entstehung von Urheber- und Werkschutzrecht isoliert zu beurteilen. Nur so kann gewährleistet werden, dass das jeweilige (v. a. das Persönlichkeits-)Recht nur dann entsteht, wenn ein Schutz geboten ist. Damit wären die Voraussetzungen für einen funktionsorientierten Dualismus geschaffen. Erreicht wird auf diesem Weg, dass beide Rechte selbstständig nebeneinander entstehen. Die in Teil 3 aufgezeigten Nachteile eines strengen Monismus würden so minimiert. Zum Beispiel würden der originären Entstehung des Werkschutzrechtes bei juristischen Personen keine grundlegenden dogmatischen Bedenken mehr entgegenstehen. Dennoch könnte an dem Grundsatz festgehalten werden, dass ein Schutz ideeller Interessen – in Form des Urheberschutzrechtes – nur natürlichen Personen zustehen kann.

Ausgehend von diesem Grundkonzept würden beide Schutzpositionen regelmäßig unterschiedlichen Personen zustehen. Sie könnten auch im Rechtsverkehr unterschiedliche Wege gehen. Eine solche Folge hätte – neben der hierdurch erreichten Flexibilität bei der Verkehrsfähigkeit des Vermögensrechts – auch Nachteile. So müsste ein Rechtserwerber, der neben Nutzungsrechten auch persönlichkeitsrechtlich ausgestaltete Befugnisse für seine Werkverwertung benötigt (etwa ein Erstveröffentlichungsrecht) u. U. mit verschiedenen Personen kontrahieren. Sind persönlichkeitsrechtlich ausgestaltete Befugnisse für die Werkverwertung erforderlich, wäre auch ein Rechtsinhaber, soweit er nicht selbst Inhaber des Urheberschutzrechtes ist, nicht frei in seiner Verwertung. Allerdings ist dieser Effekt nicht als Nachteil gegenüber dem geltenden Urheberrecht zu sehen, sondern allenfalls als ein durch die Neuorientierung des Schutzkonzepts nicht erreichter Vorteil. Auch nach geltendem Recht besteht das Problem, dass die Verwertungsrechte meist einem Verwerter eingeräumt werden, dem Urheber jedoch die unübertragbaren Bestandteile des Persönlichkeitsrechts verbleiben. Vermögens- und persönlichkeitsrechtliche Befugnisse fallen also auch nach gegenwärtiger Rechtslage regelmäßig auseinander. Um dies zu vermeiden und eine möglichst ungestörte Rechtswahrnehmung zu gewährleisten, sind die Verwerter schon jetzt auf einen derivativen Erwerb aller Befugnisse angewiesen, die sie hierfür benötigen. Elementare Nachteile, die sich gegenüber dieser Situation aus einer vollständigen Trennung von Werk- und Urheberschutzrecht ergeben, sollten sich daher nicht ergeben.

Inhaltlich ist angesichts der unterschiedlichen Zielsetzungen beider Schutzrechte zwingend, dass diese den ihnen jeweils zugewiesenen Schutzbereich abschließend und ausschließlich regeln. Auch die Vorgaben für eine Abgrenzung beider Rechte ergeben sich notwendigerweise aus deren abweichenden Intentionen. Die Beurteilungsgrundlage für die Zuordnung der Schutzpositionen muss darin liegen, ob ein Schutzaspekt materiellen (dann Werkschutz) oder ideellen (dann Urheberrecht) Interessen des Urhebers dient. Eine abstrakte Entscheidung hierüber verbietet sich indes. Es hat sich gezeigt, dass v. a. das Urheberpersönlichkeitsrecht „im engeren Sinne“, also Namensnennungs- und Veröffentlichungsrecht sowie Entstellungsschutz sowohl persönlichkeitsrechtliche als auch vermögensrechtliche Interessen, betreffen können<sup>1793</sup>. Es besteht jedoch trotz dieser teilweisen Übereinstimmungen die Möglichkeit, eine Abgrenzung beider Rechtspositionen an dem jeweiligen Sinn und Zweck des Rechtsschutzes durchzuführen. Ergibt sich das Problem, dass eine Rechtsposition beide Schutzaspekte aufweist, müsste dies konzeptionell zur Folge haben, dass diese – soweit notwendig – durch beide Systeme gewährt wird. Es ist auch im funktionsorientierten Dualismus nicht ausgeschlossen, dass an einem Werk gleichzeitig ein vermögens- und ein persönlichkeitsrechtliches Veröffentlichungsrecht besteht.

Da die Idee von einem funktionsorientierten Urheberrechtsschutz vor allem den vermögensrechtlichen Bereich betrifft, wird dem Werkschutz im hier vorgeschlagenen Konzept die Funktion der allgemeinen, der generellen Regelung zukommen. Allerdings kann zwischen den Tatbeständen beider Schutzrechte aufgrund der grundlegend unterschiedlichen Zielsetzung weder ein Verhältnis von Spezial- zu Allgemeinregelung noch ein Über-/Unterordnungsverhältnis bestehen. Der Urheberschutz markiert nicht das stärkere Recht, sondern ein anderes Recht. Die Unterschiede sind damit inhaltlicher und nicht gradueller Natur.

## 2) Werkbegriff und Schutzbereich

Entsprechend seines Schutzauftrages – angemessener Schutz an einem vermögenswerten Gut – wäre ratsam, den Werkschutz so auszugestalten, dass die Anforderungen an seine Entstehung gering sind. In diesem Sinne wirken sich die Vorteile des gegenüber dem traditionellen Urheberrechts veränderten Begründungsansatzes praktisch aus. Mangels idealisierender Elemente, die den Eindruck von einem „Schutzrecht der Hochkultur“ vermitteln könnten, orientieren sich die vermögensrechtlichen

1793 Vgl. zur verfassungsrechtlichen Dimension dieser Problematik oben, Fn. 732. Eingehend Metzger, S. 75 ff. Siehe auch die Beschreibung des monistischen Ansatzes in den Motiven (UFITA 45 (1965 II), S. 240 (258)), wo die Natur des Urheberrechts als „*untrennbare Einheit vermögensrechtlicher und persönlichkeitsrechtlicher Bestandteile*“ beschrieben wird.

Aspekte des funktionsorientierten Dualismus allein an wirtschaftlichen Faktoren. Auf dem Weg zu einer möglichst flexiblen Schutzgewährung wäre zu überlegen, ob dem Werkbegriff nicht seine zentrale Funktion als – mehr oder weniger starre – Schutzuntergrenze entzogen werden sollte. Die Alternative läge darin, auf der Ebene der vertikalen Abgrenzung zwischen geschütztem und ungeschütztem Bereich nur noch Minimalanforderungen zu stellen, um das Ziel angemessener Schutzgewährung nicht bereits generalisierend ab einer mehr oder weniger hoch angesiedelten Untergrenze abzuschneiden. Um überbordenden Schutz dennoch zu vermeiden, wäre vorzugswürdig, „feinere“ Korrekturen in Form von Beschränkungen der Schutzwirkung vorzunehmen.

Ein solche „Filterlösung“ hätte – anders als die vertikale Abgrenzung des Schutzbereichs über Werkbegriff und Gestaltungshöhe – nicht zum Ziel, den Schutzbereich zu beschränken, sondern den Schutzzumfang angemessen auszugestalten. Dies würde der Einzelfallgerechtigkeit als einem der wesentlichen Regelungsziele des hier skizzierten Konzepts nicht unerheblich zugute kommen. Neben diesem Vorzug (erhöhte Flexibilität bei der Rechtsgewähr im Einzelfall) könnte man auf diesem Weg auch Schutzlücken in Bezug auf neue Werkarten und/oder Nutzungsformen vermeiden, die bei einem starren Werkbegriff als Schutzuntergrenze auftreten können. Ohnehin liegt in einer solchen Gestaltung der Schutzbereichsdefinition die ersichtlich einzig stringente Lösung zur Umsetzung der Idee von einem funktionsorientierten Dualismus.

Ein denkbares Ergebnis dieses Regelungskonzepts wäre, dass an einem Geistesgut zwar prinzipiell das Werkschutzrecht besteht, dieses aber aufgrund der besonderen Interessenlage im Einzelfall keinen Schutz entfaltet.

Im Zuge der Trennung von Werk- und Urheberrecht wäre im Übrigen nahe liegend, unterschiedliche Definitionen für die Schutzgegenstände vorzusehen. Eine Veränderung der Tatbestandsmerkmale eines Werkbegriffs für das Werkschutzrecht in Richtung rein funktionsorientierter Schutzkriterien wäre die konsequente Folge des hier skizzierten Konzepts<sup>1794</sup>. Statt des in mancher Hinsicht defizitären Individu-

1794 Ein wesentliches Manko bei der Definition der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit mittels der traditionellen Begriffe wird darin gesehen, dass diese undefinierbar und unnachweisbar sind, da sie zu sehr auf persönliche, innere Umstände des schöpferischen Individuums rekurrieren (Strömholm, GRUR Int. 1989, S. 15 (18); ders. GRUR Int. 1996, S. 529 (531); Straub, GRUR Int. 2001, S. 1 ff.). „Eine Wissenschaft ist eine gut konstruierte Sprache. Eine nicht mehr funktionierende Sprache kann eine Wissenschaft verderben“ sagt Strömholm (GRUR 1996, S. 529 (533)). Dass die Sprache des Urheberrechts bei modernen Werkformen nicht gut funktioniert, zeigt sich an den Schwierigkeiten, Individualität etwa bei Computerprogrammen zu bestimmen. Über hieraus erwachsene praktische Probleme legen die in Teil 1 beschriebenen Beweisschwierigkeiten bei urheberbezogenen Tatbestandsmerkmalen beredtes Zeugnis ab. Eine „Bereinigung der Terminologie“ wäre somit ein vorteilhafter (Neben-) Effekt der „Entpersönlichung“ des materiellen Urheberrechts durch Einführung eines pragmatischen Werkschutzkonzepts.

alitätsbegriffs<sup>1795</sup> würde sich diesbezüglich anbieten, bei der Definition einer Bagatelluntergrenze vorrangig auf ein Mindestmaß an Aufwendungen gleich bestimmter Art und Weise abzustellen.

Demgegenüber würde die eigenständige Konstruktion des Urheberrechts ermöglichen, die einzelnen Regelungsaspekte anders auszugestalten<sup>1796</sup>. Auch hier empfiehlt sich tendenziell eine praxisorientierte Herangehensweise. Zwar ist denkbar, diesbezüglich an dem geltenden Werkbegriff im Grundsatz festzuhalten. Hierfür spricht, dass der Individualitätsbegriff bei entsprechender Auslegung das Bestehen persönlicher Beziehungen zwischen Urheber und Werk bedingt<sup>1797</sup>. Solche wären im Zweifel auch wesentliches Merkmal für die Entstehung des Urheberrechts. Gegen die Beibehaltung des geltenden Werkbegriffs spricht indes, dass dieser – wie in Teil 1 gesehen – höchst unterschiedlich interpretiert werden kann. Den geltenden Werkbegriff im Konzept des funktionsorientierten Dualismus beizubehalten wäre daher nur zielführend, wenn gewährleistet wäre, dass dessen Auslegung sich entscheidend an dem Regelungszweck der Schutzbereichsdefinition im Urheberrecht orientiert. Dieser liegt – wie gesagt – darin, die Gewähr von ideellen Schutzpositionen an Werken auf die Fälle zu beschränken, in denen dies geboten erscheint.

Als Alternative oder Ergänzung zum geltenden Werkbegriff wäre denkbar, im Gesetz Fallgruppen zu definieren, in denen von einer Schutzbedürftigkeit ideeller Interessen am Werk generell ausgegangen werden kann. Ein wesentlicher Faktor bei der Bestimmung dieser Fälle könnte darin liegen, ob bei bestimmten Werken davon ausgegangen werden kann, dass deren Gestaltung regelmäßig von dem Einfluss höchstpersönlicher Eigenschaften des Schöpfers dominiert wird<sup>1798</sup>.

### 3) Zuordnung zu einem Rechtsträger

Eines der maßgeblichen Ziele des hier vorgeschlagenen Schutzkonzepts liegt darin, Möglichkeiten der Differenzierung bei der Zuordnungsfrage zu schaffen, um dem Leistungsprinzip als rechtstheoretischer Alternative zur naturrechtlichen Begründung des Urheberrechts zur Geltung zu verhelfen. Im Rahmen der Zuordnungsfrage wird die Problematik zu klären sein, wessen Leistung bei einer Mehrheit von kausalen Beiträgen im Rahmen der Werkerschaffung zu einer originären Zuordnung von Rechten am Werk führen muss und in welchem Umfang dies angemessen erscheint.

1795 Siehe hierzu Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4).

1796 In dieser dogmatischen Eigenständigkeit sieht *Hunziker*, UFITA 97 (1984), S. 127 (134) den wesentlichen Vorteil dualistisch konstruierter Systeme gegenüber monistischen Regelungsmodellen.

1797 Siehe hierzu Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd).

1798 Hierdurch würde, nach den Ausführungen im ersten Teil (Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(4) eine „innere Verbundenheit“ zwischen Urheber und Werk indiziert.

Um dies zu ermöglichen, wird zunächst zu prüfen sein, welche Alternativen zum geltenden Schöpferprinzip als Zuordnungsmaxime denkbar sind. Der Vorschlag wird dahin gehen, statt einer einheitlichen Zuordnungsregel das Recht leistungsbezogen zuzuweisen. Hiermit gemeint ist, dass die Zuordnung des gesamten Rechts oder einzelner Rechtspositionen anhand der von den am Werkschöpfungsprozess Beteiligten erbrachten Leistungen erfolgt<sup>1799</sup>. Zuordnungsmaxime wäre damit ein „sach- oder werkbezogenes Leistungsprinzip“. Diese schon als Grundgedanke der Fundierung des hier skizzierten Urheberrechtskonzepts genannte Maxime setzt sich damit auf der Ebene der Rechtszuordnung fort. Damit wird auch erforderlich sein, die Zuordnung von Werkschutz- und Persönlichkeitsrecht nach unterschiedlichen Parametern zu beurteilen. Das Urheberpersönlichkeitsrecht kann immer nur dem Urheber zustehen, da es nicht von einer Leistung, sondern vom Bestehen oder Nichtbestehen einer persönlichen Beziehung abhängt. Eine solche persönliche Bindung, eine innere Verbundenheit, kann stets nur – wenn überhaupt – zwischen einer natürlichen Person und dem Geisteswerk bestehen. In manchen – wohl eher seltenen – Fällen ist damit denkbar, dass das Verwertungsrecht an sich oder einzelne Aspekte desselben und das Persönlichkeitsrecht unterschiedlichen Personen zustehen<sup>1800</sup>.

#### 4) Schutzzumfang/Schutzfrist

Ein weiterer Schritt in Richtung eines funktionsorientierten Dualismus könnte in einer verstärkt einzelfallbezogenen Bemessung von Schutzwirkung und Schutzzumfang liegen<sup>1801</sup>. Der dem hier umrissenen Konzept zugrunde gelegte multipolare Schutzansatz und die Erfahrungen mit dem geltenden Recht würden nahe legen, sich in diesem Zuge von der Schutzrecht-Schrankensystematik zu entfernen. Es hat sich gezeigt<sup>1802</sup>, dass in diesem Modell ein Rangverhältnis von Schutzrechten und Schrankenbestimmungen vorangelegt ist. Mit dem Ansatz, die Ausgleichsfunktion des Urheberrechts – und damit die Interessen Dritter und der Allgemeinheit – in die Funktionsbestimmung des Urheberrechts aufzunehmen, wäre dies nicht vereinbar. Eine denkbare Möglichkeit dem vorzubeugen läge darin, den Regelungsgegenstand der

1799 Wie dies praktisch realisiert werden könnte, wird unten, Punkt II.D) erörtert.

1800 Dass solche Fälle eher selten sein werden, ist nach dem oben Gesagten deshalb zu prognostizieren, da die persönlichen Werke im Allgemeinen auch durch den Künstler allein und unter eigener Regie freischaffend zustandekommen werden. Hier stellt sich die Frage nach einem Auseinanderfallen der Positionen nicht.

1801 Nicht eingegangen werden soll in diesem Punkt auf die Regelungen des Urheberschutzes. Aufgrund der hier besonders gelagerten Interessenlage spricht grundsätzlich nichts dagegen, es bei dem Konzept des Ausschließlichkeitsschutzes zu belassen. Dies kann im Einzelnen indes hier nicht erörtert werden.

1802 Siehe eingehend hierzu oben, Teil 2, Punkt IV.B.4).

Schrankenbestimmungen als integralen Bestandteil der Schutzrechte auszugestalten. Statt durch eine Dichotomie von Rechten und Beschränkungen würde der Schutzzumfang in einem solchen Modell durch in sich beschränkte Inhaltsbestimmungen definiert.

Um einzelfallgerechte Lösungen auch in Bezug auf Schutzzumfang und Schutzwirkung zu erzielen, wäre es zudem denkbar, diese werkbezogen zu bemessen. Folge wäre, dass das jeweilige Schutzrecht nur in dem Umfang entstände, der angesichts der faktischen Notwendigkeiten benötigt wird und der mit Blick auf die Nutzungs- und Verwertungsinteressen angemessen erschiene<sup>1803</sup>. Auch auf diese Weise würde gewährleistet, dass eine Hierarchie zwischen Rechtsinhaber- und Nutzerinteressen vermieden wird. Ergebnis einer solchen Konzeption wäre, dass im Gegensatz zu dem geltenden Modell nicht an jedem Werk eine umfassende und ausschließliche Verwertungsbefugnis bestünde. Vielmehr würde sich das Schutzrecht an den zu erwartenden wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten und den entgegenstehenden Interessen ausrichten.

Die Umsetzung dieses Gedankens könnte z. B. dergestalt realisiert werden, dass Fallgruppen von Schutzrechtsbeschränkungen gebildet werden, deren Anwendung zu einem Ausschluss von bestimmten, im Zweifel nicht benötigten oder nicht als angemessen erscheinenden Schutzpositionen führte. Umgekehrt wäre denkbar, für bestimmte Sonderfälle außerordentliche Schutzrechte vorzuhalten, soweit solche neben den oder anstatt der allgemeinen Verwertungsrechte für einen effektiven Rechtsschutz unabdingbar sind<sup>1804</sup>.

Ein weiterer Schritt in Richtung eines einzelfallbezogenen, angepassten Werk-schutzes könnte darin liegen,<sup>1805</sup> auch die Schutzdauer nicht statisch, sondern ebenfalls als inhaltliche Beschränkung der Reichweite des Schutzrechts auszugestalten. Da diese nunmehr von persönlichkeitsrechtlichen Belangen unabhängig zu bemessen wäre, könnte hierbei wiederum nur eine werkbezogene Bestimmung zugrunde gelegt werden. Auch hier gilt es, einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Partikular- und Kollektivinteressen zu finden.

Das Ziel läge darin, eine den Umständen angemessene Schutzdauer zu bemessen, bei deren Berechnung die wirtschaftliche Lebensdauer des Werkes, die Interessen

1803 Eine solche Schutzzumfangsbestimmung bedürfte zunächst einer eindeutigen Ziel- und Wessensbeschreibung. Um dies positivrechtlich zu verankern, wäre an eine Neuformulierung des § 11 UrhG zu denken. Diese könnte z. B. lauten: „Das Urheberrecht dient den wirtschaftlichen Interessen des Berechtigten sowie den Nutzungs- und Zugangsinteressen der Allgemeinheit.“

1804 Zu denken wäre z. B. an einen Schutz vor Übernahme von Ideen und Konzepten, der nicht über das Vervielfältigungsrecht oder das Verbreitungsrecht gewährleistet werden kann.

1805 Auch an dieser Stelle sollen keine Ansätze für einen Urheberschutz präsentiert werden. Da die dortigen Regelungen nicht einer Analyse auf ihre Angemessenheit im Einzelnen unterzogen werden sollen, wird im Zweifel davon auszugehen sein, dass die geltenden Regelungen des Urheberrechtsgesetzes übernommen werden können.

der Allgemeinheit sowie die Amortisations-, u. U. aber auch Alimentationsinteressen der Berechtigten gleichermaßen berücksichtigt werden. Auf Seiten der Interessen der Allgemeinheit wäre z. B. einzubeziehen, dass urheberrechtliche Werke, „nach einer die (geistigen und) wirtschaftlichen Interessen des Urhebers und seiner Erben angemessen berücksichtigenden Frist frei zugänglich sein müssen“. Diese Zielsetzung entspräche der geltenden Schutzdauerbeschränkung<sup>1806</sup>.

1806 Vgl. Motive, UFITA 45 (1965 II), S. 240 (246). So auch die von Grün, S. 101 ff. als „*Interesstheorie*“ bezeichnete Argumentation für eine zeitliche Begrenzung des Urheberrechts, die in erster Linie vom kulturellen Interesse der Allgemeinheit ausgeht. Auch das Bundesverfassungsgericht (GRUR 1989, S. 193 (196) – Vollzugsanstalten) geht von einer Ausgleichsfunktion der Schutzdauerregelung aus. Es sieht die innere Rechtfertigung für die zeitliche Begrenzung des Urheberschutzes nach § 63 Abs. 1 UrhG darin begründet, dass sich das Werk nach der Veröffentlichung mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit zunehmend löse und irgendwann geistiges und kulturelles Allgemeingut werde.

### *Kapitel 3: Überlegungen zur positivrechtlichen Umsetzung eines funktionsorientierten Dualismus*

#### I) 1. Element: Der Urheberschutz

Da der Schwerpunkt der konzeptionellen Ausführungen auf der Darstellung des Werkschutzaspektes liegen soll, werden hier nur einige kurze Gedanken zum Konzept des Urheberschutzes geäußert. Dies erscheint angemessen, da der wesentliche inhaltliche und konzeptionelle Anpassungsbedarf in erster Linie die vermögensrechtliche Seite des Urheberrechts betrifft.

Die im Folgenden skizzierten Änderungen eines persönlichkeitsrechtlichen Urheberschutzes gegenüber dem geltenden Recht ergeben sich aus der Idee von einer Trennung der beiden Elemente des Urheberrechts und der Beschränkung des ideellen Schutzes auf die relevanten Fälle. Im Folgenden werden die in diesem Zusammenhang als maßgeblich erachteten Aspekte eines Urheberschutzes kurz aufgezeigt.

#### A) Ausrichtung des Urheberschutzes

Der Urheberschutz dient den ideellen Interessen des Urhebers am Werk, soweit diesem derart schutzwürdige Belange zuzugestehen sind. Denkbar wäre, sich bei der Bestimmung der zu gewährleistenden ideellen Schutzpositionen am geltenden Recht zu orientieren. Im Vordergrund stünde hiernach die rechtliche Absicherung der Authentizität und Integrität des Geistesgutes sowie des Veröffentlichungsrechts in seiner ideellen Ausprägung und des Namensrechts in ebendiesem Sinne. Auch andere Positionen aus dem Urheberrechtsgesetz könnten in das hier angedachte Modell eines Urheberschutzes übernommen werden<sup>1807</sup>.

Fraglich ist, ob es sich anbieten würde, den Anwendungsbereich des Urheberschutzes nach dem hier konzipierten Modell von vornherein auf bestimmte Werkarten, etwa solche, die regelmäßig als „persönliche Werke“ zu qualifizieren sein werden, zu beschränken. Eine derartige Generalisierung von abstrakten Erfahrungswerten (so man solche überhaupt statuieren könnte) würde dem Prinzip eines funktionsorientierten Dualismus indes zuwiderlaufen. Da dies auf der Gewähr bedarfsgerechten Schutzes basiert, ist vielmehr geboten, den Schutzbereich auch gegenüber untypischen Einzelfällen zu öffnen. Kann der Rechtsinhaber z. B. geltend machen, an

1807 Z. B. die Rückrufsrechte aus § 41, 42 UrhG.

einem Computerprogramm schutzwürdige und -bedürftige persönliche Interessen zu haben, sind diese im angemessenen Umfang auch zu gewähren.

Um auf der anderen Seite den Anwendungsbereich des Urheberschutzes nicht über Gebühr auszudehnen, wird hier empfohlen, die indizielle Bedeutung, die der Werkart bei einer abstrakten Einschätzung der Schutzwürdigkeit ideeller Belange am Werk zukommt, im Rahmen von prozessualen Beweislastregelungen fruchtbar zu machen. Der dahinterstehende Gedanke liegt darin, den generellen Anwendungsbereich des Urheberschutzes durch faktische Hürden auf die potenziell maßgeblichen Konstellationen zu beschränken. Dies könnte erreicht werden, indem die Urheberschutzfähigkeit bei bestimmten Werkarten vermutet würde, wogegen dieser Aspekt in allen anderen Fällen vom Inhaber des materiellen Schutzrechts bewiesen werden müsste<sup>1808</sup>.

## B) Schutzvoraussetzungen und Werkbegriff

### 1) Materiellrechtliche Aspekte

Bezogen auf den Werkbegriff scheint im Wege der Anpassung an das Konzept des Urheberschutzes keine Notwendigkeit für grundlegende Veränderungen zu bestehen. Der geltende Werkbegriff trägt alle Aspekte in sich, die ein persönliches Werk ausmachen, wenn man die Tatbestandsmerkmale im Sinne der Ausführungen in Teil 1 dieser Arbeit auslegt. Durch diese Interpretation wird der geltende Werkbegriff, vor allem terminologisch, als Charakterisierungsinstrument seiner ontologischen und semantischen Bestimmung zugeführt.

Reduziert auf diese Interpretation, entfaltet vor allem der Begriff der Individualität eine Wirkung, die das werkbezogene Merkmal der Gestaltungshöhe überflüssig macht<sup>1809</sup>. Wenn die Eröffnung des Schutzbereiches von der Existenz persönlicher Einflüsse auf die Werkgestaltung und einem hierauf basierenden schutzwürdigen Interesse an Persönlichkeitsrechtsschutz, abhängt, erübrigt es sich auf der Ebene der vertikalen Abgrenzung, ein bestimmtes Maß an Individualität zu verlangen. Denkbar und sinnvoll wäre dagegen – soweit feststellbar –, im Falle konkurrierender ideeller Interessen des Urhebers und entgegenstehender (im Zweifel materieller) Interessen eines Dritten die Intensität der Bindungen zwischen Urheber und Werk in die Interessenabwägung einfließen zu lassen. Bei der Bemessung könnten die im folgenden

1808 Auf dieses Modell wird unten, Kapitel 3, Punkt II.C.) noch näher eingegangen.

1809 So auch schon oben Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c. ee).

Abschnitt angesprochenen – auch objektiv nachweisbaren – Kriterien, vor allem die Art des Werkes, zur Erleichterung der Problematik u. U. fruchtbar gemacht werden.

## 2) Prozessuale Aspekte, vor allem hinsichtlich der Beweislast für die Eröffnung des Schutzbereichs

Eine auf inneren, personenbezogenen Merkmalen basierende Schutzbereichsbestimmung führt zu den altbekannten Problemen in Bezug auf die Beweisfähigkeit. Denkbar wäre, derartigen Defiziten durch Anpassung auf materiellrechtlicher Ebene oder einer Rechtspraxis zu begegnen, bei der objektiv nachweisbare Faktoren als Indizien für das Vorliegen der personenbezogenen Tatbestandsmerkmale herangezogen werden. Dies birgt hingegen die Gefahr, dass im Zuge der ständigen Handhabung mit der Zeit aus einer hilfswisen Heranziehung eine stillschweigende Ersetzung der Merkmale stattfindet, wodurch sich wiederum die Gefahr dogmatischer Brüche ergibt. Eine solche Anpassung, gleich ob durch Legislatur oder Judikatur, ist damit zu vermeiden.

Alternativ wäre denkbar, Kriterien festzulegen, mit deren Hilfe sich prozessuale, genauer beweisführungstechnische, Erleichterungen bei der Handhabung des Rechts ergeben. Konkret wäre zu überdenken, Beweiserleichterungen vorzusehen, die im Regelfall des Urheberschutzrechts Wirkung zu Gunsten des Schutzsuchenden entfalten könnten. Denkbar wäre die Einführung einer materiellrechtlichen Vermutung<sup>1810</sup> für einen (abschließenden) Katalog solcher Werkarten, bei denen per se ein Indiz für das Vorliegen innerer Verbundenheit zum Werk angenommen werden kann. Privilegieren könnte man mit diesem Mittel v. a. die Schöpfer von Werken, die tendenziell einen hohen „Personalisierungsquotienten“<sup>1811</sup> aufweisen, bei denen also abstrakt mit einem hohen Grad an Individualisierbarkeit zu rechnen ist.

Werkarten, bei denen persönliche Bindungen generell nicht bestehen werden – wie dies bei den unpersönlichen, technisch-funktionalen Werkgattungen im Allgemeinen anzunehmen sein wird –, kämen nach diesem Modell dagegen nicht in den Genuss der Privilegierung. Prozessual würde sich das dergestalt auswirken, dass derjenige, der sich in solchen Fällen auf das Vorliegen persönlicher Belange beruft, hierfür den Beweis anzutreten hätte. Der Schutz ideeller Belange des Urhebers am Werk ist also im relevanten Bereich im Zweifel gegeben und in den anderen Fällen im Zweifel nicht.

1810 Materiellrechtliche Vermutungen wirken sich nach deutschem Zivilprozessrecht prozessual als Beweislastregel aus. Die vermutete Tatsache bedarf keines Beweises und muss im Prozess nicht einmal behauptet werden. vgl. *Stein/Jonas-Leipold*, ZPO, Band 4, § 292, Rdnr. 8 und 14. Sie kann – sofern das Gesetz nichts anderes regelt – widerlegt werden, § 292, S. 1 ZPO.

1811 Vgl. hierzu Teil 3, Kapitel 1, Punkt I.B).

Hierin könnte eine Möglichkeit bestehen, eine ausgewogene Akzentuierung des Schutzaspekts herbeizuführen, ohne auf diesem Weg den Schutzbereich des Urheberschutzrechts untypischen Fällen gegenüber zu verschließen. Für die praktische Handhabung des Rechts scheint eine Kombination von materiellrechtlichen und prozessualen Elementen einige Vorzüge aufzuweisen. So sollte es auf materiellrechtlicher Ebene möglich sein, die Entstehung des Urheberschutzrechts von Faktoren abhängig zu machen, bei deren Vorliegen tatsächlich eine Schutzbedürftigkeit ideeller Belange besteht. Dies träfe namentlich insbesondere auf eine „innere Verbundenheit“ zwischen Urheber und Werk<sup>1812</sup> zu. Auf diesem Weg könnte gewährleistet werden, dass den persönlichkeitsrechtlichen Belangen der Urheber Rechnung getragen wird, ohne das Urheberschutzrecht unnötig pauschal auf jeden Schutzgegenstand auszudehnen. Der gegenwärtig zu registrierenden Erosion des Urheberpersönlichkeitsrechts<sup>1813</sup> mag auf diesem Wege ebenfalls entgegengewirkt werden. Unge rechtfertigte Ergebnisse – etwa in untypischen Fällen, in denen das Urheberschutzrecht trotz bestehender ideeller Interessen am Werk keinen Schutz entfaltet – können schließlich auch durch einen Rückgriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht vermieden werden<sup>1814</sup>.

Die Vermutungsregelung wäre notwendig, um ein solches Recht, dessen Entstehungsvoraussetzungen in erster Linie auf „inneren Tatbestandsmerkmalen“ basieren, praxistauglich zu gestalten. Immerhin ist zu erwarten, dass die wesentypischen praktischen Handhabungsschwierigkeiten solcher Faktoren auf Sonderfälle beschränkt und damit weit gehend umgangen werden können.

Problematisch sind an dieser Lösung zwei Aspekte. Zum einen könnte die Beurteilung schwierig sein, bei welchen Werkarten persönliche Beziehungen des Urhebers zum Werk vorausgesetzt werden können. Zum anderen kann sich in der Praxis auch die Abgrenzung der Werkarten als problematisch erweisen<sup>1815</sup>. Ohne hierauf im Detail eingehen zu können, scheinen die Vorzüge des Systems trotz dieser Bedenken vorherrschend.

1812 Zur Erläuterung dieses Begriffs, vgl. oben Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(4).

1813 Siehe hierzu oben, insbesondere Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.B.3.d) und Nachweise in Fn. 818.

1814 Dass sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ähnliche Schutzwirkungen ergeben können, wie aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht zeigt die Entscheidung des Bundesgerichtshofs über die Veröffentlichung privater Aufzeichnungen (BGHZ 13, 334 (338 f.)). Hiernach ergibt sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht für den Autor privater Aufzeichnungen ein ausschließliches (Erst-)Veröffentlichungsrecht, wenn das Urheberpersönlichkeitsrecht wegen mangelnder Schöpfungshöhe keine Anwendung findet. Diese flexible Auffangfunktion kann das allgemeine Persönlichkeitsrecht angesichts des Umstands, dass es als *lex generalis* eingreift, soweit das speziellere Urheberpersönlichkeitsrecht keine Anwendung findet (siehe hierzu oben, Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.B.2.a), auch in Bezug auf andere Fallgestaltungen und Rechtspositionen (etwa das Namensnennungsrecht) entfalten.

1815 Dieses Problem wird sich häufig bei digitalen Werken realisieren, in denen verschiedene Werkformen vereint werden.

Um der Problematik bei der Abgrenzung von bestimmten Werkarten entgegenzuwirken, könnte überdacht werden, ob die Aufführung der Werkarten nicht in einer konkreteren Form als in § 2 Abs. 2 UrhG zu geschehen hätte. Sollte man sich hierfür entscheiden, wäre darauf zu achten, dass der Katalog bei Veränderungen der Rechts-tatsachen oder neuen Erkenntnissen möglichst zeitnah vom Gesetzgeber angepasst wird. Selbst wenn bezweifelt werden kann, dass dies zu realisieren ist, scheint die Problematik der „Regelungsträgheit“ gerade in diesem Bereich eher von geringer Bedeutung zu sein. Es ist – angesichts der Umstände, dass ideelle Interessen bei der schöpferischen Tätigkeit und der Werkverwertung eine zunehmend geringe Bedeutung einnehmen – wohl nicht davon auszugehen, dass eine Erweiterung gerade der Vermutungsregeln des Urheberschutzes auf neu aufkommende Werkarten regelmäßig vorzunehmen sein wird. Im Übrigen – hieran sei noch einmal erinnert – wäre eine solche Erweiterung schließlich nicht Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Urheberschutzes, sondern nur für die Anwendbarkeit der Vermutungsregeln. Insofern wäre das Urheberschutzsystem in der hier skizzierten Idee für Veränderungen grundsätzlich offen.

### 3) Ideen für eine positivrechtliche Umsetzung

Die positivrechtliche Umsetzung der Verbindung von Werkbegriff und Vermutungsregeln zur Bestimmung des Schutzbereichs eines Urheberschutzrechts wäre im Rahmen eines abgestuften Kategorienmodells vorstellbar. Denkbar wäre, eine Kategorie 1 zu bilden, in der diejenigen Werkarten aufgeführt werden könnten, bei denen innere Verbundenheit vermutet werden kann. Hervorzuheben sind diesbezüglich v. a. schöngestigte Werke, etwa der klassischen bildenden Künste, der Literatur, der Dramatik und der klassischen Musik. Diese weisen im Zweifel einen besonders hohen „Personalisierungsquotienten“ auf. Auch solche Werke, bei denen von einem gesteigerten Bedürfnis an urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzpositionen auszugehen ist, könnten hierunter fallen. Dies würde insbesondere für wissenschaftliche Werke gelten, deren Schöpfer – mehr noch als auf die Zuerkennung von ausschließlichen Verwertungsrechten – bei der Verwertung auf die Nennung ihrer Autorschaft angewiesen sind<sup>1816</sup>.

Ziel der Auswahl in Kategorie 1 ist es, einen durch Beweiserleichterungen privilegierten Kern von Werkarten zu definieren, bei denen ein „*in dubio pro auctore*“ in Bezug auf die Gewährung des Urheberschutzes als gerechtfertigt angesehen werden

1816 Peukert (Die psychologische Dimension des *Droit Moral* in Reh binder (Hrsg.): Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113 (123) zählt die wissenschaftlichen Werke neben den künstlerischen Werken zu denjenigen schöpferischen Formen, bei denen in der Regel von besonderen, schützenswerten geistigen Beziehungen auszugehen ist.

kann. Der nichtprivilegierten Kategorie 2 könnten alle anderen Arten geistiger Leistungen unterstellt werden.

Um durch die Beweisbelastung im Anwendungsbereich der Kategorie 2 die Zugänglichkeit zum Recht nicht faktisch unmöglich zu machen, wäre darüber hinaus denkbar, in einem Indizienkatalog objektiv nachweisliche Kriterien aufzustellen, die für das Vorliegen einer inneren Verbundenheit sprechen.

### C) Zuordnung des Urheberschutzrechts

Da es im Urheberschutz allein um persönlichkeitsrechtliche Positionen geht, liegt eine Zuordnung derselben über das Schöpferprinzip nahe. Ob demgegenüber Alternativen denkbar sind, soll hier nicht weiter vertieft werden. Eine vom Schöpferprinzip abweichende Zuordnung des Urheberschutzrechts, v. a. zu anderen Personen, liegt ohnehin eher fern. Durch den Zweck eines wie hier angedachten Urheberschutzes wäre vorausbestimmt, dass die hieraus erwachsenden Rechtspositionen höchstpersönlicher Natur sind und jeglicher pekuniärer Züge entbehren. Durch den Verweis auf das Schöpferprinzip wäre gleichermaßen bedingt, dass das Urheberschutzrecht nicht (jedenfalls nicht originär) juristischen Personen zustehen kann<sup>1817</sup>.

### D) Schutzzumfang

Es wurde bereits beschrieben, welche (Mindest-)Rechte den Gegenstand des Urheberschutzes bilden könnten, um dessen Zweck gerecht zu werden<sup>1818</sup>. Der Ansatz würde bedingen, dass das Urheberschutzrecht nur solche Rechtspositionen gewährt, die einzig dem Schutz der persönlichen Beziehung zwischen Urheber und Werk dienen. Der Schutzzumfang wird damit zwingend durch den Zweck des Gesetzes bestimmt, aus dem sich gleichsam die Abgrenzung zum Werkschutz ergibt.

1817 Eine weitere Frage wäre die nach der Übertragbarkeit des Persönlichkeitsrechts oder anderer Rechtsgeschäfte hierüber. Vgl. hierzu die Ausführungen zur geltenden Rechtslage in der Dissertation von Metzger, S. 20 – 27 sowie 37 – 56 sowie oben in Fn. 732.

1818 Siehe oben unter Kapitel 2 Punkt II.C.4).

## E) Schutzdauer

Soweit das Ansehen eines Künstlers durch die Veränderung oder sonstige Beeinträchtigung seines Werkes bedroht ist<sup>1819</sup>, kann sich dies auch postmortal als Persönlichkeitsrechtsverletzung auswirken. Änderungen an der Anerkennung einer über den Tod des Urhebers währenden Schutzdauer für die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzpositionen bedingt der hier angedachte Ansatz für ein Urheberschutzrecht mithin nicht. Die in Teil 3 herausgearbeiteten grundsätzlichen Antagonismen in diesem Bereich ergeben sich ausschließlich für den Bereich der materiellen Interessen am Schutzgegenstand. Sollte im Einzelfall die Schutzdauer faktisch zu lang sein, könnte man unbillige Folgen im Hinblick auf Kollisionen zwischen ideellen und materiellen Belangen verschiedener Berechtigter durch eine Interessenabwägung verhindern. Ansonsten wäre daran zu denken, den postmortalen Urheberpersönlichkeitsrechtsschutz so auszugestalten, dass dieser – inhaltlich und zeitlich – nur in einem, bezogen auf den Einzelfall angemessenen, Maße bestünde<sup>1820</sup>.

## F) Zusammenfassung

Es wird bereits erkennbar, dass ein von jeglichen vermögensrechtlichen Elementen entkleidetes Urheberschutzrecht im Wesentlichen an das geltende Urheberrecht angelehnt werden könnte. Dies gilt zumindest im Rahmen des hier skizzierten Rohentwurfs für eine solche Konzeption.

1819 Z. B. durch entstellende Inszenierungen bei bühnen- oder konzertmäßigen Aufführungen, vgl. hierzu *Pakuscher*, UFITA 93 (1982), S. 43 ff.

1820 Zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit eines postmortalen Urheberpersönlichkeitsrechtsschutzes, vgl. *Fechner*, S. 427 ff. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein solcher nicht grundsätzlich geboten (vgl. BVerfGE 30, 173 (193) – Mephisto und hierzu oben, Fn. 734). Der postmortale Persönlichkeitsschutz beschränkt sich auf einen Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), soweit diese betroffen ist. Damit wäre es vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund unbedenklich, den Urheberpersönlichkeitsrechtsschutz nach dem Tode des Schöpfers schon generell auf grobe Entstellungen seines Werkschaffens und etwa die Anerkennung seiner Urheberschaft bzw. auf solche Fälle zu beschränken, in denen der „allgemeine Achtungsanspruch“ des Menschen durch eine Werkverwendung herabgewürdigt wird. Hieran zeigt sich bereits, dass im Regelfall davon auszugehen sein wird, dass das postmortale Persönlichkeitsrecht keinen Menschenwürdegehalt aufweist (gleicher Ansicht *Fechner*, S. 419). Entsprechend wäre es zulässig, den postmortalen Persönlichkeitsrechtsschutz auf seltene Sonderfälle zu beschränken.

## II) 2. Element: Der Werkschutz

### A) Zielsetzung

Das wesentliche Ziel des im Folgenden skizzierten Werkschutzkonzepts liegt darin, einen Schutz an Werken zu definieren, der so ausgestaltet ist, dass die Interessen der Berechtigten und Betroffenen<sup>1821</sup> möglichst angemessen berücksichtigt werden. Wesentliche Voraussetzung hierfür scheint, das Schutzrecht einerseits an die Anforderungen der Rechtsinhaber an einer wirtschaftlichen Verwertung des Werkes und andererseits an die der Allgemeinheit an einer freien Nutzung desselben anzupassen. Wie oben bereits dargestellt wurde, krankt das geltende Urheberrechtskonzept nach der hier vertretenen Ansicht an mangelnder Differenzierung in Bezug auf Schutzwirkung und -beschränkung, was regelmäßig zu überschießendem Schutz und z. T. zu unangepassten Wirkungen führt. Der im Folgenden umrissene konzeptionelle Ansatz für ein Werkschutzrecht soll dagegen die Entstehung von Schutzrechten ermöglichen, die den Umständen des Einzelfalls möglichst gerecht werden. Versucht wurde, dieses Ziel in ein möglichst ausgewogenes Verhältnis zum Aspekt der Rechtssicherheit zu bringen.

### B) Ausrichtung

Einem Werkschutz dessen Zielsetzung darin liegt, die schutzwürdigen Interessen nicht nur der Urheber, sondern auch anderer Beteiligten auf Ersteller- und Nutzerseite gleichberechtigt zu berücksichtigen und in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, ist die rein auf den Urheber fixierte, individualrechtliche Ausrichtung des geltenden Urheberrechts fremd.

Eine hiervon abweichende Ausrichtung des Werkschutzrechts würde zweierlei bedingen. Zum einen wäre die Abkehr von der Vorstellung notwendig, dass bei der (originären) Zuordnung des Urheberrechts nur schöpferische Leistungen zu berück-

1821 Die durch einen vermögensrechtlichen Schutz an Geistesgütern betroffenen Interessen sind vielfältig, weichen von Fall zu Fall stark ab und betreffen variierende Personengruppen in unterschiedlicher Art und Weise. Es kommt damit zu einer extrem vielschichtigen und gleichsam unübersichtlichen Interessenlage, deren abschließende Darstellung kaum möglich sein dürfte (so auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 893 (896)). Es wurde oben bereits dargestellt, welche Interessengruppen im Urheberrecht vorrangig zu berücksichtigen sind, welche Anliegen diese haben (siehe hierzu Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.C) und ob sich aus dem höherrangigem Recht für den Interessensausgleich zwingende Maßgaben ergeben (siehe hierzu Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.3.a). Auf diese Ausführungen soll an dieser Stelle verwiesen werden.

sichtigen sind. Zum anderen wäre anzuerkennen, dass das Urheberrecht nicht nur dem Schutz der Berechtigten zu dienen bestimmt ist.

Im Mittelpunkt eines so ausgerichteten Rechts stünde nicht der Urheber, sondern das Werk, als ein wirtschaftlich relevantes und gesellschaftlich bedeutendes Kommunikationsgut. Aus dem „Recht des schöpferischen Geistes“, wie von *Hubmann* bezeichnet<sup>1822</sup>, würde damit das „Recht am Geistesgut“.

### C) Ideen für einen Werkbegriff im Werkschutzkonzept

Nach der hier vertretenen und in Teil 1 dargestellten Ansicht weist der geltende Werkbegriff in § 2 Abs. 2 UrhG vor allem hinsichtlich des Schutzes unpersönlicher, technisch-funktionaler Werke verschiedene Defizite auf. Für ein Werkschutzkonzept, in dem ideelle Aspekte unberücksichtigt bleiben, wäre daher eine Neudefinition des Werkbegriffs vorzunehmen. Grundsätzlich ist hierbei zu beachten, dass Tatbestandsmerkmale und Begrifflichkeiten vermieden werden, die personenbezogene Schutzanforderungen implizieren.

#### 1) Bedeutung des Werkbegriffs für das Werkschutzkonzept

Die elementare Bedeutung des Werkbegriffs für das geltende Urheberrecht beruht in erster Linie auf der undifferenzierten Rechtsgewähr. Ausgestaltung und Auslegung des Werkbegriffs entscheidet über die Entstehung eines weit reichenden Schutzrechts, dessen Umfang – abgesehen von den Schrankenbestimmungen – nicht angesichts der Interessenlage im Einzelfall variiert. Damit kommt dem Werkbegriff im geltenden Urheberrecht – neben den Schranken und der Abgrenzung zur freien Benutzung – die wesentliche Abgrenzungsfunktion zwischen dem geschützten und dem gemeinfreien Bereich zu.

Würde jedoch – wie im hier angedachten Schutzkonzept – der Umfang des jeweiligen Schutzrechts anhand der konkreten jeweiligen Interessenlage variieren, wäre der Werkbegriff nur noch von untergeordneter Bedeutung. Die Abwägung der durch das Schutzrecht betroffenen Belange würde auf diese Weise auf die Sekundärebene der Schutzzumfangsbestimmung verlagert. Die Folgen der – durch die Ausgestaltung des Werkbegriffs maßgeblich beeinflussten – Schutzgewähr an sich auf den gemeinfreien Bereich wären weit weniger gravierend.

Damit reduziert sich die Funktion des Werkbegriffs in dem hier skizzierten Konzept zunächst auf die gegenständliche Beschreibung des Schutzgegenstandes. Denk-

1822 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes.

bar bleibt – soweit dies sinnvoll erscheint – die Werkdefinition darüber hinaus als *de-minimis*-Regel auszugestalten.

## 2) Notwendigkeit einer durch den Werkbegriff definierten Bagatelluntergrenze

Fraglich ist zunächst, ob der Werkbegriff – ähnlich wie die Gestaltungshöhe im geltenden Recht – auch im hier skizzierten Werkschutzkonzept die Funktion einer Bagatelluntergrenze erfüllen sollte. Soweit die hierdurch gesetzten Anforderungen an den Werkschutz nicht zu hoch – oder besser: sehr niedrig – angesetzt werden, scheinen hierfür einige Aspekte zu sprechen.

Ein vollständig qualitätsneutraler Werkbegriff<sup>1823</sup>, der beispielsweise jedes gestalterische Geisteserzeugnis erfassen würde, hätte angesichts der Fülle des geistigen Schaffens den Nachteil, dass eine Vorabselektion von in wirtschaftlicher, gestalterischer und/oder kultureller Hinsicht banalen Erzeugnissen nicht möglich wäre. Im geltenden Recht hätte dies zur Folge, dass jedem noch so unbedeutenden Geistesprodukt der umfangreiche Urheberrechtsschutz zukäme. Zwar bestünden in dieser Hinsicht keine gravierenden Bedenken, wenn eine „Übersicherung“ des Werkes durch das Schutzrecht durch einen angepassten Schutzzumfang vermieden werden könnte. Hier erschiene es jedoch aus Sicht der Rechtssicherheit vorteilhaft, wenn die – im Zweifel komplizierten Fragen – nach der Bemessung des Schutzzumfangs nicht bei jedem noch so banalen geistigen Produkt geklärt werden müssten. Dieser Vorteil wird umso größer, je leichter die Tatbestandsmerkmale einer Schutzuntergrenze zu handhaben sind.

Hiermit ist gleichzeitig ein wichtiger Aspekt angesprochen. Ein vollständig qualitätsneutraler Werkbegriff führte letztendlich nur zu dem Ergebnis, das Korrelat zur hiermit einhergehenden Ausweitung des Schutzbereiches woanders, nämlich in der Bestimmung der Reichweite des Rechts, zu suchen. Zwar ist eine solche Folge durch den hier verfolgten Ansatz vorbestimmt und wird grundsätzlich auch befürwortet. Vollständig vermieden wird die Lösung des Spannungsfeldes zwischen Schutz und Freiraum indes nicht, sondern nur auf eine andere Ebene verlagert<sup>1824</sup>. Es liegt auf der Hand, dass sich auch im Rahmen einer individuellen Schutzzumfangsbemessung erhebliche Probleme stellen werden. Eine gewisse qualitative Pauschaluntergrenze hilft, diese für manche Fälle zu vermeiden, da sich bei den Erzeugnissen, die diese

1823 Im Schrifttum wird mitunter gefordert, den Werkbegriff wertneutral auszugestalten und v. a. auf die Gestaltungshöhe als *de minimis*-Regel gänzlich zu verzichten, vgl. etwa *Schricker/Schricker*, Einleitung, Rdnr. 6; ders. in FS *Kreile*, S. 719 und die oben, Fn. 412 genannten Autoren. Vgl. auch *Rau*, S. 53 ff., der vorschlägt, nicht mehr nach schützba- ren und nicht-schützba- ren Werken zu unterscheiden, sondern den Werkbegriff auf „jede sinnlich wahr-nehmbare Form“ zur erstrecken, „die einem Urheber zugeordnet werden kann“ (S. 53).

1824 Kritisch daher auch *Schäder*, S. 128 f.

nicht überschreiten, die Frage nach der Reichweite des gewährten Schutzes nicht stellt. Dies dient nicht zuletzt dem Regelungsziel der Vorhersehbarkeit und Transparenz des Rechtsschutzes.

Es ist im Übrigen auch vor dem Hintergrund der hier vertretenen Auffassung vom Zweck eines funktionsorientierten Werkschutzes konsequent, eine gewisse Bagatelluntergrenze zu setzen und damit Mindestanforderungen an die Entstehung des Werkschutzes zu stellen. Die hiermit getroffene Grundwertung ist durch die wesentlichen Prinzipien des Werkschutzes gedeckt. Die systematische Stringenz erlaubt dabei allerdings nur eine Ausgrenzung solcher Güter, bei denen sich eine generelle Wertung dahingehend erlaubt, dass das Freihaltebedürfnis und andere Drittinteressen in jedem Fall jegliches schutzwürdiges Interesse an einem Werkschutz übersteigen. Das Spektrum denkbarer Fälle mag klein, wird aber vorhanden sein. Soweit eine Regelung gefunden wird, die diesen Bereich zutreffend zu definieren vermag – und hierin liegt wohl die eigentliche Schwierigkeit –, stünde dem nichts entgegen. Es bliebe dann auch für die Bemessung der absoluten Schutzuntergrenze bei dem Grundsatz, dass sich der Umfang des Werkschutzrechts an der Schutzwürdigkeit bemessen lassen muss.

### 3) Definitionsversuch eines funktionsorientierten Werkbegriffs

#### a) Sachliche Beschreibung des Schutzgegenstandes

Mindestanforderung an einen Werkbegriff im hier vorgeschlagenen Konzept ist nach den obigen Ausführungen zunächst eine gegenständliche Beschreibung des Werkes, die idealerweise geringen Spielraum für subjektive Einschätzungen belässt. Von Bedeutung ist hierbei in erster Linie die Abgrenzung zu den (anderen) gewerblichen Schutzrechten, v. a. dem Patentrecht. Eine denkbare Möglichkeit läge darin<sup>1825</sup>, sich (zumindest teilweise) an dem rein sachbezogenen Werkbegriff zu orien-

1825 Alternativ wäre denkbar, es bei der Definition zu belassen, die durch die Harmonisierung des europäischen Rechts bereits in § 69a Abs. 3 UrhG Einzug in das deutsche Recht genommen hat. Nach der hier (s. o., Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.d) vertretenen Ansicht unterscheidet sich dieser „Europäische Werkbegriff“ wesentlich von dem „allgemeinen Werkbegriff“ in § 2 Abs. 2 UrhG. Dies dokumentiert der Umstand, dass bei der Definition von Individualität nach § 69a Abs. 3 UrhG das Merkmal der „persönlichen“ Schöpfung keine Rolle spielt und die an die Werkqualität gestellten Anforderungen daher nicht auf eine persönliche Beziehung zwischen Urheber und Werk rekurren. An der Formulierung in § 69a Abs. 3 UrhG festzuhalten hätte den Vorteil, dass sich der Begriff in der europäischen Legislatur durchzusetzen scheint. Fraglich bleibt allerdings, ob nicht auch das Merkmal der „Schöpfung“ im vorliegenden Zu-

tieren, den der Bundesgerichtshof im Bereich des markenrechtlichen Titelschutzes aufgestellt hat<sup>1826</sup>.

In der „Zappel-Fisch-Entscheidung“<sup>1827</sup> beschreibt der Bundesgerichtshof das Werk als

„...seinem Wesen nach ein Kommunikationsmittel, dessen gedanklicher Inhalt für andere erst durch geistige Umsetzung beim angesprochenen Leser oder Betrachter ... existent wird und deshalb als etwas Immaterielles, in der gegenständlichen Welt nicht Fassbares, einen eigenen Bezeichnungsschutz erfordert.“<sup>1828</sup>

Kennzeichnend ist für das Werk hiernach – unter anderem –, dass in diesem eine geistige Leistung, ein Wert verkörpert ist, der sich von den wertbildenden Merkmalen der Ware unterscheidet. Diese Differenzierung zwischen Werk und Werkträger ist dem Urheberrecht seit jeher immanent. Auch für den Verkehr steht bei einem Werk nicht der Warenwert, sondern das immaterielle Wesen des geistigen Inhalts im Vordergrund<sup>1829</sup>.

Die Parallelen zum urheberrechtlich geschützten Arbeitsergebnis drängen sich auf. Es wäre bei einer Revision des urheberrechtlichen Werkbegriffs zu überdenken, einige Elemente dieses titelschutzrechtlichen Werkbegriffs bei der gegenständlichen Beschreibung fruchtbar zu machen. Eine Definition könnte wie folgt lauten:

sammenhang unzutreffende Assoziationen in Richtung einer besonderen qualitativen Schutzuntergrenze wecken könnte. Immerhin wird vertreten, dass diesem Terminus Anforderungen an die Schöpfungshöhe zu entnehmen seien, vgl. *Thoms*, S. 247.

1826 Vgl. hierzu die beiden maßgeblichen Entscheidungen BGH GRUR 1993, S. 767 – Zappel-fisch und GRUR 1998, S. 155 – Power Point, m. Anm. *Betten* und die Stellungnahme von *Sack*, GRUR 2001, S. 1095.

1827 BGH GRUR 1993, S. 767 (768). So auch BGH GRUR 1998, S. 155 (156) – Power Point.

1828 Der BGH sah – vor dem Hintergrund der alten Rechtslage des alten § 16 Abs. 1 UWG (nunmehr geregelt in § 5 Abs. 1 und 3 MarkenG) – in dem Aspekt, dass der gedankliche Inhalt des Werks erst „durch geistige Umsetzung beim Leser oder Betrachter existent wird...“ das wesentliche Merkmal des wettbewerbsrechtlichen Werkbegriffes (vgl. GRUR 1993, S. 767 (768)). Die später ergangene „Power Point“-Entscheidung (vgl. GRUR 1998, S. 155 ff. – m. Anm. *Betten*), in der Titelschutz (nunmehr nach Markengesetz) auch für Computerprogramme gewährt wurde, hat allerdings um eben dieses Merkmal in Bezug auf die dort relevante Werkart Streitigkeiten ausgelöst (vgl. *Sack*, GRUR 2001, S. 1095 (1096 f.)). In der Tat zeichnen sich Computerprogramme gerade nicht dadurch aus, dass deren (geschützter) geistiger Gehalt sich dem Nutzer offenbart. Vielmehr wird dieser gar nicht rezipiert (sieht man einmal vom Entwurfsmaterial ab, soweit dies in lesbarer Form vorliegt), da der Code nicht wahrgenommen wird. Es mag daher vorzugswürdig sein, ein derartiges Tatbestandsmerkmal nicht in die Werkdefinition aufzunehmen, damit Streitigkeiten um den Rechtsschutz von Computerprogrammen, die sich hieran entzünden könnten, von vornherein zu vermeiden.

1829 So auch *Sack*, GRUR 2001, S. 1085 (1096). Man denke etwa an den Erwerb einer Musik-CD. Nicht der Tonträger (also der CD-Rohling, auf dem die Musik verkörpert wurde) steht im Mittelpunkt der Erwerbsentscheidung des Käufers, sondern die hierauf befindlichen Werke und Leistungen.

„Werke sind nichttechnische eigene geistige Leistungen, die einen eigenständigen materiellen oder immateriellen Wert haben, der von der Verkörperung der Leistung unabhängig ist.“

Hiermit werden die wichtigsten Wesensmerkmale des Geisteswerkes beschrieben. Der Begriff „nichttechnisch“ markiert die Grenzziehung zwischen Patent- und Urheberrecht<sup>1830</sup>. „Eigene“ geistige Leistungen müssen es sein, da die bloße Übernahme eines fremden Werkes keinen Werkschutz begründen kann<sup>1831</sup>. Der Begriff „geistig“ schließt den Schutz nicht menschlicher, etwa rein maschineller oder durch Computertechnik erzeugter, Produkte aus dem Schutz aus. Maschinen weisen keinen „Geist“ auf und können daher auch keine „geistigen“ Leistungen erbringen<sup>1832</sup>.

Der Verweis auf den „von der Verkörperung unabhängigen Wert“ des Werkes besagt einerseits, dass es einer Verkörperung des Werkes für den Schutz nicht bedarf. Zum anderen dient die Formulierung dazu, die Dichotomie zwischen geistigem Eigentum am Werk und Sacheigentum am materiellen Träger hervorzuheben. Beide Schutzgegenstände verkörpern voneinander unabhängige Werte<sup>1833</sup>. Für den Rechts-

1830 Auch nach dem geltenden Recht wird die Abgrenzung zwischen Urheberrecht und Patentrecht anhand dieses Merkmals vorgenommen, vgl. *Kraßer*, S. 27 und oben Teil 2, Punkt II) zur Entwicklung des Urheberrechtsschutzes an Computerprogrammen. Allerdings beschreibt das PatG das Werk mit dem Gegenbegriff „*ästhetische Formschöpfungen*“ (§ 1 Abs. 3 Ziff. 2 PatG). Diesbezüglich müsste bei einer Einführung des hier vorgeschlagenen Werkschutzkonzepts eine Änderung vorgenommen werden. Wenn auch der Begriff „Ästhetik“ sich anders definiert („Ästhetik“ bedeutet lediglich „an die menschlichen Sinne gerichtet“, vgl. hierzu oben Fn. 1420), wird doch hierdurch nach allgemeinem Verständnis häufig ein schöngeistiges Merkmal suggeriert (vgl. etwa *Benkard/Bacher/Mellullis*, § 1, Rdnr. 99: „*Ästhetische Formschöpfungen*, § 1 Abs. 3 Nr. 2, sollen das räumliche, farbliche oder klangliche (Schönheits-)Empfinden ansprechen, auf das sie durch ihre Gestaltung Einfluss nehmen. Ihr Zweck ist die Einwirkung auf die Sinne des Menschen, bei dem sie einen ansprechenden Eindruck hervorrufen sollen, ...“

1831 Von Vorteil mag dieses Merkmal zudem sein, da es – wie oben in Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.d) dargestellt – auch Bestandteil des sich anscheinend durchsetzenden „europäischen Werkbegriffs“ (siehe § 69a Abs. 3 Satz 1 UrhG) ist.

1832 Diese Begrenzung des Werkschutzes wird hier für sachdienlich gehalten, da maschinengenerierte Produkte mit menschlichen Geistesleistungen nicht vergleichbar sind. Hier bestehen Parallelen eher zum handwerklichen Bereich. Urheberrecht hat nach wie vor etwas mit Kreativität zu tun, ohne dass hiermit zwingend dem Werkbegriff ein qualitatives Moment implementiert werden müsste. Eine Maschine kann nicht kreativ sein, da sie keine Intelligenz aufweist, sondern nur menschliche Befehle ausführt. Diese menschlichen Befehle können individuell im Rahmen einer einzelnen Anwendung oder auch hiervon unabhängig bereits bei der Herstellung oder Programmierung erteilt werden. Erlauben die bei der Programmierung erteilten Befehle eine „selbstständige“ Schaffenskraft der Maschine, ist auch diese auf die vorangegangene menschliche Leistung zurückzuführen. Ob künstliche Intelligenz urheberrechtlichen Schutz nach sich ziehen könnte, mag dahingestellt sein. Praktische Relevanz wird dies wohl bis auf weiteres nicht haben.

1833 Deutlich wird dies an der Tatsache, dass das Urheberrecht nur vor einer unberechtigten Nutzung, nicht aber vor unberechtigtem Besitz eines Vervielfältigungsstückes schützt. So kann der Rechteinhaber Herausgabe oder Vernichtung rechtswidrig hergestellter Vervielfältigungs-

verkehr bedeutet dies, dass, obgleich sich die Verkörperung anscheinend auf das Werk erstreckt, das geistige Eigentum – wenn überhaupt – selbständig statt per Sach- im Wege des Rechtskaufs erworben wird<sup>1834</sup>. Beide Erwerbsgeschäfte unterliegen unterschiedlichen Modalitäten. Während der Erwerb des Eigentums am Trägermedium zumeist ohne Beschränkungen erfolgt, unterliegt der Erwerb des Nutzungsrechts häufig strengen Restriktionen. Als Folge dieser unterschiedlichen Werte kann etwa die Verwertungsbefugnis des Erwerbers am Werk enden (wodurch dieser den Wert des Werkes vollständig einbüßt), ohne dass dieser das Eigentum oder das Besitzrecht an dem Träger verliert<sup>1835</sup>.

Diese Konkretisierung des urheberrechtlichen Fokus' durch den Werkbegriff hat wiederum Bedeutung für die im Folgenden (Punkt V) zu behandelnde Zuordnungsfrage. Es wird so klargestellt, dass die Fertigungskosten des materiellen Trägers kein Faktor sind, die im Rahmen der – leistungsbasierten – Zuordnungsregel zu berücksichtigen sind<sup>1836</sup>.

## b) Qualitative Beschränkung der Definition

Es scheint schwierig, konkret wertbezogene, qualitative Tatbestandsmerkmale in den urheberrechtlichen Werkbegriff einzubeziehen, ohne dabei Gefahr zu laufen, in Einzelfällen unangemessene Ergebnisse herbeizuführen. Dies gilt umso mehr angesichts der angestrebten Einzelfallgerechtigkeit als Grundgedanke des hier vorge-

stücke nur verlangen, soweit diese auch im Besitz oder Eigentum des Verletzers stehen, § 98 UrhG. Die Verletzungshandlung liegt damit nicht im Besitz oder Eigentum, sondern allein in der rechtswidrigen Herstellung und/oder Verbreitung eines Werkes. Es gibt daher beispielsweise kein Recht, den Besitz an einem Bild zu untersagen, das unberechtigt kopiert wurde. Während der aus dem Eigentum oder Besitz fließende Sachwert, also etwa die Möglichkeit, das Bild anzusehen, auch an einem rechtswidrig hergestellten Vervielfältigungsstück ohne Weiteres erhalten bleibt, ist das am eigentlichen Werk bestehende Immaterialgüterrecht in seinem Wert stark eingeschränkt. Der Besitzer kann das Werk nur sehr eingeschränkt nutzen. Gemäß § 96 UrhG ist es ihm z. B. untersagt, dieses zu vervielfältigen (z. B. zu fotografieren) oder öffentlich wiederzugeben (z. B. auf einer Vernissage auszustellen).

1834 In der Regel werden dem Endnutzer gar keine Nutzungsrechte übertragen. Denn die Befugnisse, die er zur bestimmungsgemäßen Benutzung z. B. von Musik oder Software benötigt, ergeben sich bereits aus den gesetzlichen Lizenzen der Schrankenbestimmungen (z. B. §§ 53, 69d UrhG). Der Erwerbsvorgang beschränkt sich hier auf die Übertragung des Eigentums am Werkträger.

1835 Beispiel für eine solche Konstellation wäre eine nach § 31 Abs. 1 Satz 2 UrhG zeitlich beschränkte Lizenz an einem Computerprogramm. Läuft diese ab, darf das Programm nicht mehr vervielfältigt oder verbreitet werden. Der Nutzer ist damit aber nach dem Gesetz nicht verpflichtet, den Werkträger, etwa die CD-ROM, auf dem sich das Programm befindet, herauszugeben.

1836 Siehe hierzu unten Punkt II.D.2) und Fn. 1859.

schlagenen funktionsorientierten Dualismus. Dieser lässt nur einen geringen Spielraum für abstrakte Ausschlussregelungen im Rahmen des Werkbegriffs. Denkbar wäre, ein Mindestmaß der später in die Interessenabwägung bei der Bestimmung des Schutzzumfangs einfließenden Faktoren schon als Gegenstand des Werkbegriffs zu regeln<sup>1837</sup>. Die hierdurch getroffene abstrakte Wertung mit der Folge des vom Einzelfall unabhängigen Ausschlusses vom Werkschutz dürfte sich nur auf solche Produkte beziehen, an denen die Partikularinteressen des Rechtsinhabers von so geringer Bedeutung sind, dass das allgemeine Freihaltebedürfnis dem absolut und in jedem denkbaren Fall vorgehe.

Strebt man allerdings wie hier an, im Urheberrechtskonzept ein möglichst ausgewogenes Verhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit herzustellen, bieten abstrakte Wertungen über gegebenenfalls stark differierende Interessenlagen kein probates Mittel<sup>1838</sup>.

Eine Umsetzung einer konkreten Schutzuntergrenze, die sich in einem werkbezogenen qualitativen Merkmal definiert, ist in diesem Spannungsfeld schwierig. V. a. erscheint problematisch, hierfür ein Maß festzulegen. Eine einheitliche Wertung, ab welchem Punkt das Partikularinteresse des Urhebers an einem Schutzrecht andere Interessen derartig überwiegt, dass dessen Entstehung gerechtfertigt ist, wirft die von den Auseinandersetzungen über die Schöpfungshöhe bekannten Probleme auf. So wäre die wirtschaftliche Bedeutung gerade in Bezug auf gewöhnliche Alltagserschöpfungen so groß, dass eine massive Einflussnahme benachteiligter Interessengruppen einen solchen Rechtssetzungsprozess erheblich be- oder gar verhindern könnte. Zwar sollte dies an sich noch kein durchgreifendes Argument gegen rechtspolitisch wünschenswerte Entscheidungen sein; jedoch ergeben sich auch hinsichtlich der Zweckmäßigkeit einer solchen Begrenzung gewisse Bedenken. Die Interessenlage im Urheberrecht wird nicht selten zu diffizil für pauschale Wertungen sein (gerade hierin liegt ja nach der hier vertretenen Auffassung das größte Defizit des geltenden Urheberrechtssystems). Kreatives Schaffen ist keine mathematische Größe. Es scheint daher aus Sicht eines einzelfallorientierten Rechtsschutzes ratsamer, diese Schwierigkeiten nicht auf der eher abstrakten Ebene des Werkbegriffs, sondern eher im Rahmen einer differenzierenden Schutzzumfangsbemessung zu bewälti-

1837 Zum Beispiel könnten Bagatellerzeugnisse dadurch aus dem Werkschutz ausgeschlossen werden, dass genaue Anforderungen an Art und Umfang der zur Werkerstellung nötigen Investitionen gestellt werden. Ein Vorbild für eine derartige Lösung könnte § 87a Abs. 1 S. 1 UrhG darstellen. Datenbanken sind dem *sui-generis*-Schutz hiernach nur zugänglich, wenn deren Erstellung eine „nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert“.

1838 So auch *Schäder*, S. 24 mit Blick auf die nötige Offenheit des Werkbegriffs bei neuartigen Kunstformen. Denkbar ist ohne Weiteres, dass im Einzelfall, theoretisch betrachtet, ein Bagatellwerk vorzuliegen scheint, das nach den gesetzlichen Wertungen keinerlei Schutz verdient, dass aber dennoch Schutzwürdigkeit angesichts weiterer Faktoren gegeben ist, die im Rahmen einer konkreten Abwägung möglicherweise hätten berücksichtigt werden können.

gen. Qualitative Anforderungen an die Werkeigenschaft hätten wohl eher Nach- als Vorteile.

Denkbar wäre des Weiteren, bei der Definition der Bagatelluntergrenze nicht am Schutzgegenstand, sondern am Schöpfungsprozess anzusetzen und hierbei auf den Gestaltungsspielraum abzustellen.

Seit jeher ist anerkannt, dass der Urheberrechtsschutz nur dann bestehen kann, wenn bei der Umsetzung einer Idee oder eines Inhalts in eine konkrete Form ein objektiver Gestaltungsspielraum besteht<sup>1839</sup>. Hiermit wird u. a. die Grundwertung ausgedrückt, dass jeder Werkschöpfungsprozess – neben anderen Faktoren – auf dem Einsatz individueller Kreativität basiert. Reduziert auf ein minimales Maß muss dem Schöpfer für die Formgebung zumindest mehr als eine Alternative zur Verfügung gestanden haben. Damit unterscheidet sich urheberrechtliches Schaffen von „geistigem Handwerk“. Erst bei Bestehen eines – wenn auch noch so kleinen – Gestaltungsspielraumes schafft der Urheber etwas, „was nicht jeder so gemacht hätte“ (besser: was nicht jeder so hätte machen müssen). Besteht dagegen nur eine einzige Möglichkeit, den Inhalt oder die Idee in Form zu gießen, kann z. B. ein Programmierer eine bestimmte Routine nur auf eine einzige Weise kodieren, ist das Arbeitsergebnis nur auf sein Können zurückzuführen. Reines Können ist Handwerk und Handwerk rechtfertigt keinen Urheberrechtsschutz. *Conditio sine qua non* des Werkschaffens ist immer eine Kombination von Können, Wissen und Kreativität. Keines dieser Elemente kann hinweggedacht werden, ohne dass die Werkqualität entfielen. Würden Urheberrechte auch für Werke gewährt, bei deren Schöpfung kein Gestaltungsspielraum bestand, liefe dies auf eine (Quasi-) Monopolisierung von Ideen hinaus.

Gemessen an diesem Minimalerfordernis an die Qualität des Werkschaffens, würden z. B. naturgetreue Gegenstandsfotografien häufig aus dem Urheberrechtsschutz herausfallen<sup>1840</sup>. Diese können im Allgemeinen nur auf eine Weise angefertigt werden<sup>1841</sup>.

Das Schutzerfordernis eines – zumindest minimalen – Gestaltungsspielraums bei der Schöpfung führt die hinter dem hier angedachten Konzept stehenden Wertungen konsequent fort. Kann ein Gedanke, ein Konzept oder eine Idee nur in einer denkbaren Form umgesetzt werden, fehlt es bei der Schöpfung an einer kreativen Leistung.

1839 Vgl. etwa BGH GRUR 1958, S. 562 (563) – Candida-Schrift; BGH, MMR 1999, S. 470 (471) – Tele-Info-CD; Erdmann, Urheberrecht und Geschmacksmusterrecht, S. 19 ff., m. w. Nachw.

1840 So auch der Bundesgerichtshof zum geltenden Recht, vgl. GRUR 1967, S. 315 ff. – skaicubana m. Anm. Reimer.

1841 Soweit hier Abweichungsmöglichkeiten bestehen, sind diese im Zweifel auch rein handwerklicher Natur, sofern das Motiv nicht arrangierbar ist. Dies wird zumeist bei Naturaufnahmen der Fall sein.

Ein Schutz solcher „Werke“ – ganz gleich wie geringen Umfangs – würde die zugrunde liegenden Ideen erfassen<sup>1842</sup>.

Solch einen Schutz generell zu versagen, erscheint daher interessengerecht. Das Interesse der Allgemeinheit, die Verwendung von Ideen und Inhalten gegenüber Monopolrechten freizuhalten, überwiegt jedes (urheberrechtlich relevanten) Partikularinteresse am Schutz einer Eigenleistung, die keine kreativen Züge aufweist und bei deren Erbringung dem vorgegebenen Formenschatz keine neuen (individuellen) Elemente hinzugefügt werden.

Die Anforderungen an den Gestaltungsspielraum stimmen mit den hinter dem vorliegenden Konzept stehenden Prinzipien jedoch nur überein, wenn sie sehr gering sind. Um keine, in denkbaren Einzelfällen unangemessene Ausgrenzung zu bewirken, müssten diese auf das Bestehen mehr als einer Gestaltungsoption reduziert werden. So bleibt es bei dem Grundsatz, dass die „Feinabstimmung“ zwischen geschütztem und ungeschütztem Bereich der Schutzbereichsbestimmung obliegen soll.

Dementsprechend könnte der o. g. Werkbegriff wie folgt eingeschränkt werden:

„(1) Werke sind nichttechnische eigene geistige Leistungen, die einen eigenständigen materiellen oder immateriellen Wert haben, der von der Verkörperung der Leistung unabhängig ist.

(2) Geistige Leistungen sind nach diesem Gesetz nicht geschützt, wenn bei ihrer Erbringung kein Gestaltungsspielraum bestand.“<sup>1843</sup>

## D) Zuordnung des Rechts durch Abkehr vom Schöpferprinzip als Zuordnungsmaxime zu Gunsten eines sachbezogenen Leistungsprinzips

### 1) Möglichkeit und Notwendigkeit einer differenzierenden Zuordnungsregelung

Ein zweiter grundlegender Aspekt des hier skizzierten Werkschutzansatzes liegt in einer angepassten Zuordnungsregelung. Es wurde bereits ausgeführt, dass in einem modernen Urheberrecht nach der hier vertretenen Ansicht nicht nur schöpferische, sondern auch andersartige, für die Werkerstellung kausale, Leistungen im Rahmen

1842 Dies gilt umso mehr, da die zufällige Doppelschöpfung praktisch keinerlei Rolle spielt und spielen wird, da sie nicht beweisfähig ist, siehe hierzu oben Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(dd).

1843 Wie ein solcher Gestaltungsspielraum anhand objektiv feststellbarer Faktoren bestimmt werden kann, wurde bereits ausgeführt, vgl. Teil 3, Kapitel 1, I.B).

der Zuordnung des Rechts honoriert werden sollten<sup>1844</sup>. Um dies zu gewährleisten, bedarf es einer vom Schöpferprinzip abweichenden Zuordnungsregel.

Die positivrechtliche Umsetzung des vorliegenden Ansatzes erfordert in dieser Hinsicht Änderungen an zwei zentralen Normen des geltenden Urheberrechts. Zum einen wäre die in § 11 UrhG niedergelegte, allgemeine Inhaltsdefinition des Urheberrechts um die Ausgleichsfunktion – mit anderen Worten: um den Schutz der Drittinteressen – zu erweitern.

Zum anderen wäre – angesichts der Veränderung des rechtstheoretischen Schutzansatzes und der Hinwendung zum eigentumsrechtlichen Leistungsprinzip – eine Modifikation von § 7 UrhG vonnöten, in dem das Schöpferprinzip kodifiziert ist. Einer Grundwertung, die alle maßgeblichen Leistungen<sup>1845</sup> zunächst als gleichrangig anerkennt, kann – bei konsequenter positivrechtlicher Umsetzung – nur dadurch Rechnung getragen werden, dass die Erbringer der Leistungen bei der originären Zuordnung des Rechts gleichberechtigt angemessen berücksichtigt werden.

Geht man von dem hier zugrunde liegenden utilitaristischen und leistungsbezogenen Begründungsansatz aus, ergibt sich positivrechtlich Raum für Änderungen des bzw. Ausnahmen vom Schöpferprinzip(s)<sup>1846</sup>. Eine angepasste Regelung der Rechtsinhaberschaft hätte zum Ziel, das bereits skizzierte sach- oder werkbezogene Leistungsprinzip als Zuordnungsmaxime zu realisieren<sup>1847</sup>. Die gewünschte Folge läge vor allem darin, organisatorische und finanzielle Aufwendungen Dritter, die für das konkrete Schaffensergebnis von maßgeblicher Bedeutung sind, bei der Zuordnung des Rechts angemessen zu berücksichtigen<sup>1848</sup>.

Auswirkungen hätte eine derartige Veränderung der Beurteilungsgrundlage damit v. a. auf solche Fälle, in denen neben dem Schöpfer oder den Schöpfern andere Personen an der Erschaffung eines Werkes – nichtkreativen – Anteil hatten. Ist das Schutzgut allein auf die persönlichen Leistungen Kreativer zurückzuführen, ergeben

1844 Vgl. Teil 3, Kapitel 2 *passim*.

1845 Als maßgeblich könnte man vor allem diejenigen Leistungen werten, auf denen die wertbildenden Faktoren des Schutzgutes zurückzuführen sind.

1846 Ob und inwieweit auch Art. 5 Abs. 1 RBÜ einen solchen Spielraum belässt, kann und soll hier – wie gesagt – nicht erörtert werden. Siehe oben in Kapitel 2, Punkt II.A.b.bb.(4).(c) zu den verfassungsrechtlichen Einschätzungen einer solchen Relativierung.

1847 Hiermit würde auch die durch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung „Kirchen- und Schulgebrauch“ (BVerfGE 31, S. 229 (243)) z. T. erklärte Anerkennung des Leistungsprinzips als eigentumsrechtliche Zuordnungsregelung realisiert.

1848 In einer neueren Schrift hat sich auch *Peukert* für eine derartige Differenzierung ausgesprochen (siehe UFITA 2002/III, S. 689 (702)). Er vertritt die Ansicht, dass eine Zuordnung der Rechte an einen Investor dann gerechtfertigt sei, wenn die Leistung des Urhebers „derartig alltäglich und substituierbar“ erscheine, dass die Investition diesen Beitrag für das Gesamtwerk zurücktreten lasse. Mit diesen Argumenten spricht sich *Peukert* indes nicht für eine originäre Zuordnung des Schutzrechts, sondern für erweiterte Übertragungsmöglichkeiten der Rechte aus.

sich gegenüber den geltenden Regelungen zur Urheberschaft und zur Miturheberschaft keine hier zu diskutierenden Unterschiede<sup>1849</sup>.

## 2) Umsetzungsideen

Die größte Schwierigkeit bei der positivrechtlichen Umsetzung des werkbezogenen Leistungsprinzips als Zuordnungskonzept des Urheberrechtsgesetzes liegt wohl darin, ein möglichst optimales Verhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit zu erreichen.

Es hat sich oben bereits gezeigt, dass auch eine einheitliche Zuordnungsregelung wie das Schöpferprinzip nicht immer geeignet ist, die Frage nach der Inhaberschaft mit hinreichender (Rechts-)Sicherheit zu klären. Vor allem in der Medienproduktion, dem Grafikbereich und anderen auf Informationstechnologien basierenden kreativen Berufen sind die Tätigkeitsprofile längst nicht mehr so klar definierbar wie in Zeiten rein analogen Werkschaffens. Auch sind Kollektivwerke, die unter Teilnahme großer und mitunter sehr heterogener Personengruppen hergestellt werden und in die eine Vielzahl unterschiedlicher Leistungen einfließen, in diesen Branchen keine Seltenheit. Da das Schöpferprinzip keine (originäre) Rechtekonzentration erlaubt, kommt dem Vertragsrecht in solchen Konstellationen *de lege lata* die maßgebliche Bedeutung zu. Dass sich hieraus erhebliche Schwierigkeiten für die Produzenten und den Rechtsverkehr allgemein ergeben, wurde an anderer Stelle bereits festgestellt<sup>1850</sup>.

Soweit z. B. im „Arbeitnehmerurheberrecht“ gem. § 43 UrhG hinsichtlich der Lösung der Zuordnungsfrage, zumindest bezüglich der Nutzungsrechte an einem Werk, auf vertragliche Vereinbarungen und – zu deren Auslegung – auf die allgemeinen urhebervertragsrechtlichen Regelungen (v. a. § 31 Abs. 5 UrhG) verwiesen wird, ist faktisch mit dem Schöpferprinzip keine Rechtssicherheit zu erzielen. Gerade im Multimedia-Bereich wird schon heute diese Lösung nicht selten auf einer Einzelfallentscheidung basieren, da die Auslegung der maßgeblichen unbestimmten Rechtsbegriffe wie „in Erfüllung der Verbindlichkeiten geschaffen“ und „soweit dies für den Betriebszweck des Arbeitgebers erforderlich ist“ sich auch an der schnellen Entwicklung von Technologien und der hiermit arbeitenden Branchen<sup>1851</sup> zu orientieren hat<sup>1852</sup>.

1849 Inwieweit z. B. die Gesamthandsgemeinschaft bei Miturheberschaft gem. § 8 UrhG bei Werken, die durch nicht persönlich verbundene Personenmehrheiten (z. B. Open Source Software) sinnvoll ist oder welche Alternativen demgegenüber bestehen, soll hier nicht problematisiert werden.

1850 Siehe hierzu Teil 3, Kapitel 2, Punkt I.B).

1851 Z. B. sind moderne Multimedia-Tools oft nicht nur zur Erstellung von Präsentationen, Animationen etc., also Endprodukten geeignet, sondern enthalten auch Programmierumgebun-

Der Sinn und Zweck des hier skizzierten Werkschutzes bedingt bei einer Mehrzahl unterschiedlicher, für das Schaffensergebnis relevanter Beiträge unterschiedlicher Personen, im Rahmen einer Abwägung festzustellen, wem die Zuordnung des Rechts gebührt. Hierbei sind wiederum zahlreiche Herangehensweisen denkbar, die sich in erster Linie durch den Grad möglicher Differenzierung am Einzelfall unterscheiden.

Eine denkbare Möglichkeit läge darin, alle aus dem Werkschutzrecht erwachsenden Rechtspositionen pauschal nach einer Interessenabwägung einem Beteiligten zuzuordnen. Ähnlich dem geltenden Recht würde das Urheberrecht so zentral zugeordnet, anders als *de lege lata* jedoch nicht stets dem Urheber, sondern demjenigen, dessen Leistungen angesichts einer Gesamtbetrachtung aller im Werkschöpfungsprozess erbrachten Beiträge als am bedeutendsten anzusehen sind und dessen Interessen von daher das größte Gewicht zukommt.

Alternativ könnte man darüber nachdenken, die Zuordnung individueller am Einzelfall vorzunehmen und jede aus dem Werkschutz erwachsende Rechtsposition darauf zu untersuchen, wem sie zustehen sollte und wer diese benötigt. Damit käme es zu einer Aufspaltung des Urheberrechts in einzelne, u. U. verschiedenen Personen zustehenden Rechten.

Beide Alternativen sollen im Folgenden kurz erörtert werden.

gen, etwa um gewisse Arbeitsabläufe zu standardisieren. Entwickelt nun der angestellte – oder gar freie – Grafiker unter Einsatz der Betriebsmittel auch Computerprogramme, würde man dies u. U. nicht seinem originären Aufgabenfeld zuordnen. Fraglich ist dann schon, ob § 69b UrhG Anwendung findet oder evtl. die allgemeinen Vorschriften. Gleiches gilt bei der Erstellung von Web-Seiten. Werden diese in einer Programmiersprache wie Java programmiert, stellt sich, Urheberrechtsschutz einmal vorausgesetzt, die Frage, ob der Grafikdesigner in einer Werbeagentur nach urheberrechtlicher Wertung unter die Sonderregeln des Softwareurheberrechts fällt.

1852 Ziel des hier vorgeschlagenen Konzepts soll selbstverständlich nicht sein, dem Vertragsrecht aufgrund der Differenzierung bei der Zuordnung seine Funktion zu entziehen. Vielmehr wird dies auf zweiter Ebene nach wie vor zur Anwendung kommen und seinen Zweck erfüllen. Angestrebt wird vielmehr unter anderem, bereits auf gesetzlicher Zuordnungsebene die Möglichkeit zu nutzen, Nachteile und interessenwidrige Ergebnisse, die bei uneingeschränkter oder – im Gegenteil – übermäßig eingeschränkter Dispositionsfreiheit unweigerlich auftreten würden, zu vermeiden.

a) 1. Alternative: Pauschale Zuordnung des Stammrechts auf Basis einer kategorisierten Interessenabwägung

aa) Allgemeines

Der erste Vorschlag orientiert sich relativ nahe am geltenden Recht. Das Recht wird hiernach vollständig einer an der Werkerstellung beteiligten Person zugeordnet. Der Unterschied zum Schöpferprinzip liegt hierbei allein in der Abkehr von der zwingenden Zuordnung zum Urheber zu Gunsten einer wertenden Norm, nach der die Verteilung aufgrund abstrakt getroffener Wertungen über eine Gewichtung unterschiedlicher Beiträge (Leistungen) der Beteiligten in verschiedenen Konstellationen beruht. Die Rechtszuordnung basiert mithin nicht auf dem Schöpferprinzip, sondern auf dem Gedanken eines wie oben bereits ausführlich dargestellten sachbezogenen Leistungsprinzips<sup>1853</sup>.

Konzeptionell könnte der Ansatz durch ein Fallgruppen- oder Kategorienmodell realisiert werden. Hierbei würden Fälle gleichgelagerter Konstellationen Fallgruppen zugeordnet, innerhalb derer feste Zuordnungsregeln gelten. Maßgebliche Kriterien für die Kategorisierung könnten wiederum gewisse zuordnungsrelevante Indizien verkörpern. Diese Indizien liegen der abstrakten Wertung zugrunde, sind also nicht in jedem Einzelfall auf ihr Vorliegen zu prüfen. Als Regelungsziel soll erreicht werden, jeweils den Beteiligten zu bestimmen, dessen Interesse an der wirtschaftlichen Verwertung der Schöpfung angesichts einer objektiven Gesamtschau der geleisteten Beiträge als höchststrangig anzusehen ist. Als Beurteilungsmaßstab für die Frage, wer den entscheidenden Anteil an der Werkschöpfung hatte, bieten sich verschiedene Kriterien an<sup>1854</sup>.

Im Folgenden sollen einzelne Elemente eines solchen Regelungskonzepts weiterentwickelt werden. Die Grundidee liegt darin, vier Haupt- und zwei Untergruppen von Fällen zu definieren, für die jeweils unterschiedliche Zuordnungsregeln gelten. Es sollen nicht alle Fallgruppen tiefergehend entwickelt werden. Dies erscheint auch nicht erforderlich, um den im Vordergrund stehenden, konzeptionellen Gedanken zu erläutern. Näher eingegangen wird daher nur auf die Fallgruppen 3 und 4, im Rahmen derer sich die Unterschiede zum geltenden Recht am meisten auswirken würden.

1853 Siehe oben, Punkt II.D) in diesem Kapitel.

1854 Als Ergänzung der Zuordnungsregelung könnte man weiter erwägen, den durch die Abwägung benachteiligten Personen Beteiligungsansprüche zuzugestehen, soweit dies gerechtfertigt erscheint. Dies soll hier jedoch nicht vertieft werden.

Um das Modell zu veranschaulichen, sollen die Zuordnungsregeln vorab schon einmal vereinfacht dargestellt und anschließend vertieft werden. In Fallgruppe 1 und 2 fallen Werke, die nicht im Zuge vertraglicher Pflichten zu einem Dritten geschaffen werden, sondern nur von einem (Fallgruppe 1) oder mehreren ungebundenen (Fallgruppe 2) Urhebern<sup>1855</sup>. Da eine gegenüber dem Schöpferprinzip alternative Zuordnung hier weder denkbar noch vonnöten ist, sind hier gegenüber dem geltenden Recht keine besonderen Aspekte zu beachten. Die Fallgruppen 3 und 4 unterteilen sich jeweils in eine Regelfallgruppe (3a und 4a) sowie eine Sonderfallgruppe (3b und 4b). Fallgruppe 3 soll solche Fälle erfassen, in denen Werke von Urhebern geschaffen wurden, die „im Auftrag“<sup>1856</sup> eines Dritten tätig werden. In der Regelkonstellation 3a wird das Recht dem Urheber zugeordnet, während in Fällen, die unter die Gruppe 3b subsumiert werden können, das Recht dem Dritten zustehen soll. Genau umgekehrt verhalten sich Regel und Ausnahme in Fallgruppe 4. Diese dient der Erfassung von Fällen, in denen angestellte Urheber Werke im Rahmen ihrer arbeits- oder dienstvertraglichen Pflichten erzeugen. Zur weiteren Veranschaulichung vgl. Abbildung 1.

Abb. 1: Zuordnung des Werkschutzrechts auf Basis eines sachbezogenen Leistungsprinzips

| Originärer Rechtsinhaber    | Urheber | Auftraggeber | Arbeitgeber |
|-----------------------------|---------|--------------|-------------|
| Fallgruppe 1                | X       |              |             |
| Fallgruppe 2                | X       |              |             |
| Fallgruppe 3a<br>Regelfall  | X       |              |             |
| Fallgruppe 3b<br>Sonderfall |         | X            |             |
| Fallgruppe 4a<br>Regelfall  |         |              | X           |
| Fallgruppe 4b<br>Sonderfall | X       |              |             |

1855 Hierbei handelt es sich um Fälle „horizontalen“ Zusammenwirkens, also etwa der Miturheberschaft (vgl. hierzu oben Fn. 1849).

1856 Der Terminus „Auftrag“ soll hier nicht formaljuristisch im Sinne der §§ 662 ff. BGB, sondern zur Vereinfachung als Synonym für vertragliche Beziehungen zwischen einem freischaffenden bzw. selbständigen Urheber und einem Dritten verstanden werden. Mit Auftrag können mithin auch werkdienstvertragliche Abmachungen gemeint sein. Auf die Unterschiede des besonderen Schuldrechts kommt es vorliegend nicht an.

## bb) Die Zuordnungskriterien der Fallgruppen 3 und 4

### (1) Konzeption der Fallgruppen 3 und 4

Unter den Anwendungsbereich der Fallgruppen 3 und 4 könnte man Konstellationen subsumieren, in denen neben der kreativen Leistung wirtschaftliche, organisatorische oder andere Leistungen Dritter den Wert des Endprodukts, des Werkes, maßgeblich beeinflusst haben. Erfasst werden Werke, die von einer oder mehreren natürlichen Personen erschaffen wurden, die gegenüber einer oder mehrerer Dritter – natürlicher oder juristischer – Person(en) auftrags- oder werk-, arbeits- oder dienstvertraglichen Bindungen unterliegen. Will man die Leistungen solcher Dritter bei der Zuordnung berücksichtigen, ist zunächst erforderlich, dass werkschutzrechtliche Schutzpositionen einerseits durch nichtkreative Leistungen erworben werden können. Andererseits muss eine originäre Zuordnung solcher Rechte – im Gegensatz zum geltenden Recht – auch an juristische Personen möglich sein.

Eine derartige Lösung bietet aus wirtschafts- und kulturpolitischer Sicht Vorzüge, da hierdurch Anreize zum kreativen Schaffen erzeugt werden, die das geltende Recht nicht bieten kann. Denn da ein im Abhängigkeitsverhältnis tätiger Urheber meist nicht selbst die Initiative zum Werkschaffen ergreift und initiiierende Dritte bei der Zuordnung der Ausschließlichkeitsrechte nicht berücksichtigt werden, behindert das Schöpferprinzip die Anreizfunktion des Urheberrechts in vielen Fällen mehr als dass es sie stärken würden.

Um eine möglichst differenzierte, interessengerechte Zuordnung des Stammrechts bei Zusammenwirken unterschiedlicher Beiträge im Werkschöpfungsprozess zu ermöglichen, sieht das Modell eine Unterteilung in zwei Haupt- (Fallgruppe 3 und 4) und zwei Untergruppen (3a/b und 4a/b) vor. Dabei soll die jeweils erste Unterfallgruppe (a) die Regel- und die zweite (b) die Ausnahmefälle erfassen. Der maßgebliche Unterschied zwischen den beiden Hauptgruppen liegt darin, dass bei Gruppe 3 die Regel in der Zuordnung des Stammrechts an den Urheber liegt und bei Gruppe 4 das Recht generell einem Dritten zustehen soll. Dem Unterschied zwischen Regel und Ausnahme soll regelungstechnisch mit einer Beweislastregelung Rechnung getragen werden.

Die Sonderkategorien sollen hier als konzeptionelle Idee eingeführt werden, damit Fälle, in denen die pauschale Wertung nicht zutrifft, einer interessengerechten Lösung zugeführt werden können. Das Regelungsziel, auch in gesondert gelagerten Einzelfällen gerechte Ergebnisse über differenzierende Vorschriften erzielen zu können, legt eine solche Konzeption nahe. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass auch diesbezüglich ein Spannungsverhältnis zur Rechtssicherheit besteht. Eine starre und unwiderlegbare – wenn auch zwischen verschiedenen Konstellationen differenzierende – Zuordnungsregel hätte gegenüber der hier vorgestellten Regelungstechnik – bei der die Zuordnung des Rechts in vorab bestimmten Konstellationen nur widerlegbar vermutet wird – den Vorteil der Vorhersehbarkeit und Transparenz in Bezug

auf die Rechtsinhaberschaft. Besonders bei diesem Aspekt ist Rechtssicherheit von wesentlicher Bedeutung, da ansonsten die Verkehrsfähigkeit des Werkes erheblich leiden würde. Dennoch soll das Modell wie beschrieben im Folgenden in Grundzügen entwickelt werden, um die dahinterstehende konzeptionelle Idee zu veranschaulichen und Optionen zu eröffnen.

Um die Zuordnung zu den Gruppen 3 und 4 vornehmen zu können, bedarf es zweier Prüfungsschritte. Zunächst ist die Beteiligungssituation bei der Werkerstellung festzustellen. Zu diesem Zweck sind die für das Geisteswerk in seiner konkreten Form relevanten Beiträge zu erfassen. Um dies zu ermöglichen, bedarf es vorab einer Festlegung, was alles zu den „relevanten Beiträgen“ zu zählen ist<sup>1857</sup>. Im zweiten Schritt ist sodann eine Gewichtung der jeweils zu berücksichtigenden Beiträge vorzunehmen<sup>1858</sup>.

Im Rahmen der nun folgenden Überlegungen zur Konzeption der Fallgruppen 3 und 4 wird die gleiche Prüfung abstrakt durchgeführt. In diesem Zuge werden Standardkonstellationen auf die zuordnungsrelevante Interessenlage überprüft und sodann generelle Wertungen vorgeschlagen. Diese bilden die Grundlage für die Fallgruppenkonzeption. Die Wertungen basieren auf Indizien, denen nach hier vertretener Auffassung erhebliche Bedeutung für das Werkschaffen zukommt und damit Relevanz auch für die Zuordnung beizumessen ist.

## (2) Relevante Leistungen

Einen ersten Filter bei der Bestimmung der im Rahmen der Zuordnung zu berücksichtigenden (relevanten) Faktoren bilden die allgemeinen Kausalitätsregeln. Es sind nur Beiträge bei der Bewertung zu berücksichtigen, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass das Werk in seiner konkreten Gestaltung entfallen würde.

Der damit gezogene Kreis potenziell zuordnungsrelevanter Leistungen ist naturgemäß sehr weit. Es ist daher – wie nach den allgemeinen Kausalitätsregeln – eine weitere Einschränkung vorzunehmen, die sich am Schutzzweck der Norm orientiert. Es ist also zunächst zu fragen, welche Leistungen mit der Gewähr des Werkschutzrechts honoriert werden sollen. Nur hierzu zählende Beiträge können bei der Zuordnung des Rechts berücksichtigt werden.

Das Werkschutzrecht soll als Anreiz zur Erbringung für Leistungen dienen, die unmittelbar mit dem Werkschöpfungsprozess in Zusammenhang stehen, die für die Erzeugung von Werken elementar sind und die die wertbildenden Faktoren des Werkes sowie dessen konkrete Ausgestaltung maßgeblich beeinflussen. Hierzu zählen bei Werken, die im Zusammenwirken zwischen Urheber und Auftrag- oder Ar-

1857 Siehe sogleich in Punkt (2).

1858 Siehe sogleich in Punkt (3).

beitgeber entstehen, insbesondere kreative (schöpferische) Leistung, Organisation und Investition. Je nach Konstellation bei der Werkschöpfung kann die Bedeutung der genannten zuordnungsrelevanten Beiträge variieren. Durch die Fallgruppenbildung soll eine pauschale Bewertung und Gewichtung aller relevanten Beiträge präjudiziert werden, die es schließlich rechtfertigt, das Recht einem bestimmten Beteiligten zuzuordnen.

Über diese Definition des Regelungszwecks sollte es zunächst möglich sein, die zuordnungsrelevanten Leistungen von irrelevanten Beiträgen abzugrenzen. So ist damit z. B. ausgeschlossen, dass die Vermietung eines Ateliers an einen freischaffenden Künstler, der im Auftrag ein Werk schafft, als relevanter Beitrag in die Abwägung einbezogen werden kann. Denn diese Handlung steht weder in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Schöpfungsprozess noch beeinflusst sie die wertbildenden Faktoren des Werkes. Aus den gleichen Gründen sind Beiträge ausgeschlossen, die für die Entstehung des Werkes, also der immateriellen geistigen Leistung, nicht von Bedeutung sind, sondern der Werkmittlung dienen. Gemeint sind vor allem Fertigungskosten und -leistungen von materiellen Werkträgern, z. B. CDs oder Videos<sup>1859</sup>. Das Presswerk etwa, das für den Produzenten eines Filmwerkes die DVD mit dem Film herstellt, wird damit bei der Zuordnung des Schutzrechts ebenso wenig berücksichtigt wie der Tonträgerhersteller. Ist dieser indes in den Schöpfungsprozess, etwa die Komposition einer Symphonie, organisatorisch eingebunden oder leistet hierfür wesentliche Investitionen, können solche Beiträge berücksichtigt werden.

Auch andere, dem Werkschöpfungsprozess nahe stehende Beiträge sind hiernach nicht bei der Zuordnung des Werkschutzrechts zu berücksichtigen. Dies gilt v. a. für die zwecks einer Verkörperung erbrachten, rein handwerklichen Leistungen. Entsteht beispielsweise ein Werk zunächst in der Vorstellung des Urhebers und übernimmt die Verkörperung eine andere Person, ohne dabei selbst über eine Gestaltungsfreiheit zu verfügen – wie z. B. ein Schreiber, der nach Diktat ein literarisches Werk zu Papier bringt<sup>1860</sup> –, ist dessen ausführende Tätigkeit kein urheberrechtlich relevanter Aspekt, da hierin weder eine organisatorische oder kreative noch eine Investitionsleistung liegt. Im Übrigen haben solche Leistungen auf die konkrete Ausgestaltung des Werkes keinen maßgeblichen Einfluss, sondern werden erst nach der

1859 Hier zeigt sich die Bedeutung der oben (Punkt II.C.3) angeregten Qualifikation des Werkes, als eine geistige Leistung deren Wert von der Verkörperung der Leistung unabhängig ist. Die spätere Vervielfältigung eines Werkes macht dessen Wert nicht aus und ist kein für die Entstehung des Geisteswerkes kausaler Beitrag. Dies wird durch den vorgeschlagenen Werkbegriff deutlich gemacht. Damit definiert der vorgeschlagene Werkbegriff die durch das Urheberrecht schützenswerten Leistungen.

1860 Anders z. B. der *Ghostwriter*, der im Auftrag für einen anderen schreibt, dabei aber die eigentliche Gestaltung selbst vornimmt, vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 7, Rdnr. 4.

Schöpfung erbracht. Insofern ergeben sich zum geltenden Recht keine Unterschiede<sup>1861</sup>.

Gleiches gilt wiederum für die Entwicklung einer unbestimmten Idee, auf deren Grundlage später von (einem) anderen das Werk ausgestaltet wird. Auch hier fehlt es an einem maßgeblichen Beitrag, der die konkrete Ausformung des Schutzgutes unmittelbar prägt.

### (3) Abgrenzung der Regelfallgruppen 3 und 4

Wie bereits erläutert sollen die Fallgruppen 3 und 4 aus je einer Regelfallgruppe (jeweils mit lit. a) bezeichnet) und einer Sonderfallgruppe (lit. b)) gebildet werden. Bestimmte Konstellationen des Zusammenwirkens mehrerer Personen bei der Werkschöpfung sind zunächst Gegenstand der Hauptfallgruppe. Dies Subsumtionsergebnis wird indes nur vermutet. Widerlegt eine durch das erzielte Ergebnis benachteiligte Partei diese Vermutung, liegt ein Sonderfall vor, der nach den Regelungen der jeweiligen Sonderfallgruppe beurteilt wird.

Die Unterscheidung der beiden Hauptgruppen 3 und 4 soll auf einer einfachen Grobfilterung, die sich an den äußeren Umständen des Schöpfungsprozesses orientiert, basieren. Fallgruppe 3 erfasst dabei alle Schutzgüter, die nicht von angestellten Urhebern geschaffen wurden und die nicht unter die Fallgruppen 1 oder 2 fallen. Hierzu werden insbesondere Werke zu zählen sein, die auf Vereinbarungen in Werk- und Werklieferungsverträgen oder Aufträgen beruhen. Der maßgebliche Unterschied gegenüber Fallgruppe 4 soll – wie oben ausgeführt wurde – darin bestehen, dass bei Fallgruppe 3 eine Vermutung für die Zuordnung des Stammrechts zum Urheber besteht, während bei Fallgruppe 4 der Arbeitgeber oder Dienstherr in den Genuss dieser Vermutung kommt<sup>1862</sup>. Dieser abstrakten Wertung liegen fünf verschiedene Indi-

1861 Solche Aspekte werden *de lege lata* schon durch den Werkbegriff ausgeschlossen. Im hier modifizierten Konzept und vor dem Hintergrund des oben vorgeschlagenen, sehr offenen Werkbegriffes, ist es hingegen nötig, derartige Leistungen nicht schon auf der Primärebene der Beurteilung des Werkschutzes auszuschließen. Dies bei der Zuordnungsfrage zu tun, bietet sich von daher an, als der Filter auf hoher (sekundärer) Ebene greift und so schon in einem frühen Stadium der Prüfung irrelevante Leistungen ausgeschieden werden können.

1862 Weitere Fallgruppen könnten gebildet werden. So käme die Konstruktion einer weiteren Fallgruppe für solche Werke in Betracht, die in heterogenen und unkoordiniert zusammenwirkenden Gruppen erstellt werden. Hierunter würden sich etwa viele Open Source- oder Open-Content-Projekte subsumieren lassen, bei denen große, teils anonyme Personengruppen unter Verfolgung eines gemeinsamen Zieles (die Arbeit an einem Gesamtwerk) mehr oder weniger frei Eigenbeiträge einbringen. In solchen Konstellationen ist die Zuordnung der Rechte am Gesamtwerk und seinen Bestandteilen bereits nach geltendem Recht äußerst schwierig. Durch mangelnde Konzentration der Rechte ergeben sich erhebliche Probleme bei deren Wahrnehmung, vgl. hierzu *Kreutzer* in *ifroSS* (Hrsg.), *Die GPL kommentiert und erklärt*, Ziff. 8, Rn.

zien<sup>1863</sup>, die nach der hier vertretenen Ansicht für eine solche Zuordnung sprechen<sup>1864</sup>.

Ausgangspunkt der Überlegungen war eine zunächst gleichrangige Gewichtung der zuordnungsrelevanten Faktoren, also kreativen, organisatorischen und Investitionsleistungen sowie der oben beschriebene Regelungszweck der Zuordnungsregel. Diese soll – um zielgerichtete Anreize zu schaffen – Leistungen honorieren, die für die Werkerstellung von wesentlicher Bedeutung sind. Je mehr Einfluss die jeweils erbrachten, zuordnungsrelevanten Leistungen auf das letztliche Entstehen des Werkes hatten, desto schwerer wiegen die Interessen desjenigen, der sie erbracht hat. Vereinfacht ausgedrückt könnte man das hierhinter stehende Prinzip wie folgt beschreiben: Wem das Werk in erster Linie zu verdanken ist und wer das meiste Risiko trägt, der wird mit dem Recht belohnt.

#### (a) 1. Indiz: Abhängigkeitsgrad zwischen Urheber und Werk

Das die grobe Unterscheidung der Fallgruppen 3 und 4 dominierende Indiz liegt in dem – potenziell – divergierenden Grad des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Schöpfer und Drittem. Denn das Abhängigkeitsverhältnis und dessen Ausformung wird in vielen Fällen darüber entscheiden, wem die wesentliche Initiative zur Werkschöpfung zuzuschreiben ist und wer die konkrete Gestaltung maßgeblich beeinflusst hat.

So steht dem im Auftrag tätigen Schöpfer im Zweifel<sup>1865</sup> ein wesentlich höheres Maß an Gestaltungsfreiheit zu als dem Arbeitnehmerurheber, der dem Direktionsrecht des Arbeitgebers (§ 315 BGB) untersteht<sup>1866</sup>. Die Möglichkeit des Arbeitgebers, die Gestaltung des Werkes durch Ausübung seiner Direktionsbefugnisse mehr oder weniger erheblich zu beeinflussen, indiziert ein Interesse, das für dessen Recht-

21. Ob derartige Schwierigkeiten entstehen, hängt naturgemäß von der Frage ab, ob die Teilnehmer eines solchen Projekts an einem Gesamtwerk (etwa einem Computerprogramm) arbeiten oder jeder eigenständige Beiträge erstellt (wie etwa bei der freien Enzyklopädie Wikipedia, vgl. [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org)). In letzterem Fall bedarf es keiner kollektiven Rechtswahrnehmung.

1863 Auch diesbezüglich gilt, dass die Wertung keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, sondern nur Beispielcharakter haben kann.

1864 Die Indizwirkung jedes Faktors mag für sich betrachtet nur sehr gering sein. Eine Gesamtbeurteilung sollte indes geeignet sein (u. U. auch unter Hinzuziehung weiterer Aspekte), einen repräsentativen Maßstab für die Gewichtung der einzelnen Beiträge aufzuzeigen.

1865 In diesen Grundwertungen liegt das schon angekündigte Maß an Generalisierung, das aus diesseitiger Sicht ein notwendiges Zugeständnis an die Rechtssicherheit ist. Hierdurch unterscheidet sich das vorgeschlagene Fallgruppenkonzept von einer Regelung mittels Generalklauseln.

1866 Siehe oben Fn. 1428.

sinhaberschaft spricht, da er die konkrete Gestaltung in der Regel auch inhaltlich beeinflussen wird. Dagegen ist der Auftraggeber im Allgemeinen weiter vom Arbeitsergebnis entfernt, was – pauschal betrachtet – in dieser Konstellation eher für die Zuordnung des Rechts zum Kreativen streitet. Sonderfälle können über die Sonderfallgruppen aufgefangen werden.

### (b) 2. Indiz: Investitions- und Erfolgsrisiko

Ein weiteres Indiz für die Abgrenzung der beiden Gruppen lässt sich dem generell unterschiedlich gelagerten Investitionsrisiko entnehmen. Indem der Urheber im werkvertraglichen Verhältnis in Bezug auf die zur Herstellung notwendigen Aufwendungen in der Regel in Vorleistung tritt, trägt er das Risiko einer Amortisierung dieser Kosten. Im Arbeitsverhältnis leistet der Arbeitgeber dagegen regelmäßig vor und trägt das Investitionsrisiko<sup>1867</sup>.

Daneben werden die von Fallgruppe 3 und Fallgruppe 4 erfassten Konstellationen sich regelmäßig durch eine unterschiedliche Verteilung des primären Erfolgsrisikos<sup>1868</sup> (gewissermaßen als Element des Investitionsrisikos) voneinander abheben. Sofern ein solches überhaupt besteht, trägt es bei den durch Gruppe 3 erfassten Fällen der Urheber, da der Werklohn erst bei Abnahme fällig wird (§ 641 Abs. 1 BGB) und der Schöpfer bis dahin zur Nachbesserung verpflichtet ist<sup>1869</sup>. In Gruppe 4 hingegen trägt der Arbeitgeber das primäre Erfolgsrisiko, da er dem Urheber generell kein erfolgsabhängiges, sondern ein vorab bestimmtes, pauschales Entgelt schuldet, das auch bei Misserfolgen nicht zurückverlangt werden kann.

### (c) 3. Indiz: Das Alimentationsinteresse des Urhebers

Ein weiteres Indiz dafür, dass es interessengerecht erscheint, dem (selbstständig tätigen) Urheber eines Auftragswerks das Recht originär zuzuordnen, dem Arbeitnehmerurheber hingegen generell nicht, bildet das Alimentationsinteresse. Die Rechte

1867 Auch stellt im Angestelltenverhältnis der Arbeitgeber im Zweifel die nötigen Arbeits- und Betriebsmittel zur Herstellung zur Verfügung und übernimmt somit einen weiteren, u. U. wichtigen Anteil, auf den die Werkschöpfung letztlich zurückgeht.

1868 Gemeint ist das Risiko, dass die Werkschöpfung an sich gelingt (also nicht dessen nachgelagerter wirtschaftlicher Erfolg).

1869 Wenn die Abnahme und die Zahlung der Vergütung erfolgt sind, geht das Amortisierungsrisiko zwar auf den Besteller über. Es erscheint aber nicht interessenwidrig, diesen in solchen Konstellationen für den Erwerb der Verwertungsrechte auf den Vertragsweg zu verweisen, da sich zu diesem Zeitpunkt sein Amortisationsrisiko schon verringert hat. Er trägt dann gewissermaßen nur noch ein „sekundäres“ Erfolgsrisiko.

am Werk können und sollen – wie sich an der Gewähr eines über den Tod des Urhebers hinaus währenden Rechts zeigt – dem Urheber und seinen Erben auch eine zukünftige finanzielle Absicherung gewähren. Das Interesse des Urhebers an einer solchen Absicherung hängt jedoch nicht unmaßgeblich mit dessen beruflicher Situation zusammen.

Während bei angestellten Urhebern Arbeitslohn und Sozialleistungen des Arbeitgebers eine gewisse Gewähr für Auskommen und Altersvorsorge leisten, kommt der freischaffende oder im Auftrag tätige Urheber nicht in den Genuss entsprechender Sicherungssysteme. Es bedarf kaum einer Erläuterung, dass das Geistesschaffen im Rahmen einer Festanstellung generell weitaus weniger mit existenziellen Risiken verbunden ist als für einen Selbstständigen. Letzterer wird auch nicht selten auf Basis von Ertragsbeteiligungen Vergütungen für seine Leistungen erhalten, wofür er wiederum das Stammrecht benötigt, da auf vertraglicher Ebene ansonsten kaum Aussicht besteht, eine derartige Position auszuhandeln. Beide Argumente sprechen dafür, den freischaffenden Urheber im Verhältnis zum Arbeitnehmer bei der Rechteverteilung bevorzugt zu behandeln und im Umkehrschluss die Interessen des Auftraggebers als zweitrangig zu betrachten.

#### (d) 4. Indiz: Organisations- und Koordinationsaufwand

Auch im Hinblick auf die Verteilung der Organisationslast erscheint es generell angemessen, das Werkschutzrecht in den der Fallgruppe 3 zuzurechnenden Konstellationen dem Urheber, bei Fallgruppe 4 dagegen dem Auftraggeber zuzuordnen. Der selbstständig tätige Urheber erbringt die Organisationsleistungen, die zum Werkschöpfungsvorgang notwendig sind, generell selbst. „Gruppe-4-Werke“ werden hingegen zumeist innerhalb der Organisationsstrukturen des Arbeitgebers entstehen. Er erbringt damit, vor allem bei in größeren Gruppen geschaffenen Werken, eine für das Arbeitsergebnis ebenso wichtige wie u. U. aufwendige Leistung.

#### (e) 5. Indiz: Einsatz und Verwendung von Know-how

Ein weiteres Indiz, das für die hier vorgeschlagene Zuordnung des Rechts spricht, liegt in der Zurechnung des für die Werkschöpfung maßgeblichen Know-hows. Auch das eingebrachte Wissen stellt häufig einen wichtigen wertbildenden Faktor von Geistigesgütern dar. Daher liegt es nahe, das in ein Werk eingeflossene bzw. das bei dessen Schöpfung erforderliche Know-how im Rahmen der Ausgestaltung und Zuordnung des Rechts zu berücksichtigen.

In vielen Fällen wird bei in Arbeitsverhältnissen geschaffenen Werken auch betriebliches Know-how in erheblichem Maße einfließen. Dies gilt umso mehr bei Werken, die weniger auf gestalterischer Kreativität, als mehr auf „technischer Kreativität“ beruhen. Dagegen profitieren selbstständig tätige Urheber in der Regel

nicht vom betrieblichen Know-how des Auftraggebers. Auch diese – wiederum sehr generalisierte – Wertung ist ein kleiner Baustein der die Gesamtwertung, die durch die Unterscheidung der Gruppen 3 und 4 ausgedrückt wird, als gerechtfertigt erscheinen lässt.

#### (f) Zwischenergebnis

Ausgehend von der Grundthese, dass bei der Zuordnung gestalterische, organisatorische und Investitionsleistungen gleichwertig berücksichtigt werden sollten, rechtfertigen die genannten Indizien die in den Regelfallgruppen 3a) und 4a) vorgesehenen Zuordnungsregeln. Diese haben zum Ergebnis, dass bei Werken, die von freischaffenden, im Auftrag eines Dritten tätigen, Urhebern geschaffen wurden, das Recht bei diesen, bei von Arbeitnehmern geschaffenen Werken dagegen beim Arbeitgeber liegt. Diese einfachen, pauschalierenden Zuordnungsregeln basieren auf den sich aus den Indizien ergebenden Erkenntnissen. Sie bilden mithin die Basis der eigentlichen Regelung und müssen positivrechtlich nicht festgeschrieben werden.

#### cc) Innerkategoriale Abgrenzung von Regel und Ausnahme

Es liegt in der Natur der Sache, dass derartige abstrakte Wertungen nicht in jedem Einzelfall zu angemessenen Ergebnissen führen können. Treffen diese nicht zu, besteht die Möglichkeit, Ausnahmeregelungen (-fallgruppen) zu schaffen, mit denen ungerechtfertigte Ergebnisse korrigiert werden können. Diese könnten – wie hier vorgeschlagen – der Einschränkung unterworfen werden, dass derjenige, der sich hierauf beruft, das Bestehen eines relevanten Sonderfalls beweisen muss, um die durch die tatsächliche Situation ausgelöste Vermutungswirkung zu entkräften<sup>1870</sup>. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass derartige Ausnahmeregelungen in einem Spannungsfeld zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit stehen und daher nicht unbedenklich sind.

Dennoch soll ein solches Modell hier als Denkansatz verfolgt werden. Die konzeptionelle Idee läge darin, Sonderfallgruppen 3b) und 4b) zu normieren. Wiegen die Interessen eines angestellten Urhebers im Einzelfall schwerer als die seines Arbeitgebers, kommt er in den Genuss der umgekehrten Zuordnungsregel nach Gruppe 3b) und damit des Urheberrechts. Er müsste seine Berechtigung im Streitfall indes

1870 Im Übrigen wird mit der Abkehr vom naturrechtlichen Schöpferprinzip ermöglicht, die Zuordnungsfrage auch durch Parteiabspache zu regeln. Ob derartige Möglichkeiten eröffnet werden sollten, wäre ein weiteres wichtiges Detail, das man im Rahmen des Werkschutzkonzepts zu klären hätte.

beweisen können. In den durch die Hauptgruppe 4 erfassten Konstellationen würde bei einer derartig gesondert gelagerten Situation der Auftraggeber als originärer Rechtsinhaber gelten.

Für die Beurteilung, ob derartige Sonderfälle vorliegen, wären wiederum die genannten zuordnungsrelevanten Leistungen sowie die Verteilung der wirtschaftlichen Interessen und Risiken heranzuziehen. So würde sich ein der Sonderfallgruppe 4b) zugehöriges Werk dadurch auszeichnen, dass nicht die Organisations- und Investitionsleistungen des Arbeitgebers, sondern eine Verwirklichung außerordentlicher, evtl. überobligatorischer Kreativität oder die Einbeziehung von besonderem Wissen bei der Erschaffung des Werkes wesentlich zur Erschaffung und konkreten Gestaltung des Werkes beigetragen haben.

Es zeigt sich hieran schon, dass die Beurteilung auf dieser Ebene bedeutend schwieriger wird als bei der Abgrenzung der Hauptgruppen. Dies beruht v. a. darauf, dass die innerkategoriale Unterscheidung nicht allein vorab bestimmbar, äußeren Umständen entnommen werden kann, sondern stets mit einer Wertung einhergeht. Ob ein Sonderfall vorliegt, wird daher nur im Einzelfall beurteilt werden können. Hieran werden die schon oben geäußerten Bedenken gegen die Normierung von Ausnahmetatbeständen aus Sicht der Rechtssicherheit deutlich.

In diesem Zuge mag es vereinfachend wirken, die oben aufgestellten – und weitere – Indizien nicht nur als Grundlage für die rechtliche Wertung heranzuziehen, sondern diese im Rahmen der Sonderfallgruppen gesetzlich festzuschreiben. Auf diese Weise könnte die – elementar wichtige – Zuordnungsproblematik auch in Sonderfällen zumindest etwas entschärft werden. Die von der Warte der Rechtssicherheit geäußerten Bedenken an einer solchen Lösung können jedoch auch hierdurch nicht vollständig ausgeräumt werden.

#### (1) Indizien für die Zuordnung nach der Sonderfallgruppe 3b)

Auch für die Zuordnung zu Fallgruppe 3b) könnten zunächst die in oben unter (1) – (5) dargestellten Indizien fruchtbar gemacht werden. Regelungstechnisch könnte die Sonderfallgruppe als bloße Generalklausel oder unter Nennung besonderer Umstände, die wiederum das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes indizieren, umgesetzt werden. Der Generalklausel wäre etwa sinngemäß zu entnehmen, dass die Sonderfallgruppe nur einschlägig ist, wenn eine Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls dafür spricht, dass die grundsätzliche Wertung nicht zutrifft und daher eine anderweitige Zuordnung des Rechts ausnahmsweise geboten ist. Dies wiederum würde durch das Vorliegen einer oder mehrerer der gesetzlich genannten besonderen Umstände indiziert.

Bei der Suche nach solchen Indizien wird das Hauptaugenmerk auf die Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen zwischen dem oder den Urheber(n) und dem Dritten gelegt werden müssen<sup>1871</sup>. Sind diese gesondert gelagert, kann dies für eine geänderte Interessenlage und damit für eine umgekehrte Zuordnung sprechen. Dies mögen einige Beispiele veranschaulichen.

So würde für eine Zuordnung des Werkschutzrechts zum Auftraggeber sprechen, wenn im Einzelfall die primären Investitionsrisiken bei ihm liegen, etwa weil er sich zur bedingungslosen Abnahme vertraglich verpflichtet hat.

Steht der Urheber zum Auftraggeber ausnahmsweise in einer gesicherten, ständigen Vertragsbeziehung, erhält er Pauschalhonorare und leistet der Auftraggeber womöglich zudem Sozialleistungen, wird das Alimentsinteresse des freischaffenden Urhebers in Zweifel nachrangig sein. Zu einer Verlagerung der Organisationslast kann es kommen, wenn der Urheber in die Organisationsstruktur des Arbeitgebers vollständig oder teilweise eingebunden ist<sup>1872</sup>.

Auch eine erhebliche Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des Urhebers, etwa aufgrund detaillierter Anweisungen des Auftraggebers, kann für eine geringere Bedeutung der kreativen Leistung des Schöpfers und damit für eine Zuordnung der Rechte zum Auftraggeber sprechen. In diesem Zusammenhang könnte das Kriterium des Gestaltungsspielraums – auf den der Aspekt der „Fremdbestimmung“ beim Werkschöpfungsprozess erheblichen Einfluss nimmt – wiederum fruchtbar gemacht werden. Ist dieser besonders gering, da die Umsetzungsspielräume der gestellten Aufgabe klein, die Anweisungen präzise und die Variabilität der Formensprache beschränkt ist, spricht dies dafür, dass hier z. B. Initiative, Koordination und Idee als Leistungen des Auftraggebers – die ebenfalls zunächst festgestellt werden müssen – für die Entstehung des Werkes vorrangige Bedeutung hatten. Mit anderen Worten: Je größer der Einfluss des Auftraggebers auf die Gestaltung, desto erheblicher ist sein Interesse an einem Erhalt des Werkschutzrechts zu gewichten.

Weiter könnte man bei der Feststellung besonderer Umstände die Bedeutung der Person des Urhebers für die Wertschöpfung des Werkes berücksichtigen. Es war in dieser Arbeit schon verschiedentlich vom „Werk ohne Urheber“ oder vom „entpersönlichten Werk“ die Rede, worunter Geistesschöpfungen verstanden wurden, bei

1871 Diese Tatsache spiegelt wiederum die elementaren Unterschiede zwischen Schöpfer- und Leistungsprinzip als Zuordnungsmaxime wider: im Rahmen einer Beurteilung der Rechtszuordnung über das naturrechtlich begründete Schöpferprinzip kann den äußeren Umständen nicht Rechnung getragen werden.

1872 Solche Fälle sind in einer Grauzone zwischen angestellt, selbstständig und scheinselfständig angesiedelt. Auf diese Abgrenzung aus dem Sozialversicherungsrecht kommt es bei der vorliegenden Wertung allerdings nicht an, da nur die Interessensituation geklärt werden soll. Allerdings kann bei der Grundzuordnung zu den Gruppen 3) oder 4) auch die Frage, ob der Urheber selbstständig oder angestellt ist, im Zweifelsfall durchaus eine Rolle spielen. Man könnte dann daran denken, auch für die urheberrechtliche Wertung, die im Sozialversicherungsrecht geltenden Indizien, fruchtbar zu machen.

denen die Person des Schöpfers kaum mehr eine Rolle spielt. Übertragen in den vorliegenden Kontext wäre zu überdenken, ob sich hieraus ein zuordnungsrelevantes Indiz ergibt, das bei der Gewichtung der Beiträge herangezogen werden könnte.

Dies scheint in gewissen Grenzen durchaus plausibel. Das werkbezogene Leistungsprinzip als Zuordnungsmaxime gebietet, demjenigen das Recht zuzuordnen, der die wesentlichen wertbildenden Faktoren des Werkes in maßgeblicher Weise durch seine Leistung geprägt hat. Es ist dabei nicht ausgeschlossen, auch Leistungen einzubeziehen, die im Vorfeld des in Rede stehenden Werkschöpfungsprozesses erbracht wurden. Als eine solche Leistung könnte zum Beispiel der Erwerb eines in Verbraucherkreisen bedeutenden Rufes berücksichtigt werden. Denn ein sehr bekannter Schöpfer bringt mit seiner Person und seinem Namen einen wesentlichen wertbildenden Faktor in das Werk ein.

Man könnte daher sagen, dass es im Rahmen der Abwägung für eine Zuordnung zum Urheber spricht, wenn nach der Auffassung der durch das Werk angesprochenen Kreise der Name und die Person des Schöpfers einen wesentlichen wertbildenden Faktor des Erzeugnisses darstellt. Umgekehrt spräche gegen den Vorrang der Interessen des Schöpfers, wenn die prognostizierbare wirtschaftliche Wertschöpfung mehr oder weniger unabhängig davon wäre, ob der Name des Urhebers bei der Werkverwertung genannt wird oder nicht. Hierin läge ein Indiz dafür, dass der schöpferische Beitrag für den objektiv feststellbaren Wert des Werkes von eher untergeordneter Bedeutung wäre.

Entsprechend könnte man für einen Vorrang der Interessen des Dritten argumentieren, wenn einerseits der Schöpfername wertneutral, andererseits der Produzenten- oder Auftraggebername (z. B. Marken- oder Firmennamen) wertbildend wäre. In solchen Fällen kann die Annahme gerechtfertigt sein, dass die Identität des Dritten gegenüber der des Urhebers als werkbezogenes Wertschätzungsmerkmal in den Vordergrund tritt. Ein auf den Wert des Werkes abstellendes Leistungsprinzip als Zuordnungsmaxime geböte, Derartiges zu berücksichtigen.

Ebenfalls für den Vorrang der Unternehmerbeiträge innerhalb der Gruppe 3 kann es sprechen, wenn es sich um ein Kollektivwerk handelt, das sich aus einer großen Anzahl von Beiträgen zusammensetzt, die im Auftrag eines Produzenten oder Investors und evtl. auch von einer Vielzahl von Urhebern hergestellt wurden. Selbst wenn hier die kreative Leistung des Einzelnen von Bedeutung ist, können die erheblichen organisatorischen und die Investitionsleistungen des Dritten bei der Koordination der Werkschaffenden höherrangige Drittinteressen indizieren. Ein solches Ergebnis käme auch dem Rechtsverkehr (z. B. bei Filmwerken) zugute, da hierdurch eine Rechtekonzentration bei einer Person bewirkt würde. Wenn auch dieses oder andere Kollektivinteressen bei der Zuordnung des Rechts aus Sicht eines Leistungsprinzips nicht von unmittelbarer Bedeutung sind, wäre eine zumindest mittelbare Berücksichtigung solcher Faktoren aus Sicht des funktionsorientierten Werkschutzes durchaus denkbar.

## (2) Indizien für die Zuordnung zu Fallgruppe 4b)

Die unter Punkt aa) genannten Indizien können in umgekehrtem Aussagegehalt Funktion auch bei der innerkategorialen Abgrenzung in Gruppe 4 herangezogen werden<sup>1873</sup>. Weiter eingegangen wird im Folgenden nur auf einzelne Umstände, die speziell für eine Sonderzuordnung in Arbeitnehmerverhältnissen sprechen würden. Um die Ausgangslage innerhalb dieser Fallgruppe noch einmal darzustellen: Das Recht an Werken, die im Rahmen einer Dienst- oder Angestelltentätigkeit erzeugt wurden, steht generell dem Arbeitgeber zu. Diese Zuordnung ist in der Sonderfallgruppe 4b) umgekehrt, die bei einem Vorliegen von Umständen eingreift, nach denen die Beiträge des Urhebers für die Erstellung und konkrete Ausgestaltung des Werkes von größerer Bedeutung waren als die seines Arbeitgebers.

Dies wäre etwa indiziert, wenn die Erstellung des Werkes mit den arbeits- oder dienstvertraglichen Pflichten des Urhebers nur in losem Zusammenhang steht. Eine solche Konstellation spricht häufig dafür, dass die Inanspruchnahme der Strukturen des Arbeitgebers für die Werkerstellung eher von geringer Bedeutung waren, wodurch die individuelle Eigenleistung des Urhebers aufgewertet wird. Die bei derartigen Erwägungen zu berücksichtigenden inneren Verbindungen zwischen Schaffensvorgang und arbeits- oder dienstvertraglicher Aufgabenstellung können zeitlicher, räumlicher und besonders auch inhaltlicher Natur sein<sup>1874</sup>.

Verkörpert das Werk im Verhältnis zu den sonstigen Aufgaben des Urhebers ein besonders hohes Maß an exceptionellem, also nicht aus seiner Anstellung und der Integration in die betrieblichen Abläufe hervorgegangenem Know-how oder ein besonderes, über die obligatorischen Aufgaben des Schöpfers hinausgehendes Maß an Kreativität, liegt hierin ein erhebliches Indiz dafür, dass seine Leistung den Wert des Schutzgegenstandes maßgeblich beeinflusst. Dies spricht für den Vorrang des Schöpferinteresses bei der Zuordnung des Werkschutzrechts<sup>1875</sup>.

1873 Insbesondere stehen alle Indizien, die für die vorrangige Bedeutung der Leistung des jeweiligen Beteiligten sprechen, insoweit in einer Wechselwirkung, als jedes Argument, dass das Interesse der einen verstärkend stützt, wiederum für die jeweils andere Partei auch als entkräftendes Moment angeführt werden könnte. Hieran zeigt sich die Schwierigkeit einer nur teilweise abstrahierenden Zuordnungslösung.

1874 Hierbei können die Argumente herangezogen werden, die für die Auslegung von Arbeitsverträgen vor dem Hintergrund des geltenden Urheberrechts, v. a. der Zweckübertragungslehre, entwickelt wurden und nach denen eine Unterteilung von Arbeitnehmerschöpfungen in „Pflichtwerke“ und „Freie Werke“ vorgenommen wird. Vgl. hierzu eingehend *Rehbinder*, Rdnr. 627 f.; *Schricker/Rojahn*, § 43, Rdnr. 25.

1875 Schließlich könnte man auch daran denken, dem jeweils nicht Begünstigten in den *Kategorien 3 und 4* gegen den Berechtigten gerichtete finanzielle Beteiligungsansprüche zuzugestehen. Eine derartige ergänzende Regelung könnte man als Korrektiv zur mit dem Kategorienmodell einhergehenden möglichen Schwächung der Urheberinteressen ansehen. Denkbar wären auch ein Abtretungsverbot solcher Ansprüche und/oder die Möglichkeit, die Ansprüche

## ee) Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass die Zuordnung zu den Fallgruppen so lange einfach zu handhaben sein wird, als es sich um Regelfälle handelt. Dagegen ist die Aufstellung einzelfallorientierter Maßstäbe bei der Zuordnung fast zu diffizil für eine detaillierte gesetzliche Regelung. Es soll offen gelassen werden, ob die hier herausgearbeiteten Kriterien per Gesetz geregelt werden sollten oder könnten. Alternativ wäre denkbar, die Zuordnungskonzeption auf eine Normierung des Regelfalls und die hier wirkende Vermutung zu beschränken oder gar bei der generellen Zuordnung in den Regelfallgruppen 3 und 4 keine Ausnahmen zuzulassen.

## b) 2. Alternative: Verteilung der einzelnen Verwertungsrechte schon im Rahmen der Zuordnung des Rechts

Aus Sicht der Einzelfallgerechtigkeit wäre eine differenzierte Verteilung der einzelnen Verwertungsrechte schon im Rahmen der Zuordnungsfrage gegenüber der erstgenannten Lösung vorzugswürdig. Eine solche Lösung könnte entweder durch sehr differenzierte Einzelregelungen oder eine Generalklausel (etwa nach dem Modell des alten § 1 UWG) realisiert werden. Erstere Option wäre indes – ähnlich wie selbst eine Regelung über Fallgruppen – angesichts der Vielzahl denkbarer Einzelfälle, kaum realisierbar. Die Folge des Ansatzes läge darin, dass die Zuordnungsfrage maßgeblich von der Rechtsprechung geklärt werden müsste.

In Umsetzung einer solchen Lösung wäre wie oben zunächst die Beteiligungssituation festzustellen, sodann wären die Beiträge zu gewichten und auf dritter Stufe die Verteilung vor dem Hintergrund einer rechtspositionsspezifischen Interessenabwägung vorzunehmen. Eine derartige Zuordnungsregel könnte wie folgt lauten:

„Berechtig sind die an der Werkerstellung mit Wissen, Kreativität, Investitions- oder Organisationsleistung beteiligten natürlichen und juristischen Personen insoweit, als ihre Leistung einen die Beiträge der anderen Beteiligten übersteigenden wertbildenden Faktor des Werkes ausmachen.“

Eine solche Regelung ergäbe weiter gehende Möglichkeiten, auch in Bezug auf die Folgen der Zuordnung im Einzelfall gerechte Ergebnisse zu erzielen. Fallen z. B. Kreativleistung und Investitionsaufwand auseinander, könnte man das Alimentsinteresse des Kreativen berücksichtigen, indem diesem anteilmäßig berechnete

durch eine Verwertungsgesellschaft geltend machen zu lassen. Im Endeffekt hätte dann die hier vorgeschlagene Zuordnungsregelung zur Folge, dass jedenfalls im Software-Bereich gegenüber § 69b UrhG eine Stärkung der Urheberinteressen erreicht würde. Der durch diese Vorschrift bewirkte Verlust der Verwertungsbefugnis erfasst schließlich auch alle Vergütungsansprüche.

Vergütungs- oder Beteiligungsansprüche gewährt werden. Um die finanzielle Sicherung des Investors zu schützen, könnte man diesem dagegen z. B. das ausschließliche Vervielfältigungsrecht zufallen lassen, das er u. U. braucht, um seine Auswertung zu sichern. Sieht man dagegen das Interesse des Urhebers an der Entscheidung über die – u. U. wegen der zu erlangenden Bekanntheit – möglichst freie Verbreitung gegenüber dem kommerziellen Interesse des VerwerTERS an einer Kontrolle derselben aus Marktsteuerungsaspekten als höherwertig an, könnte in diesem Zusammenhang die Zuordnung umgekehrt ausfallen.

Aus Sicht des – neben dem Ziel, dem Einzelfall gerecht werden zu können – wesentlichen Aspekts der Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit von Werken ist von einer derart komplexen Lösung eher abzuraten. Die sich am Einzelfall orientierende Verteilung der Rechtspositionen hat zwar den wesentlichen Vorteil, dass damit – Handhabbarkeit vorausgesetzt – eine sehr differenzierende und gerechte Verteilung der Rechtspositionen herbeigeführt werden könnte. Vor allem aber in Verbindung mit dem variierenden Schutzzumfang, der auch einzelfallbezogen bemessen werden soll, würde das Konzept allzu sehr daran krankens, dass die am Werkschöpfungsprozess Beteiligten kaum noch in der Lage wären, ihre jeweilige Berechtigung vorherzusehen. Diese Unzulänglichkeit wiegt im Rahmen der Zuordnungsfrage umso schwerer, da hier nicht zuletzt auch der Rechtsverkehr erheblich auf Rechtssicherheit angewiesen ist<sup>1876</sup>.

Belässt man es in Konsequenz dieser Erkenntnis bei der Differenzierung im Rahmen der Gesamtrechtszuordnung, verbleibt die Verteilung der einzelnen Rechtspositionen zunächst vertraglichen Vereinbarungen. Es kann dann auch vor dem Hintergrund des Werkschutzkonzepts nur empfohlen werden, vorhersehbaren Unzulänglichkeiten der Dispositionsfreiheit mit dem Mittel des Urhebervertragsrechts zu begegnen. Hieran zeigen sich deutlich die Grenzen auf Differenzierung ausgerichteter Regelwerke.

1876 Bedenklich wären Irrtümer z. B. angesichts der Gefahr, dass ein Recht bereits mehrfach weiterlizenziiert wurde, bevor sich herausstellt, dass der erste Lizenzgeber nicht der Rechtsinhaber war. Dies hätte zur Folge, dass auch alle weiteren Rechtsübertragungen gescheitert wären. Massive Streitigkeiten über Rückabwicklung, Regressforderungen und Schadensersatz wären in solchen Konstellationen vorprogrammiert. Abhilfe könnte nur die Zulassung eines gutgläubigen Rechtserwerbs schaffen. Ein solcher ist jedoch im deutschen Urheberrecht – aus guten Gründen – bislang nicht vorgesehen, vgl. nur BGH, GRUR 1959, S. 200 (203) – Der Heiligenhof.

c) Vor- und Nachteile der differenzierenden Zuordnung gegenüber dem Schöpferprinzip und vertragsrechtlichen Lösungen

Das erzielte Ergebnis sollte generell bei in Abhängigkeitsverhältnissen geschaffenen Werken dem entsprechen, was *de lege lata* gem. § 43 i.V.m. § 31 Abs. 5 UrhG eine Auslegung des Arbeitsvertrages nach den Regeln des Urhebervertragsrechts ergäbe<sup>1877</sup>. Dennoch unterscheidet sich das hier vorgeschlagene Zuordnungskonzept wesentlich von der geltenden Rechtslage.

Das Schöpferprinzip besticht in seiner Pauschalität vor allem durch die hierdurch erzielte Klarheit der Rechtslage. Das Urheberrecht steht dem Urheber zu, ohne dass Ausnahmen von diesem Grundsatz zugelassen werden.

Jede differenzierende Lösung, deren Ziel in der Hervorhebung des Einzelfalls liegt, muss diesbezüglich naturgemäß Abstriche machen<sup>1878</sup>. Dennoch erscheint das hier skizzierte Regelungsmodell letztlich vorzugswürdig. Die hierfür sprechenden Gründe wurden an anderer Stelle bereits ausführlich dargelegt<sup>1879</sup>. Zusammengefasst ist festzustellen, dass eine gesetzgeberische Anerkennung des Leistungsprinzips zunächst eine erhebliche Appellfunktion hätte. Der Bedeutungszuwachs der Investorenleistungen der Kultur- und Entertainmentindustrie und die tragende Rolle von Produzenten und Geldgebern für das kreative Schaffen in vielen Bereichen würde somit rechtlich anerkannt und das überwiegend längst überholte Leitbild des Urheberrechtsgesetzes neu definiert<sup>1880</sup>.

1877 Hiernach werden Arbeitgebern und Dienstherrn an Werken, die der Urheber im Rahmen seiner aus solchen Abhängigkeitsverhältnissen sich ergebenden Pflichten geschaffen hat (zur Definition siehe *Möhring/Nicolini-Spautz*, 2. Auflage, § 43, Rdnr. 3), im Zweifel diejenigen Rechte eingeräumt, die diese zur Erreichung ihres Betriebszweckes benötigen, vgl. hierzu oben Fn. 1559.

1878 Aus Sicht des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes dürfte ein Fallgruppenmodell dennoch keinen Bedenken begegnen. Selbst das Modell des alten UWG, in dem das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb allein über eine Generalklausel geregelt wurde, wurde vom Bundesverfassungsgericht für unbedenklich erklärt, da eine abschließende Regelung aller zu missbilligenden Wettbewerbshandlungen angesichts der Vielzahl denkbarer Fälle nicht möglich sei (vgl. etwa BVerfGE 32, 311 (317) – Grabsteinwerbung; BVerfGE 102, 347 (360 f.) – Schockwerbung und hierzu *Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler*, § 3, Rdnr. 4).

1879 Siehe z. B. oben, Teil 3, Kapitel 2, Punkt I.B).

1880 Es wurde schon darauf hingewiesen, dass der frei schaffende Künstler zwar noch immer Leitbild des Urheberrechts zu sein scheint, dass dieses Berufsbild praktisch jedoch nur eine sehr untergeordnete Rolle spielt. Auch die selbstständig Schaffenden sind gegenüber den angestellten Urhebern in der Minderzahl. Vgl. zum Verhältnis beider Berufsbilder die Angaben bei Hummel 2000 und hierzu oben Fn. 1517. Weitere Angaben (leider ohne Hinweis auf die Quellen) über das zahlenmäßige Verhältnis zwischen selbstständigen und abhängigen Künstlern und Publizisten, finden sich bei *Möhring/Nicolini-Spautz*, 2. Auflage, § 43, Rdnr. 1. Hiernach sind von insgesamt 120.000 Künstlern und Publizisten weniger als ein Drittel selbstständig. Bei Journalisten, Fernseh-, Film- und Hörfunkautoren seien nur etwa 25 %

Auf diesem Weg würde auch die Anreizfunktion des Urheberrechts ihrer eigentlichen Funktion zugeführt. Urheberrechtsschutz entfaltet Anreize zur Erzeugung von interessanten und wertvollen Inhalten nur dann effektiv, wenn das Recht demjenigen zugute kommt, der die wesentliche Initiative und die wesentlichen Leistungen bei der Entstehung erbringt. Dies wird durch das Schöpferprinzip nicht angemessen berücksichtigt, anders dagegen durch das Leistungsprinzip.

Vorteile gegenüber der geltenden Rechtslage entfaltet auch die einzelfallbezogene Beweislastverteilung. Zum einen bewirkt diese, dass trotz der Möglichkeit, den Sonderfall angemessen erfassen zu können, die große Masse der Standardfälle weitgehend problemlos zu beurteilen sein wird. Auch gegenüber den geltenden Beweisregeln im Urhebervertragsrecht hat das hier vorgeschlagene Konzept einer Kombination einzelfallorientierter materiellrechtlicher und prozessualer Regelungen Vorzüge. Vor dem Hintergrund des geltenden Rechts hat der Arbeitgeber bei Streitigkeiten mit dem Urheber über die Verwertungsbefugnis zu beweisen, dass Letzterer bei der Schöpfung im Rahmen der Erfüllung seiner Pflichten tätig geworden ist<sup>1881</sup>. Auch den Umfang des Rechtserwerbs nach § 31 Abs. 5 UrhG muss der Arbeitgeber, soweit es an ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarungen fehlt, beweisen. Im Zweifel verbleibt das Recht nach ganz h. M. beim Urheber<sup>1882</sup>. Dies mag von der Warte der rein individualrechtlichen Ausrichtung des Urheberrechtsgesetzes konsequent sein. Vor dem Hintergrund des erweiterten Begründungsansatzes für den Werkschutz wäre eine derart einseitige Interessengewichtung indes nicht tragbar. Erst auf der Basis einer differenzierenden Zuordnungsregel ist möglich, die Verteilung der Interessen am Werk angemessen zu berücksichtigen.

### 3) Zusammenfassung

Aufgrund der – vor allem im Multimedia-Bereich – sich absehbar noch entwickelnden Möglichkeiten bringt eine pauschale Zuordnungslösung wie das Schöpferprinzip nicht selten ungerechtfertigte Ergebnisse mit sich, die über das Vertragsrecht nicht – jedenfalls nicht immer – befriedigend korrigiert werden können. Mit Einführung einer differenzierenden Zuordnungsregelung wird Einzelfallgerechtigkeit in dieser wesentlichen Frage erst ermöglicht. Durch die Gesamtkonzeption, vor allem die nur noch partielle Entstehung von Urheberpersönlichkeitsrechten und der ansonsten wirkenden Aufhebung des monistischen Prinzips, wird bewirkt, dass nach dem Werkschutzkonzept auch eine juristische Person originär Rechtsinhaber sein kann.

nicht angestellt. Lediglich bei den Grafik- und Fotodesignern sowie anderen bildenden Künstlern gäbe es unter den hauptberuflich Tätigen mehr Selbstständige.

1881 *Schricker/Rojahn*, § 43, Rdnr. 27; *Rehbinder*, UFITA 122 (1993), S. 93 (110).

1882 Statt vieler *Schricker/Schricker*, §31, Rdnr. 37.

Das hier in Grundzügen angedachte Prinzip einer alternativen Zuordnungsregel basiert auf einer Interessenabwägung, der eine Bewertung der einzelnen in das Werk eingeflossenen Beiträge zugrunde liegt. Der hiernach als berechtigt Geltende ist nicht mehr auf eine vertragliche Einräumung der Rechte angewiesen und unterliegt bei der „Rechtsbeschaffung“ keinen Restriktionen aus der Unübertragbarkeit, aus Persönlichkeits- oder Vertragsrecht. Hierin liegt ein denkbarer Weg, die kulturpolitisch wünschenswerten Anreize für das Werkschaffen so zu kanalisieren, dass sie den maßgeblichen „Schlüsselpersonen“ zugute kommen. Dies gilt vor allem für die in Arbeits- und Dienst- sowie in Auftragsverhältnissen geschaffenen Werke<sup>1883</sup>.

## E) Schutzzumfang

### 1) Hintergedanke und Ansatz einer alternativen Schutzzumfangsbemessung

In Teil 3 wurde ausgeführt, dass die undifferenzierte Gewähr eines umfassenden, ausschließlichen Urheberrechts in vielen Fällen zu einer Übersicherung führt, die aus verschiedener Sicht – etwa der Innovation, dem Zugang zu und der Nutzung von Wissen und Information oder dem „kulturellen Fortschritt“ – negative Effekte zur Folge haben kann<sup>1884</sup>. Neben anderem wurde eine – nach vorliegend vertretener Auffassung als nachteilig zu wertende – gegenläufige Entwicklung von Schutzrecht und Schranken, eine fortschreitende Expansion des Schutzrechts, festgestellt, die durch die Systematik des geltenden Rechts vorangelegt ist<sup>1885</sup>. Eine solche Tendenz mag

1883 Hierfür auch *Frey*, UFITA 98 (1984), S. 53 (59). In derartiger Konstellation ist der Kritik in der schweizerischen Lehre an der klassischen Begründung von einer „Anreizfunktion“ des Urheberrechts zuzustimmen. Anreize durch die Zuerkennung von Schutzrechten können nur dann faktische Wirkung entfalten, wenn sie für diejenigen geschaffen werden, die auch maßgeblich die Werkschaffung ermöglichen. Im Arbeitsverhältnis könnten Ausgleichsregelung zu Gunsten der Urheber für deren Rechtsverlust – soweit interessengerecht – durch eine Stärkung gesetzlich gesicherter Beteiligungen geschaffen werden. Dagegen werden die Schöpfer mangels wirtschaftlicher Beteiligung an der eigentlichen Verwertung generell nicht profitieren, sodass ihnen eine Stärkung der urheberrechtlichen Rechtspositionen auch nicht zugute kommt (ohne entsprechend keine Anreize zum Werkschaffen entfaltet). In derartigen Konstellationen ist mithin zweifelhaft, ob der Kreative durch die ihm zugeordneten starken Rechte überhaupt „Anreize“ zum Schaffen erhält (kritisch daher auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 893 (896); differenzierend *Dreier* in Klumpp et al. (Hrsg.), S. 261 (265 ff.)). Vgl. zu den vom Urheberrecht betroffenen und am Urheberrecht bestehenden Interessen ausführlich oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.C).

1884 Siehe hierzu etwa oben, Teil 3, Kapitel 3, Punkt III).

1885 Siehe hierzu oben, Teil 2, Punkt IV.B.4).

von der Warte eines monopolaren, rein individualrechtlich ausgerichteten urheberrechtlichen Begründungsansatzes noch zu rechtfertigen sein. Mit einem, wie hier angeregten, veränderten, multipolaren Grundansatz für das Urheberrecht (bzw. Werkschutzrecht), der auf der Anerkennung gleichwertiger Interessen von Urhebern, Verwertern und Nutzern basiert, sind derartige Folgen jedoch keinesfalls vereinbar und überdies auch aus Sicht der Urheber selbst, die darauf angewiesen sind, auf den vorbestehenden Leistungen aufzubauen, kontraproduktiv.

Ausgehend von den oben angestellten Überlegungen sollen im Folgenden einzelne Prinzipien einer alternativen Schutzzumfangsbestimmung in Grundzügen entwickelt werden. Sinn und Zweck des Ansatzes liegt vor allem in einer Hervorhebung und Stärkung der urheberrechtlichen Ausgleichsfunktion sowie einer Behebung der genannten Defizite überschießenden Urheberrechtsschutzes. Um dies zu erreichen, bedarf es besonders in dem vorliegend skizzierten Werkschutzkonzept einer differenzierten Schutzbereichsbestimmung. Denn das Konzept sieht vor, die Grenzziehung zwischen geschütztem und ungeschütztem Bereich weniger als bisher im Werkbegriff zu suchen und den Zugang zum Urheberrechtsschutz vielmehr im Grunde weiter zu öffnen. Um nicht den gegenläufigen Effekt einer noch verstärkten Ausdehnung des Schutzrechts unter Beschränkung des gemeinfreien Bereichs zu erzielen, ist mithin eine Korrektur über die Schutzzumfangsbestimmung elementar.

Eine Umsetzung dieser dem Werkschutzkonzept zugrunde liegenden, wesentlichen Regelungsgedanken muss nicht zwingend mit Eingriffen in das bestehende Regelungskonzept einhergehen. Auch über ein Inhalts-Schranken-Modell könnte – bei entsprechender Anerkennung der Ausgleichsfunktion als zweites elementares Regelungsziel – eine Gleichordnung von Schutz- und Nutzerinteressen erreicht werden.

Neben einer Ausweitung des bestehenden Schrankenkataloges könnte einem zunehmenden Ungleichgewicht etwa dadurch entgegengewirkt werden, dass einerseits – wie oben bereits angeregt – die Nutzungsinteressen in die Zieldefinition des Werkschutzrechts aufgenommen und andererseits die Nutzungsfreiheiten nicht lediglich als Befugnisse, sondern als subjektive Rechte definiert werden. Damit würde die Bedeutung der Nutzungsfreiheiten nicht nur symbolisch unterstrichen, sondern den Nutzern auch ein Mittel an die Hand gegeben, ihre Rechte aktiv gegen die Rechteinhaber durchzusetzen. Eine wichtige Stärkung könnten derartige Bestimmungen durch vertragsrechtliche Regelungen erfahren, die die Nutzungsrechte für unabdingbar erklären<sup>1886</sup>.

1886 Derartige Bestimmungen finden sich im geltenden Urheberrechtsgesetz nur sehr vereinzelt, vgl. etwa §§ 69g Abs. 2, 87e UrhG. In Bezug auf die meisten Schrankenbestimmungen ist daher fraglich, ob diese durch Nutzungsverträge und Lizenzbestimmungen (die in der Regel in Form von allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet werden) ausgeschlossen werden können. Da besonders die Nutzung digitaler Werkexemplare (man denke an Computerprogramme, Computerspiele oder online vertriebenen Content) in vielen Fällen von den Rechteinhabern vertraglichen Bedingungen unterworfen wird, gewinnt die Frage der Abdingbarkeit

Einem weiteren hier verfolgten Regelungsziel könnte hierdurch jedoch nicht entsprochen werden. Auch bei der Gewähr von subjektiven Nutzerrechten mittels des gegenwärtigen Regelungsmodells müssten schließlich durch den Gesetzgeber abstrakt-generelle Tatbestände geschaffen werden. Das strukturelle Problem, mit einem solchen Modell einerseits nicht auf die Umstände des Einzelfalls eingehen und andererseits die Interessenlage nur zu einem bestimmten Zeitpunkt erfassen zu können, wäre so nicht gelöst. Die hiermit verbundene – und durch andere Umstände verstärkte – Regelungsträgheit<sup>1887</sup> erscheint indes, angesichts der rasanten Entwicklung neuer Märkte, Werk- und Nutzungsformen, defizitär.

Im Übrigen ist fraglich, ob ein solches Regelungsmodell der Komplexität der Interessenlage bei Zugrundelegung eines multipolaren Schutzansatzes auch nur annähernd gerecht werden könnte. Hierfür wären jedenfalls im Zweifel eine große Zahl spezieller Sonderregelungen erforderlich. Abgesehen von dem Bedenken, ob eine solche Regelungstechnik sinnvoll und praktikabel wäre, ist letztlich kaum zu erwarten, dass das Regelungsziel auf diese Weise erreicht werden kann. Dies zeigt sich etwa an der Ausgestaltung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb. Auch hier sind die denkbaren Konstellationen so vielfältig, dass eine statische Definition vor-

von Nutzerbefugnissen zunehmend an Bedeutung. Hiervon wird der urheberrechtliche Interessensausgleich im „digitalen Bereich“ unter anderem anhängen. Soweit spezielle Bestimmungen im Urheberrechtsgesetz fehlen, ist eine Abwägung der durch Nutzungsverbotsklauseln betroffenen Interessen nur durch die allgemeinen Regelungen, insbesondere die AGB-rechtlichen Bestimmungen des BGB, möglich. Diese können fehlende Sonderregeln indes nicht ersetzen, da bei der in der Regel gem. § 307 BGB vorzunehmenden Wertung ein sehr großer Spielraum eröffnet ist. So ist etwa die Frage, ob die Befugnis zur Vervielfältigung zu privaten Zwecken gem. § 53 Abs. 1 UrhG einen gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB „wesentlichen Grundgedanken“ des Urheberrechts ausdrückt, der durch AGB mithin nicht abbedungen werden kann, ungeklärt. Gleiches gilt für die meisten anderen Schranken (siehe hierzu auch Dreier/Schulze-Dreier, vor §§ 44a ff., Rn. 9).

1887 Im Zuge der Globalisierung der Verwertungsprozesse v. a. über das Internet, wächst das Bedürfnis nach supranationaler Regelung des Urheberrechts. Die hierdurch entstehenden internationalen Verpflichtungen der nationalen Gesetzgeber, die bei der Rechtsfortbildung einbezogen werden müssen, bewirken eine gesteigerte „Regelungsträgheit“ auf diesem Gebiet. Dies hat sich etwa bei der Anpassung des Urheberrechts an die Belange der Informationsgesellschaft gezeigt. Von der Vorlage eines Entwurfs bis zur endgültigen Beschlussfassung der „Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“ am 29.4.2001 sind über 3 Jahre vergangen. Bis zur Umsetzung in das deutsche Recht am 13. September 2003 (Tag des Inkrafttretens der ersten Reformstufe) vergingen dann weitere 2 1/2 Jahre. Die Umsetzung von WCT und WPPT aus dem Jahr 1996 in das deutsche Recht hat damit ca. 7 Jahre auf sich warten lassen. Dies mag aus Sicht der durchschnittlichen Dauer derartiger (internationaler) Rechtssetzungsakte – zumal angesichts der kontroversen Interessen – als schnell angesehen werden; in der Zeitmessung der „Informationsgesellschaft“ hingegen sind 7 Jahre eine Ewigkeit.

bestimmter Verletzungstatbestände den Anforderungen an einen interessengerechten Rechtsschutz nicht entsprechen kann.

Im Folgenden soll daher versucht werden, eine Alternative zur Schutzrecht-Schranken-Systematik des geltenden Rechts zu skizzieren.

## 2) Grundkonzept einer alternativen Schutzzumfangsbestimmung

Wie schon angedeutet wurde, liegt die Grundidee für die hier angedachte alternative Schutzzumfangsbestimmung darin, das Schutzrecht schon per se nur in einem aus Sicht aller betroffenen Interessen angemessenen Umfang zu gewähren. Die dem Schutzrecht entgegenstehenden Belange werden mithin nicht erst auf zweiter Stufe, durch wie auch immer geartete Schranken- oder Ausnahmenvorschriften berücksichtigt, sondern vielmehr bereits bei der Bemessung des Schutzzumfangs unmittelbar berücksichtigt.

Bei der hierfür notwendigen Beurteilung wäre denkbar, zunächst von einem umfassenden Werkschutzrecht auszugehen, dessen Umfang sich an zweierlei Faktoren relativiert. Dies wären zum einen die eigenen, schutzwürdigen und schutzbedürftigen Interessen der Rechtsinhaber. Es wurde bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass nicht jedes Schutzgut jeder denkbaren Schutzposition überhaupt bedarf. An diesem – im Rahmen eines ersten Filters zu beurteilenden – „Schutzbedarf“ könnte mithin eine erste Beschränkung der Reichweite des Werkschutzrechts vorgenommen werden.

Die hiernach verbleibenden Rechtspositionen könnte man sodann – etwa auf Basis von, die eigentliche Interessenabwägung antizipierenden, Ausschlussregelungen – den betroffenen Belangen Dritter gegenüberstellen. Es wäre denkbar, entsprechende Regelungen sowohl für die inhaltliche als auch die zeitliche Dimension (Schutzzumfang und -dauer) des Schutzrechts vorzusehen und das zunächst umfassend gewährte Schutzrecht verschiedene „Filter“ durchlaufen zu lassen. Eine solche „kaskadenförmige“ Schutzbereichsregelung könnte einzelfallbezogen gleichermaßen über Bestehen oder Nichtbestehen einzelner Verwertungsrechte (u. U. sogar einzelner Nutzungsarten), deren Ausgestaltung als Ausschließlichkeitsrecht oder bloßen Vergütungsanspruch sowie die angemessene Schutzdauer entscheiden. Das erzielte Ergebnis sollte schließlich dem entsprechen, was hier als „angemessener“ Schutzzumfang bezeichnet wird.

### 3) Inhaltliche Bestimmung des Schutzzumfangs

#### a) Konzeptionelles Vorbild für eine alternative Schutzzumfangsregel

Als konzeptionelles Vorbild für die Umsetzung des hier skizzierten Ansatzes bei der Schutzzumfangsbestimmung könnten die Regelungen in §§ 22 und 23 KUG zum Recht am eigenen Bild herangezogen werden. Das in diesen Vorschriften gewählte Regelungsmodell sieht als Grundregel ein umfassendes Schutzrecht vor (§ 22 Satz 1 KUG). Auf zweiter Ebene wird dies durch vertyppte Ausnahmen relativiert (§ 23 Abs. 1 KUG). Schließlich kann das gefundene Ergebnis einer Gegenprobe unterzogen werden, die sich an den berechtigten Interessen des Abgebildeten oder seiner Angehörigen orientiert (§ 23 Abs. 2 KUG)<sup>1888</sup>. Es soll im Folgenden erörtert werden, ob und gegebenenfalls unter welchen Anpassungen dieser Ansatz auf das Werkschutzkonzept übertragen werden könnte.

Um die folgenden Ausführungen plastischer zu machen, wird an den entsprechenden Stellen beispielhaft erörtert, wie sich die gefundenen Ergebnisse auf den Schutz an einem künstlerischen digitalen Lichtbildwerk auswirken würden<sup>1889</sup>.

#### b) Grundregel: Verwertungsbefugnis im Rahmen der betroffenen Interessen

Um alle Aspekte bei der Inhaltsbestimmung des Werkschutzrechts im Einzelfall auch erfassen zu können, wäre zunächst denkbar, dass die Grundregel wie im gel-

1888 Einem ähnlichen konzeptionellen Ansatz folgt auch die Systematik von absoluten Verwertungsrechten und Schranken in der Richtlinie 2001/29/EG. Zunächst wird durch Art. 2 der RL ein umfassendes Vervielfältigungsrecht angeordnet. Dies erfährt eine Anpassung an abstrakt zu beurteilende Sonderkonstellationen durch Art. 5 Abs. 1 – 3, der einen weit gehend abschließenden Schranken-katalog enthält. Durch Art. 5 Abs. 5 RL wird der hieraus sich ergebende Umfang des Rechts nochmals an einer Schranken-Schranke (dem sog. „Drei-Stufen-Test“, vgl. hierzu Fn. 923) gemessen. Durch die Existenz dieser Schranken-Schranke unterscheiden sich die hier präferierten Konzepte vom geltenden Urheberrecht. Wiederum vom hier vorgeschlagenen Modell unterscheidet sich das Konzept der Richtlinie und des KUG dadurch, dass dort die Schranken-Schranke nur einseitig, zu Gunsten der Berechtigten wirkende, Korrekturen erlaubt. Eine solche Funktionsbeschränkung der Schranken-Schranke stünde mit dem hier angeregten erweiterten Schutzansatz indes nicht vereinbar.

1889 Nach dem hier zugrunde liegenden Werkbegriff weist das Bild im Beispielsfall Werkeigenschaft auf. Es ist eine eigene geistige Leistung, die einen eigenständigen materiellen oder immateriellen Wert hat, der von seiner Verkörperung auf dem Fotopapier unabhängig ist. Es soll sich im Beispiel um eine arrangierte Fotografie handeln, bei deren Anfertigung dem Fotografen ein erheblicher Gestaltungsspielraum eröffnet war.

tenden Recht (§ 15 UrhG) eine umfassende Verwertungsbefugnis vorsähe. Eine Beschränkung würde im Zuge der beiden Filter, Schutzbedürftigkeit aus Sicht des Rechtsinhabers und Angemessenheit aus Sicht der betroffenen Interessen, vorgenommen.

Eine derartige Grundformel könnte wie folgt lauten:

„Der Rechtsinhaber hat das ausschließliche Recht, sein Werk zu verwerten.“

### c) 1. Filter: Absolute Beschränkungen der Verwertungsbefugnis

Wie beschrieben, sollen die Filterregelungen dienen, das Schutzrecht auf einen bedarfsgerechten und angemessenen Umfang zu beschränken. Es stellt sich die Frage, wie dies regelungstechnisch umgesetzt werden kann. Wiederum bieten sich verschiedene Alternativen, die von offenen Generalklauseln mit einem erheblichen Interpretationsspielraum bis zu vertypten Ausschlussregelungen für bestimmte Rechtspositionen reichen.

Eine etwaige Generalklausel könnte sinngemäß bestimmen, dass das ausschließliche Verwertungsrecht nur insoweit bestehe, als dies für die normale Verwertung<sup>1890</sup> des Werkes erforderlich<sup>1891</sup> und unter Abwägung entgegenstehender Interessen angemessen erscheint. Indes bestehen Bedenken, die Ausgestaltung des Schutzzumfangs derart weit gehend von einer Abwägung im Einzelfall abhängig zu machen. Welche Verwertungsrechte dem jeweiligen Rechtsinhaber zustehen, welche er etwa Dritten zur Auswertung überlassen könnte, bliebe hiernach zunächst völlig offen. Die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe und die Systematisierung vergleichbarer Konstellationen in Fallgruppen durch die Rechtsprechung würde Jahre dauern. Darüber hinaus ist schon zweifelhaft, ob angesichts der Vielzahl der denkbaren Fälle und der Vielfalt möglicher Interessenlagen eine so offen formulierte Generalklausel jemals in hinreichendem Maße konkretisiert werden kann.

1890 Die Formulierung „normale Verwertung“ soll hier als Anlehnung an den Drei-Stufen-Test verstanden werden, vgl. Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG und hierzu oben, Fn. 923. Was „normale Verwertung“ bedeutet, ist eine Frage des Einzelfalls, deren Beurteilung der Rechtsprechung überlassen ist. Durch die hier vorgeschlagene Pluralisierung des urheberrechtlichen Ansatzes würde bei einer entsprechenden Neuordnung die Beurteilung der „normalen Vergütung“ gegenüber den einseitig auf die Schutzinteressen abstellenden Systemen anders ausfallen. Diesem durch den Schutzansatz des Werkschutzkonzeptes gebotenen Ergebnis wird durch die Einbeziehung der Drittinteressen in die Beurteilung Rechnung getragen.

1891 Dieses Kriterium orientiert sich nah an den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätzen der Eigentumsgarantie (vgl. BVerfGE 31, S. 229 (241) = GRUR 1972, S. 481 (483) – Kirchen- und Schulgebrauch).

Daher bietet sich auch in Bezug auf die Bestimmung des Schutzzumfangs eher ein Konzept an, das auf einer antizipierten Interessenabwägung basiert, deren Ergebnisse durch eine Auffangklausel korrigiert werden können (o. g. „Filterlösung“).

Ein denkbarer Ansatz läge darin, durch einen ersten Filter sämtliche Rechtspositionen vom Schutz auszuschließen, die zwar potenziell unter die weit formulierte Verwertungsbefugnis fallen können, bei denen das Vorherrschen von Drittinteressen jedoch per se indiziert ist.

Beispielsweise könnten hierunter (neben dem eigentlichen Konsum) alle Nutzungshandlungen fallen, die für eine bestimmungsgemäße Benutzung des jeweiligen Werkes erforderlich sind. Dies wären etwa rein technische Vervielfältigungen, die bei der Nutzung digitaler Werkexemplare über Computer oder digitale Netzwerke entstehen und die hierfür erforderlich sind (etwa Kopien im Arbeitsspeicher eines PCs, die bei der Ansicht des beispielhaft genannten digitalen Lichtbildwerkes, bei dem Ablauf eines Computerprogramms oder bei dem Betrachten einer Filmdatei entstehen; Gleiches könnte für flüchtige Vervielfältigungen gelten, die bei der Übertragung von Werken über digitale Netzwerke auf Servern oder anderen Technologien entstehen)<sup>1892</sup>.

Die hierhinter stehende Wertung läge darin, dass die bestimmungsgemäße Benutzung zwar durchaus als wirtschaftlich relevante Nutzungsform verstanden werden kann<sup>1893</sup>, an deren Freihaltung jedoch ein überwiegendes Interesse des Verkehrs besteht. Einerseits wird das schutzwürdige Interesse des Rechtsinhabers an einem ausschließlichen Benutzungsrecht durch die Existenz der anderen Verwertungsrechte – im Allgemeinen – vollständig konsumiert. Verbleibt dennoch ein Schutzbedürfnis, geht dem jedenfalls aber das Interesse der Allgemeinheit vor, Werke den technologischen Anforderungen entsprechend nutzen zu können<sup>1894</sup>.

Als weiteres Beispiel könnte die Nutzung von amtlichen Werken herangezogen werden. Solche dürfen – angesichts des Informationsinteresses der Bürger – in einer Demokratie schlechterdings keinen urheberrechtlichen Restriktionen unterworfen werden.

An den genannten Beispielen zeigt sich, dass man sich bei der Definition der absoluten Verwertungsrechtsbeschränkungen nicht selten an den Wertungen des geltenden Rechts orientieren können wird. In diesem Zuge wäre Raum für weitere – an den Anforderungen des geänderten Begründungsansatzes orientierte – absolut wirkende Wertungsentscheidungen. So wäre zu überlegen, ob es das insofern gestärkte Nutzungs- und Freihaltebedürfnis zulässt, dass absolute Bearbeitungsrechte gewährt werden. Um den kulturellen Fortschritt zu fördern, wäre alternativ denkbar, das Be-

1892 Eine solche Regelung entspräche in etwa der Schranke aus § 44a UrhG, wenn auch die Regelungszintention aufgrund des multipolaren Begründungsansatzes weiter wäre.

1893 Siehe zur urheberrechtlichen Behandlung der Benutzung oben Teil 2, z. B. Fn. 1112 und 1200.

1894 So auch die oben in Fn 1112 und 1200 genannten Stimmen.

arbeitsrecht generell auf eine Kombination von wirtschaftlichen Beteiligungsansprüchen und Hinweispflichten auf die Originalurheberschaft zu beschränken. U. U. vorzugswürdig wäre jedoch möglicherweise, diese Rechtsposition nicht der absoluten Einschränkung der ersten Filterregelung zu unterstellen, sondern eine solche Entscheidung der mehr einzelfallbezogenen „relativen Beschränkungen der Verwertungsbefugnis“ vorzubehalten<sup>1895</sup>.

#### d) 2. Filter: Relative Beschränkungen der Verwertungsbefugnis

Im Gegensatz zur Funktion des ersten Filters könnte der 2. Filter einer konkretisierenden, einzelfallbezogenen Bestimmung des Schutzzumfangs dienen. Auf dieser Stufe sollen solche Nutzungsformen von der absoluten Verwertungsbefugnis ausgeschlossen werden, die, da sie nicht von Filter 1 erfasst werden, zwar nicht absolut aus dem Schutzbereich ausgeschlossen sind, im jeweiligen Falle aber nicht angemessen erscheinen. Denkbar wäre, durch eine solche Regelung bestimmte Verwertungsarten für Konstellationen auszuschließen, in denen diesbezüglich die Vermutung besteht, dass die den Interessen des Berechtigten gegenüberstehenden Belange höherrangig sein werden. Die Vermutung könnte widerlegbar ausgestaltet werden, um eine Korrektur der für Standardfälle festgelegten Wertung bei Vorliegen besonderer Umstände zu ermöglichen. Wollte sich der Rechtsinhaber auf das Bestehen einer generell ausgeschlossenen Verwertungsbefugnis berufen und gegen Nutzer vorgehen, die derartige Nutzungshandlungen vornehmen, müsste er das Bestehen eines Individualinteresses beweisen, das die entgegenstehenden Interessen der Allgemeinheit überwiegt.

Beruft sich im Beispielsfall der Fotograf des digitalen Lichtbildwerkes auf die Befugnis, die Verwendung des Bildes im Rahmen der Tagesberichterstattung durch eine Zeitung zu untersagen, müsste er – wenn man eine solche Verwertungsform generell den Ausschließlichkeitsrechten des Urhebers durch den 2. Filter entziehen wollte<sup>1896</sup> – beweisen, dass er ein gegenüber dem Informationsinteresse der Allgemeinheit und dem Berichterstattungsinteresse höherrangiges Interesse an einem Verbot hat.

1895 So mag das schutzwürdige Interesse der Allgemeinheit, dass Urheber möglichst ungehindert mit dem bereits bestehenden Werkschaffen umgehen und hierauf aufbauen können, in manchen Konstellationen schwerer wirken als in anderen. Von großer Bedeutung ist dies besonders bei wissenschaftlichen, u. U. auch technisch orientierten Werken (v. a. Computerprogrammen). Bei Gütern mit rein kultureller Bestimmung wird dagegen im Zweifel eine Differenzierung – etwa nach der Bedeutung für die Allgemeinheit, der Werkgattung o. ä. – geboten und damit erforderlich sein, mehr auf die Umstände des Einzelfalls eingehen zu können.

1896 Welche Wertungen hier im Einzelnen durchgreifen sollten, wird an dieser Stelle nicht entschieden.

Am Regelungsziel des 2. Filters wird deutlich, dass hierdurch in den weitaus meisten Fällen ein vollständiger Ausschluss der jeweiligen Schutzposition herbeigeführt werden wird. Die Möglichkeit, gegen eine hiernach grundsätzlich zulässige Nutzung gerichtlich vorzugehen, würde im Zweifel nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen genutzt. Wegen dieser einschneidenden Rechtsfolge sollten hiervon nur solche Nutzungsformen erfasst werden, bei denen dies Ergebnis als generell gerechtfertigt erscheint. Mit anderen Worten sollte der Anwendungsbereich dieser Ausschlussnorm, ebenso wie der des 1. Filters, restriktiv bestimmt werden, da ein hiernach sich ergebender Ausschluss verhindert, dass die Interessenregelung auf dem grundsätzlich vorzugswürdigen Weg einer Inhaltsbestimmung der jeweiligen Rechtsposition (Filter 3) vorgenommen werden kann<sup>1897</sup>.

e) Auffangklausel zur Korrektur und Feinabstimmung des im Hinblick auf den Umfang der Verwertungsrechte gefundenen Ergebnisses

Um bereits auf der Ebene einer Beurteilung des „quantitativen Schutzzumfangs“<sup>1898</sup> durch Anwendung der ersten beiden Filter herbeigeführte, unbillige Ergebnisse auszuschließen, könnte man diesen Begrenzungsregeln eine Art Auffangklausel nach dem Vorbild von § 23 Abs. 2 KUG angliedern<sup>1899</sup>. Bedeutung hätte eine solche „Gegenprobe“ v. a., um ungerechtfertigte Folgen der absoluten Beschränkungen nach der ersten Filterregelung zu korrigieren. Man könnte darüber hinaus auch daran denken, die über die Auffangklausel eröffneten Korrekturmöglichkeiten auch auf die Vermutungswirkung des Filters 2 zu erstrecken.

1897 Dies gilt natürlich mehr für die absoluten Beschränkungen, da die relativen Beschränkungen im Einzelfall immerhin widerlegt werden können. Hieran zeigt sich die Konzeption abgestufter Beschränkungsregeln mit unterschiedlicher Intensität.

1898 Gemeint ist die Bestimmung der überhaupt entstehenden Befugnisse des Berechtigten im Gegensatz zur inhaltlichen Bestimmung der hiernach verbleibenden Rechtspositionen.

1899 Eine dem ähnelnde Konzeption wurde oben bereits angesprochen, vgl. Fn. 1474. Sowohl das LG Berlin als auch das Kammergericht zogen im Fall „Botho Strauß“ (vgl. KG, NJW 1995, S. 3392 (3394); LG Berlin NJW 1995, S. 881) in Erwägung, § 904 BGB gewissermaßen als Auffangklausel für Interessenwidrigkeiten, die angesichts des abschließenden und restriktiv zu handhabenden Schrankenkatalogs im Urheberrechtsgesetz verbleiben können, anzuwenden. Dies sei in eng begrenzten Fällen, v. a. bei Kollisionen des Urheberrechts mit anderen grundrechtlich geschützten Gütern, möglich. Vgl. hierzu oben Fn. 1474 und *Bornkamm* in FS *Piper*, S. 641 (646 f.). Hierfür nötig wäre allerdings eine doppelte Analogie. Zunächst müsste der grundsätzlich abschließende Schrankenkatalog des Urheberrechts erweitert und sodann § 904 BGB auf Immaterialgüter angewendet werden. Eine derartige Vorgehensweise ist mit dem geltenden Urheberrechtsverständnis nur schwer vereinbar und dogmatisch fragwürdig. *De lege ferenda* erscheint es vorzugswürdig, Korrekturmöglichkeiten durch eine spezielle Norm zu eröffnen, die sich nicht derartig streng an den verfassungsrechtlichen Interessenkollisionen ausrichtet, sondern eine umfassende Abwägung der betroffenen Belange ermöglicht.

Anders als § 23 Abs. 2 KUG gebietet das Regelungsumfeld (der multipolare Begründungsansatz des Werkschutzrechts), dass die Auffangklausel nicht auf Korrekturmöglichkeiten beschränkt wird, die dem Berechtigten zugute kommen. Vielmehr wäre hier geboten, eine Überprüfung auch aus Sicht der betroffenen Drittinteressen zu ermöglichen. Die Folge könnte sein, dass Rechtspositionen, die in den Filterregelungen nicht genannt sind und damit grundsätzlich bestehen, im Einzelfall dennoch ausgeschlossen sein können, da die Interessenlage des Einzelfalls dies gebietet.

Zum Beispiel könnte eine Korrektur zu Gunsten des Berechtigten angemessen erscheinen, wenn die Wertschöpfung eines geschützten Werkes allein durch die Erfassung der Benutzung und nicht mittels der urheberrechtlichen Verwertungsrechte zu erzielen wäre. Denkbar wäre dies z. B. bei einer Spezialsoftware, die den Anwendern nur per *Application Service Providing/SAAS* zur Verfügung gestellt wird bzw. aufgrund technischer Spezifikationen oder den Besonderheiten des Geschäftsmodells nur auf diese Weise vermarktet werden kann. Die Anwender nehmen hier keine urheberrechtlich relevante Verwertungshandlungen vor, sondern benutzen diese nur bestimmungsgemäß<sup>1900</sup>. Spricht dennoch einiges für eine werkschutzrechtliche Schutzbedürftigkeit und -würdigkeit, etwa weil auch anderweitige Sonderschutzrechte nicht infrage kommen, das Wettbewerbsrecht nicht greift und die rein vertragliche Absicherung nicht ausreicht, könnte hier von dem an sich absolut wirkenden Ausschluss der bestimmungsgemäßen Benutzung abgewichen werden.

Aus Sicht der Drittinteressen könnte eine nach den Filterregelungen vorbestimmte Wertung (Gewähr einer bestimmten Rechtsposition) korrekturbedürftig sein, wenn die Interessen Dritter an Zugang und freier Nutzung des betreffenden Werkes derart schwerwiegend sind, dass Beschränkungen durch bestimmte oder jegliche Verwertungsbefugnisse im Einzelfall als ungerechtfertigt zurücktreten müssen. Der Auffangklausel käme in diesem Zusammenhang eine besonders wichtige Korrekturfunktion zu, da diese gewissermaßen als vorab inhaltlich nicht definierte „Mega-Schranke“ fungieren könnte. Da die ersten beiden Filterregelungen nach dem hier vorgeschlagenen Konzept nicht bewirken können, dass eine Schutzposition entsteht und nur in Bezug auf bestimmte Nutzungszwecke zurücktritt, kann die nötige Feinabstufung in Bezug auf das (vollständige) Zurücktreten einzelner Schutzpositionen im Einzelfall nur durch die Auffangklausel erreicht werden.

Während also die Filterregelungen bei Korrekturen zu Gunsten von Allgemeininteressen wie diejenigen Schrankenvorschriften im geltenden Recht wirken (z. B. das Zitatrecht, § 51 UrhG), die sowohl das Verfügungs- als auch das Verwertungsrecht entfallen lassen<sup>1901</sup>, läge der Vorzug einer wie hier umrissenen Auffangnorm darin, dass hiermit die Besonderheiten des Einzelfalls erfasst werden können. Umgesetzt

1900 Bei bestimmten Formen des ASP erfolgt die Nutzbarmachung auf Anwenderseite allein durch Benutzung (vgl. hierzu die Ausführungen in Fn. 1204).

1901 Beispiel wären §§ 52 Abs. 1 S. 2, 50, 51, 49 Abs. 2 UrhG.

werden könnte diese z. B. in Form einer reinen Generalklausel (etwa ähnlich § 23 Abs. 2 KUG) oder eines offenen Katalogs, der die wichtigsten Fälle korrekturbedürftiger Konstellationen aufführte<sup>1902</sup>.

### f) 3. Filter: Verbotrecht und/oder Vergütungsanspruch?

Die bereits genannten Schutzzumfangsregelungen könnten schließlich noch um eine weitere Bestimmung ergänzt werden, deren Regelungsgehalt nicht die Gewähr oder den Ausschluss einzelner Schutzpositionen betrifft, sondern vielmehr die Reichweite der gewährten Verwertungsbefugnisse.

Konkret könnte eine dritte Filterregelung die Frage zum Gegenstand haben, ob die dem Rechtsinhaber zugestandenen Befugnisse als Verbotsrechte oder nur in Form von wirtschaftlichen Beteiligungen gewährt werden bzw. ob u. U. Zwangslizenzen erteilt werden müssen. Auch diese Beurteilung wäre wiederum anhand der betroffenen, schutzwürdigen Interessen zu treffen. Während auf Seiten der Allgemeininteressen v. a. zu berücksichtigen ist, dass das Verfügungsrecht dem Rechtsinhaber ermöglicht, Zugang und Verwendung geschützter Werke zu kontrollieren und die Konditionen hierfür zu diktieren, ist aus Sicht des Berechtigten zu berücksichtigen, dass er auf ausschließliche Befugnisse zur Durchsetzung seiner Interessen u. U. angewiesen ist. Auf die unterschiedlichen Funktionen von und die Interessen an Verfügungs- und Verwertungsrechten wurde an anderer Stelle bereits ausführlich eingegangen<sup>1903</sup>.

Konzeptionell könnte man sich auch hier das Mittel der Kategorisierung, z. B. durch Aufstellung von Fallgruppen, in denen gleichgelagerte Konstellationen einer generell einheitlichen rechtlichen Beurteilung zugeführt werden, zunutze machen. Bezugspunkt der Kategorisierung wäre die Frage, ob eine Reduktion des ausschließlichen Rechts auf einen bloßen Vergütungsanspruch, gemessen an den Belangen von Rechtsinhabern und Allgemeinheit, geboten erschiene. Dabei erschiene es – ange-

1902 Bei der Regelung über einen Beispielskatalog wäre darauf zu achten, dass Einschränkungen des Entscheidungsspielraums im Einzelfall vermieden werden. Eine Formulierung als offener Katalog, etwa wie in § 15 UrhG durch Verwendung des Terminus „insbesondere“ herbeigeführt, würde sich daher anbieten. Beispielsweise könnte hier die Tagesberichterstattung für solche Fälle, in denen dies von Bedeutung ist, als vertyptes Sonderinteresse der Allgemeinheit als vorrangig vor etwaigen Verwertungsrechten aufgeführt werden.

1903 Die Differenzierung von Verbotsrechten und wirtschaftlichen Beteiligungsansprüchen ist auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von erheblicher Bedeutung. Eingriffe in die ausschließlichen urheberrechtlichen Befugnisse unterliegen, je nachdem, ob hierdurch das Verfügungs- und/oder das Verwertungsrecht beschränkt wird, unterschiedlichen Anforderungen an die Rechtfertigung, vgl. hierzu oben Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.2.b.bb.(2) und BVerfG, NJW 1999, S. 414 (415).

sichts der erheblichen Bedeutung des Verbotsrechts v. a. im Verhältnis zwischen Urheber und Verwerter<sup>1904</sup> – im Zweifel interessengerecht, die Grundregel dergestalt zu formulieren, dass die bestehenden Verwertungsrechte generell als Verfügungsrechte ausgestaltet sind<sup>1905</sup>.

Auch in diesem Zusammenhang läge der Ansatz darin, dass der Fallgruppenbildung eine generalisierte Interessenabwägung auf der Basis von Indizien zugrunde gelegt wird, die die jeweilige Wertung rechtfertigen. Für Sonderfälle könnten u. U. auch diesbezüglich durch widerlegbare Vermutungen Korrekturmöglichkeiten eröffnet werden.

Die vorliegend dem Werkschutzansatz zugrunde gelegten Regelungsprinzipien legen nahe, bei der Prüfung der Belange der Rechtsinhaber von der Fragestellung auszugehen, in welchem Maße und für welche verwertungstechnischen Belange Ausschließlichkeitsrechte benötigt werden, um die angemessene wirtschaftliche Verwertung und die Amortisierung der geleisteten Investitionen zu sichern. Um diese Erkenntnis bei der Aufstellung der Fallgruppen umzusetzen, liegt es nahe, sich an den typischen Umständen bei der Verwertung des Schutzgegenstandes zu orientieren<sup>1906</sup><sup>1907</sup>.

1904 Siehe zu den unterschiedlichen Interessenkonstellationen oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.C).

1905 Dies entspräche wiederum den vom Bundesverfassungsgericht herausgearbeiteten Wertungen der Eigentumsgarantie. Aus den bereits genannten Gründen sollte bei der Definition einer solchen Grundregel sprachlich darauf geachtet werden, dass die Auslegung des Normengefüges im Sinne eines „Regel-Ausnahme-Konzepts“ verhindert wird. Dies kann dadurch erreicht werden, dass die Ausnahmen bereits als Bestandteil der Grundregel definiert werden.

1906 Ein weiterer Ansatzpunkt für eine solche Eingruppierung könnte in den Spezifikationen der jeweiligen Werkart gefunden werden. Es erlauben sich z. T. abstrakte Beurteilungen über die notwendige Intensität der Schutzpositionen, die sich von Werkart zu Werkart unterscheiden. So ist beispielsweise das Zugangsinteresse zu kulturell wertvollen Werken im Zweifel als gewichtiger anzusehen, als bei rein funktionsorientierten Werken, da letztere zumeist austauschbar sein werden. Allerdings ist zweifelhaft, ob hierin eine allgemeine Regel liegt. Allgemein scheint die werkartorientierte Schutzwirkungsabstufung schwierig, da hier die Suche nach objektiven Kriterien, die eine Aufstellung abstrakt-genereller Wertungsmaßstäbe erlauben, besondere Probleme bereitet. Die Interessenlage in Bezug auf Verfügungs- und Verwertungsrecht kann bereits innerhalb einer Werkart sehr unterschiedlich sein. So ist beispielsweise denkbar, dass an einem Computerprogramm ein erhebliches Zugangsinteresse zum Werkstück besteht, ohne dass dies eine Aufhebung oder Einschränkung des Verfügungsrechts nach sich ziehen müsste, da hier mehr noch als bei anderen Werken die weite Verbreitung schon durch den Verwerter angestrebt wird. Anders wäre die Beurteilung u. U. mit Blick auf das Dekompilierungsverbot, also den Zugang zum Quellcode des Computerprogramms, zu bewerten. Um auf den Erkenntnissen, die sich hinter der Funktionsweise einer Software verbergen, aufzubauen, bedarf es oft der Kenntnis von deren Quellcode. Da dieser kompiliert wird, bedürfte eine Weiterentwicklung der Befugnis zur Dekompilierung, die nach § 69e UrhG jedoch nur unter sehr engen Voraussetzungen besteht. Erkennt man ein spezifisches oder gar generelles Allgemeininteresse an freier Fortentwicklung bestimmter technischer Werke (z. B. medizinischer Software) als schutzwürdig an (etwa aus Gründen der Innovationsneutralität

Ohne hier bestimmte Wertungen implizieren zu wollen, sollen beispielhaft einige denkbare Kriterien für die Abwägung genannt werden. So scheinen freischaffende Urheber, die außerhalb von Auftrags- und Dienst- bzw. Arbeitsverhältnissen wirken und so mit ihrer Kreativität abseits vertraglicher Bindungen in Vorleistung treten, besonders auf das absolute Verfügungsrecht in Bezug auf jegliche Nutzungsform angewiesen. Da bei Lizenzgeschäften solcher Schöpfer mit gewerblich agierenden Verwertern die Verhandlungspartität im Regelfall in besonderem Maße im Ungleichgewicht stehen wird, wäre diese Konstellation der Fallgruppe mit dem Höchstmaß an zuzubilligendem verfügungsrechtlichen Interesse auf Seiten des Rechtsinhabers zuzuordnen. Das so festgestellte dringende Bedürfnis an einem Verbotsrecht aller unerlaubter gewerblicher Nutzungen besteht auf Seiten des Berechtigten jedenfalls bis zur Übertragung des Rechts an einen Werkmittler. Eine Abkehr von der Regel würde sich auf Verwertungshandlungen beschränken, die außerhalb des so definierten Bereichs absoluter Schutzbedürftigkeit stattfinden.

Demgegenüber könnte ein etwaiges Gegeninteresse des Verwerthers an einer Beschränkung des Verfügungsrechts des Urhebers nicht durchgreifen. Vor Veröffentlichung des Werkes wäre im Zweifel auch das Interesse der Allgemeinheit an einem Zugang zum Werk nicht als höherwertig anzusehen.

Ein weiteres Kriterium könnte in der jeweiligen Verwertungsart zu suchen sein. Diesbezüglich wäre eine Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärverwertung (oder auch weiteren nachgelagerten Nutzungsvorgängen) denkbar, wie sie auch heute bereits durch das Urheberrechtsgesetz anerkannt wird<sup>1908</sup>. Als Zweitverwer-

des Urheberrechts, wofür sich *Ullrich in Schricker/Dreier/Kur*, S. 93 ff. ausspricht), müsste dem durch den Zugang zum Quellcode wiederum Rechnung getragen werden. Gleiches müsste auch für die Verbreitung gelten, wenn diese durch den Rechtsinhaber streng limitiert würde (z. B. bei im Auftrag programmierter Spezialsoftware), ein hochrangiges Allgemeininteresse, jedermann Zugang hierzu zu gewähren, hingegen berücksichtigt werden müsste. Das Beispiel zeigt, dass das Anknüpfen an der Werkart bei der Abwägung der angemessenen Reichweite von Verwertungsrechten kaum generalisierbare Wertungsaspekte bietet und daher insgesamt wenig vorteilhaft erscheint.

1907 Etwas ähnliches schlägt *Ullrich in Schricker/Dreier/Kur*, S. 101 vor, der in seinen Überlegungen zu konzeptionellen Veränderungen der Immaterialgüterrechtsordnung zum Zwecke einer Verringerung innovationshemmender Effekte der Schutzrechte meint: „Denkbar wäre aber, den Ausschließlichkeitsanspruch nur dem Imitator gegenüber zu gewähren, dem Weiterentwickler gegenüber aber durch einen Verwertungsbeteiligungsanspruch zu ersetzen.“ Siehe zu den Ansätzen *Ullrichs* weiterhin sogleich unten, Fn. 1913.

1908 Nicht zu verwechseln sind die hier erörterten Termini mit der im Spannungsfeld von (europäischem) Kartellrecht und Urheberrecht vorgenommenen Unterscheidung von Primär- und Sekundärverwertung. Dort wird vertreten, dass sich die kartellrechtliche Bewertung von urheberrechtlich bedingten Exklusivbindungen vor dem Hintergrund des Art. 81 Abs. 1 EG daran orientieren soll, ob Gegenstand der hierdurch bewirkten Wettbewerbsbeschränkung eine „Primärverwertung“ durch den Urheber oder eine „Sekundärverwertung“ eines Unternehmens ist (vgl. *Dietz* in FS GRUR Bd. II, S. 1445 (1472)). Anders als vorliegend stellt diese

tungsrecht<sup>1909</sup> bezeichnet die amtliche Begründung Rechte an solchen Verwertungsarten, „denen jeweils eine dem Urheber vorbehaltene Werkverwertung vorangegangen ist“<sup>1910</sup>. Genannt wird dort etwa die Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger als Zweitverwertung der vorangegangenen Vervielfältigung (Festlegung auf diesen Trägern) oder die Wiedergabe von Funksendungen als Zweitverwertung der eigentlichen Sendung<sup>1911</sup>. Eine moderne Form der Zweitverwertung ist die in § 20 b UrhG geregelte Kabelweitersendung.

Eine Abstufung des Schutzzumfangs zwischen Erst- und Zweitverwertungen erscheint generell sinngerecht, um die Konstellation von Kontroll- und Zugangsinteressen angemessen zu berücksichtigen. Beispielsweise besteht ein Online-Verwertungsvorgang, etwa des o. g. digitalen Lichtbildes, über einen interaktiven Download-Dienst, aus einer Vielzahl von urheberrechtlich relevanten Verwertungshandlungen<sup>1912</sup>. So ist bei einem durch einen Werkmittler lancierten Online-Angebot zunächst der Upload als Vervielfältigungshandlung ebenso zustimmungsbedürftig wie die Bereitstellung des Werkes zum Download als einem Fall der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG. Auch der Download an sich unterliegt der ausschließlichen Zustimmungsbefugnis des Rechtsinhabers, sofern dieser nicht unter eine Schrankenbestimmung fällt.

Sieht man das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung als Primärverwertungsart bei Online-Nutzungen an und gewährt hierfür ein Ausschließlichkeitsrecht, besteht neben der Ausübung dieses Rechts für den Berechtigten ein geringeres Interesse, auch die hierfür notwendigen Vervielfältigungshandlungen noch kontrollieren zu können. Hingegen kann möglicherweise ein berechtigtes Interesse an wirtschaft-

Differenzierung weniger auf den wirtschaftlichen Unterschied der beiden Verwertungsformen als auf die Stellung des Rechtsinhabers zum Schutzgegenstand ab. Man differenziert danach, ob die Verwertung dem finanziellen Interesse des Urhebers selbst oder dem eines Verwerters dient, da eine solche Unterscheidung aufgrund der besonderen Stellung des Urhebers generell gerechtfertigt sei. Dies sei nicht der Fall, soweit auch der Urheber lediglich Vermögensinteressen am Werk habe (*Ullrich*, ebd.).

1909 Die Aussagekraft des Begriffes der Zweitverwertung wird dadurch beschränkt, dass die meisten Verwertungshandlungen auf einer zwingend vorangegangenen weiteren Handlung beruhen. Beispiele finden sich bei *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, § 15, Rdnr. 50.

1910 UFITA 45 (1965 II), S. 261. Vgl. hierzu auch *Dietz* in FS GRUR Bd. II, S. 1445 (1473); *Fikentscher* in FG *Schricker*, S. 149 (172).

1911 *Dreier* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 51 ff. nähert sich dem Problem der Reichweite des Schutzrechts auf Zweitverwertungen unter dem Aspekt des Innovationsbezugs einer Extension von Ausschließlichkeitsrechten von „Primär-“, auf „Folgemärkte“. Beispielfhaft nennt er als einen Folgemarkt (den zu bedienen aus schutzrechtlicher Hinsicht u. U. eine Sekundärverwertung des Originalwerks bedeuten würde) das Merchandising (S. 52). Soweit es die urheberrechtlichen Fragen angeht, stehen die Ausführungen *Dreiers* der hier erörterten Problematik nahe. Auch ihm geht es um die Frage nach einer angemessenen Reichweite des Schutzrechts im Hinblick auf dessen Beschränkung durch nicht-eigentumsrechtliche Interessen.

1912 Siehe die rechtliche Beurteilung bei *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 27-40.

licher Beteiligung bestehen, soweit der kommerziell agierende (Weiter-)Verwerter Vervielfältigungen vornimmt, die für die Zugänglichmachung selbst nicht notwendig sind, ihm dafür aber aufgrund anderweitiger Verwertungsmöglichkeiten einen Mehrwert verschaffen. Hat der Rechtsinhaber die Steuerungsbefugnis über den Vorgang, mittels dessen sein Werk der Öffentlichkeit (unbeschränkt oder limitiert) zugänglich gemacht wird, stellt sich wiederum die Frage, ob sein Interesse auch die hieran anschließende Nutzung zu kontrollieren, schutzwürdig ist. Dies wäre wiederum auf Basis der Interessen der Allgemeinheit, z. B. an einer freien Nutzung zu privaten Zwecken, zu beurteilen<sup>1913</sup>.

Diese Wertung würde dem Grundgedanken des Urheberrechts entsprechen, nach dem das Werk durch die Veröffentlichung dergestalt „zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Geschehen seiner Zeit mitbestimmenden Faktor“ wird<sup>1914</sup>, dass es sich aus der privatrechtlichen Verfügbarkeit löst und geistiges und kulturelles Allgemeingut wird<sup>1915</sup>. Dem Urheber soll hiernach durch die Gewähr des Ausschließlichkeitsrechts v. a. Gelegenheit gegeben werden, sich im Rahmen der Primärverwertung eine angemessene wirtschaftliche Beteiligung für die Aufgabe seiner ausschließlichen Verfügungsgewalt zu sichern. Je weiter sich das Werk vom Urheber entfernt hat, nachdem dieser es freiwillig einer kommerziellen Verwertung zugeführt hat, desto mehr treten neben dessen Belange im Regelfall auch Drittinteressen, z. B. der Verleger, Veranstalter, Drucker, Interpreten, Schauspieler oder Nutzer<sup>1916</sup>.

Weiterhin könnte auch der faktische Nutzen des Verfügungsrechts für den Rechtsinhaber als Kriterium bei der Abwägung, ob dies gewährt wird, berücksichtigt werden. Versagt die Steuerungs- und Kontrollfunktion des Verfügungsrechts in manchen Bereichen, weil die Nutzung des Werkes nicht kontrollierbar ist, ist das

1913 Vor diesem Hintergrund wurde vertreten, dass der Verlust der Kontrollmöglichkeit nach der ersten Verwertung durch den Berechtigten dazu führen müsse, vom Konzept des Verbotensrechts zu Gunsten einer reinen Wertausgleichslösung abzugehen, vgl. *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 100. *Ullrich* spricht sich ausdrücklich nicht für eine Abkehr vom Ausschließlichkeitsrecht an sich aus. Er schlägt vielmehr eine Differenzierung vor, nach der ein Ausschließlichkeitsrecht nur dem Imitator gegenüber gewährt werden solle, dies hingegen gegenüber dem Weiterentwickler durch einen Verwertungsbeteiligungsanspruch zu ersetzen. Hierdurch werde das „schutzrechtliche Innovationsdilemma“ gelöst, ohne dem Berechtigten die wirtschaftlichen Früchte seiner Arbeit zu versagen.

1914 BVerfGE 31, S. 229 (242) – Kirchen- und Schulgebrauch; 58, S. 137 (148 f.) – Pflichtexemplare; vgl. auch *Kirchhof*, Verfassungsrechtlicher Gehalt, S. 1639 (1655). Hieraus ergibt sich nicht zuletzt, dass – bildlich gesprochen – je weiter sich das Werk von der Person des ursprünglich mit dem Urheberrecht „belohnten“ Rechtsinhabers (*de lege lata* also immer der Urheber) entfernt, dessen berechnete Interessen an Gewicht verlieren. Dies kann durch Zeitablauf oder – im Falle der Veröffentlichung – durch freiwillige Aufgabe der alleinigen Verfügungsgewalt, insbesondere gegen Entgelt, geschehen.

1915 BVerfGE 58, S. 137 (148 f.) – 58, S. 137 (148 f.) – Pflichtexemplare.

1916 Siehe wiederum zu den verfassungsrechtlichen Implikationen dieser Beurteilung *Kirchhof*, Verfassungsrechtlicher Gehalt, S. 1639 (1659); BK-*Kimminich*, Art. 14, Rdnr. 36.

Interesse am Bestand eines solchen Rechts gering<sup>1917</sup>. Im Gegenzug gewinnen entgegenstehende Nutzungsinteressen verhältnismäßig an Bedeutung. Ergibt sich aufgrund dieses Umstandes, dass die Interessen der Nutzer gewichtiger sind, wären die Ausschließlichkeitsrechte in dem jeweiligen Bereich auf wirtschaftliche Beteiligungsansprüche zu reduzieren<sup>1918</sup>. Bei der Abwägung wären weitere Interessen zu berücksichtigen, etwa das u. U. schutzwürdige Interesse der Rechtsinhaber, mit Verbotsrechten die wirtschaftliche Ausnutzung durch Dritte verhindern zu können<sup>1919</sup>. Eine Differenzierung zwischen gewerblicher und nicht-kommerzieller Nutzung wäre insofern nahe liegend.

Nicht zuletzt erscheint es sinnvoll, als Indiz für das Bedürfnis nach Verbotsbefugnissen in bestimmten Fallkonstellationen auch ökonomische Erkenntnisse heranzuziehen. So regelt der Markt und dessen Gegebenheiten gewisse Interessenskonflikte selbst. Eine Regulierung zum Schutze der jeweiligen Interessen mag in manchen Fällen nur insoweit erforderlich sein, als die autoregulativen Kräfte des Marktes, auf dem das in Rede stehende Gut mittels der jeweiligen Verwertungsform gehandelt wird, potenziell nicht ausreichen, um Defizite zu verhindern.

Zur Umsetzung der vorstehenden Erwägungen könnte eine Konzeption in Betracht gezogen werden, die ähnlich der oben zur Zuordnungsfrage angestellten Überlegungen auf Fallgruppen basiert, denen wiederum eine antizipierte Abwägung zugrunde liegt. Allerdings ist zuzugestehen, dass das Fallgruppenmodell gerade bei der „Feinabstimmung“ des Schutzzumfangs an seine Grenzen stoßen wird. Angesichts der Vielzahl der zu berücksichtigenden Konstellationen und Interessen würde ein solches eine Vielzahl von Regel- und Ausnahmegruppen erfordern, die letztlich im Zweifel dennoch nicht denkbaren Fälle erfassen könnten. Unter diesen Umständen könnten sich die Vorteile, die eine Fallgruppen-Regelung in Bezug auf die Rechtssicherheit gegenüber einer Generalklausel entwickeln kann, kaum auswirken.

Alternativ wäre daher denkbar, die Abwägung, ob im Einzelfall ein Vollrecht oder nur wirtschaftliche Beteiligungsansprüche gegeben sind, doch über die unbestimmten Tatbestandsmerkmale einer Generalklausel zu regeln. Bei einer solchen Lösung wäre möglich, zur Konkretisierung der maßgeblichen unbestimmten Tatbestandsmerkmale Beispieldatbestände (basierend wiederum auf einer antizipierten

1917 Eine solche Wertung steht auch hinter der durch § 53 UrhG bewirkten Reduktion auf einen Vergütungsanspruch, vgl. BGH GRUR 1984, S. 54 (55) – Kopierläden.

1918 Selbstverständlich liegt auch in der Erhebung von Vergütungsansprüchen eine Beschränkung der Zugangsfreiheit. Diese ist jedoch aus Sicht des Interessensausgleichs wesentlich weniger bedeutsam, da der völlige Ausschluss Dritter hiermit kaum erreicht werden kann.

1919 Auch die Möglichkeiten, die sich aus technischen Schutzmaßnahmen für die Rechtsinhaber bei einer Nutzungskontrolle ergeben, könnten in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden, soweit gesicherte Erkenntnisse darüber vorliegen, ob und inwieweit ein effektiver Schutz technisch realisierbar ist.

Interessenabwägung) anzuführen. Als Vorbild könnte das Regelungskonzept des neuen UWG (§§ 3, 4 ff.) dienen<sup>1920</sup>.

Eine entsprechende Formulierung könnte man sich wie folgt vorstellen<sup>1921</sup>:

„(1) Die Verwertungsrechte stehen dem Rechtsinhaber als ausschließliche Rechte zu, es sei denn, dass eine Beschränkung auf wirtschaftliche Beteiligungsansprüche zur Sicherung der normalen Verwertung des Werkes<sup>1922</sup> ausreichend und angesichts der dem Ausschließlichkeitsrecht entgegenstehenden Interessen Dritter angemessen erscheint.

(2) Wirtschaftliche Beteiligungsansprüche sind insbesondere ausreichend und angemessen in Bezug auf

1. die Sekundärverwertung;

die private Nutzung;

die nicht-kommerzielle Nutzung, soweit diese unkontrollierbar erscheint;

...“

## F) Schutzdauer

### 1) Konzeption

Eine flexible Schutzfristenregelung bildet neben einer Anpassung der Schutzzumfangsbestimmung einen weiteren wesentlichen Baustein bei der Umsetzung eines differenzierenden Werkschutzrechts. Will man die sich aus dem zugrunde liegenden, multipolaren Begründungsansatz ergebenden Partikular- und Kollektivinteressen angemessen ins Verhältnis setzen, vermag die geltende Einheitsregelung des § 64 UrhG nicht zu befriedigen. Hierauf und auf den durch die Schutzdauer zu lösenden Interessenskonflikt wurde oben<sup>1923</sup> bereits ausführlich eingegangen.

1920 Die Beispielstatbestände der §§ 4-7 UWG dienen im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb der Konkretisierung des in der Generalklausel des § 3 UWG enthaltenen, unbestimmten Tatbestandsmerkmals „unlauter“. Hiermit soll die Transparenz der gesetzlichen Vorschriften erhöht werden, vgl. *Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler*, § 4, Rdnr. 2.

1921 Die im folgenden genannten Beispielstatbestände dienen hier nur als „Platzhalter“, um die Systematik zu veranschaulichen. Eine abschließende Wertung, ob und gegebenenfalls unter welchen Einschränkungen die angeführten Tatbestände wirklich dem Verfügungsrecht des Rechtsinhabers entzogen werden sollten, wird hiermit nicht ausgedrückt.

1922 Zum Aspekt der „normalen Verwertung“ eines Werkes, s. o., Fn. 1890.

1923 Siehe Teil 3, Kapitel 4, Punkt II.A).

Das geltende Recht krankt danach v. a. an z. T. wesentlich zu langen Schutzfristen. Wenn auch eine einheitliche Bemessung der Schutzdauer für alle Werke aus Sicht der Transparenz und Rechtssicherheit zu begrüßen ist, kann dies deren Defizite nicht egalieren. Diese wirken sich v. a. bei dem Schutz schnelllebiger Alltagserschöpfungen aus, bei denen von einer Ausgleichsfunktion der geltenden Schutzdauerregelung keine Rede mehr sein kann. Denn der Schutz wird hier in der Regel Jahrzehnte länger währen als jegliches Nutzungsinteresse. Eine Begrenzung der Schutzdauer, die auf dem Grundgedanken basiert, dass Werke sich mit der Zeit so weit vom Schöpfer entfernen, dass das Interesse der Allgemeinheit an einer freien Nutzung ab einem bestimmten Zeitpunkt überwiegt, wird auf diese Weise in weiten Bereichen des modernen Werkschaffens nicht erreicht. Wird das Werk erst nach Erlöschen jeglichen Nutzungsinteresses frei (man denke etwa an ein Computerprogramm, dessen Schutz nach geltendem Recht mehr als hundert Jahre dauern kann), kann ein Interessensausgleich nicht mehr erreicht werden.

Die geltenden Schutzdauerregelungen sind Ausdruck des rein individualrechtlich motivierten Urheberrechtsverständnisses. Mit einem Schutzkonzept, das v. a. dem Ausgleich der betroffenen Interessen dienen soll, ist das derzeitige Modell nicht vereinbar. Der hier angeregte, differenzierende Schutzansatz legt einerseits nahe, auch die Schutzdauer so auszugestalten, dass sie die zu berücksichtigenden Interessen in Einklang bringt. Dieses Ziel kann angesichts der Vielzahl möglicher Interessenkonstellationen nicht über eine einheitliche Schutzdauer erreicht werden. Es gilt daher, ein Modell für eine flexible, an die Interessenlage angepasste Schutzdauerregelung zu finden. Das Ziel des Ansatzes läge darin, das Werkschutzrecht für einen Zeitraum zu gewähren, innerhalb dessen die Berechtigten angemessene Gelegenheit haben, ihr Werk wirtschaftlich auszuwerten. Welcher Zeitraum angemessen ist, kann und wird variieren. Beurteilungsgrundlage für die Frage nach der Angemessenheit wären auch in diesem Zusammenhang sowohl die Interessen der Rechtsinhaber als auch der Allgemeinheit.

Auch hier bestehen bei der Umsetzung eines solchen Regelungsgedankens verschiedene konzeptionelle Optionen. Im Folgenden sollen verschiedenen Modelle angedacht werden, wobei auch auf Ansätze für Schutzdauerregelungen eingegangen werden soll, die in der Vergangenheit bereits diskutiert wurden.

#### a) Schutzpositionsspezifische Einzelfalllösung

Die Regelungsziele der Einzelfallgerechtigkeit einerseits und der Rechtssicherheit andererseits eröffnen auch in diesem Zusammenhang ein Spannungsfeld im Rahmen dessen sich eine Reihe von Optionen stellen, die mehr oder weniger zu Lasten des einen oder anderen Aspekts gehen.

So stellt sich auch hier zunächst die Frage, ob die Schutzdauer über eine Generalklausel geregelt werden und damit in jedem Einzelfall einem individuellen Ergebnis zugeführt werden sollte. Den höchsten Differenzierungs- und Anpassungsgrad könn-

te man erzielen, indem die Schutzdauer nicht auf das jeweilige Schutzrecht insgesamt, sondern bezogen auf jede einzelne Schutzposition definiert würde.

Ein solches Modell soll an einem Beispielfall erläutert werden. Angenommen, eine Systemsoftware wäre in ihrer konkreten Form auf eine Nutzungsdauer von ca. sechs Jahren beschränkt<sup>1924</sup>, nach deren Ablauf aufgrund der technischen Fortentwicklung von Hard- und korrespondierender Software kein Interesse mehr an einer Verwendung besteht. In einer solchen Konstellation würde die Herstellung eines angemessenen Interessensausgleichs erfordern, dass zumindest das Recht, die Software zu nutzen, zu vervielfältigen und zu verbreiten vor Ende dieser „Lebensdauer“ endet.

Dies muss indes nicht gleichermaßen für das „Dekompilierungsverbot“ gelten<sup>1925</sup>. Diesbezüglich kann eine Abwägung der Interessen ergeben, dass die Rechte weiter existieren, etwa weil Teile des Programmcodes auch in weiteren Versionen der Software verwendet werden<sup>1926</sup>.

Für ein fortdauerndes, höherrangiges Interesse des Rechtsinhabers könnten auch besondere Geschäftsmodelle auf dem betreffenden Markt sprechen. So könnte bei der Abwägung (um im Beispiel zu bleiben) etwa zu berücksichtigen sein, dass für alte Softwareversionen – solange diese noch auf älteren Computern lauffähig sind – ein besonderer Markt besteht, über den die Anbieter wesentliche Einnahmen erzielen.

Ob und inwieweit derartige Interessen bestehen und wie diese im Verhältnis zu den Belangen der Nutzer oder gegebenenfalls nachschaffender Urheber zu gewichten sind, wäre bei einer Generalklausellösung Frage des Einzelfalls. Eine Konkretisierung entsprechend verwendeter, unbestimmter Rechtsbegriffe bliebe den Gerichten überlassen. Auch – und besonders – für die Regelung der Schutzdauer erscheint dies und die damit einhergehende Rechtsunsicherheit von erheblichem Nachteil. Denn die Unsicherheit hinsichtlich der Beurteilung, wie lange ein Werk oder gar eine einzelne Rechtsposition geschützt ist, würde sich nicht zuletzt erheblich auf die Nutzungsinteressen auswirken, die eigentlich durch Anpassung der Schutzdauer gestärkt werden sollen. Kann der Moment, in dem die ausschließlichen Rechte enden, nur mittels komplexer juristischer Prüfungen festgestellt werden, sind die hiermit entstehenden Freiheiten für die weitaus meisten Nutzer und Urheber wertlos. Eine

1924 Der Wert wurde der technischen Literatur entnommen, siehe oben Teil 3, Kapitel 4, Punkt II.B.1.a).

1925 Vgl. zum Begriff der Dekompilierung vgl. § 69e UrhG und oben, Punkt IV.B.2) und *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 268 ff.

1926 Die Differenzierung würde in diesem speziellen Fall dazu führen, dass sogar verschiedene Gesichtspunkte eines einzelnen Verwertungsrechts unterschiedlich zeitlich bemessen werden, da das „Dekompilierungsrecht“ nur ein Bestandteil des ausschließlichen Vervielfältigungsrechts und des Bearbeitungsrechts ist (s. o. Teil 2, Punkt IV.B.2).

zu stark auf den Einzelfall abstellende Lösung wäre daher in dieser Hinsicht kontraproduktiv<sup>1927</sup>.

Überdies brächte ein solches Modell im Zweifel auch erhebliche Nachteile für den Rechtsverkehr mit sich. Die wirtschaftlichen Entscheidungen bei Lizenzgeschäften basieren auf der Kenntnis über den Bestand der Rechte. Ist nicht sicher, ob und wie lange die Schutzdauer (noch) währt, sind gesicherte ökonomische Prognosen kaum möglich, was die Wertschöpfung der Rechte empfindlich beeinträchtigen könnte.

## b) Frühere Ansätze für einzelfall- und werkartunabhängig abgestufte Schutzdauerregelungen

### aa) Die Urhebernachfolgevergütung

Alternativ wäre ein Konzept denkbar, in dem zu einem bestimmten Zeitpunkt das gesamte Werkschutzrecht – soweit dies nach dem vorstehend skizzierten Modell der Schutzzumfangsbemessung nicht ohnehin schon der Fall ist – auf wirtschaftliche Beteiligungsansprüche reduziert wird. Der Vorteil gegenüber der eben skizzierten Einzelfalllösung liegt darin, dass die Dauer der Rechte und der Zeitpunkt der Reduktion von vornherein feststehen.

Das Konzept ist nicht neu. Bereits bei den Beratungen über die Reform von LUG und KUG wurde über eine ähnliche Lösung in Form der sog. Urhebernachfolgevergütung diskutiert<sup>1928</sup>. Noch in der letzten Fassung des Gesetzesentwurfs von 1965 war eine solche vorgesehen. Nach dem Regierungsentwurf<sup>1929</sup> sollte die damals geltende 50-jährige Schutzdauer zunächst beibehalten werden. Um vermeiden zu können, dass mit gemeinfreien Werken aufgrund zu kurz bemessener Schutzfristen Gewinne erwirtschaftet werden, an denen die Urheber unbilliger Weise nicht profitieren, sollte im 9. Abschnitt (§§ 73 – 79) des Urheberrechtsgesetzes eine Urhebernachfolgevergütung vorgesehen werden. Dieses auch als „*domaine public payant*“

1927 Unschädlich wären derartige Unsicherheitsfaktoren nur dann, wenn die Schutzdauer die Lebensdauer des Werkes überstiege, da sich das Manko dann kaum praktisch auswirken würde. In diesem Falle hätte man aber wiederum gegenüber der geltenden Regelung kaum etwas gewonnen. Ob im Einzelfall die Schutzdauer den Nutzwert eines Werkes um 5 oder 50 Jahre übersteigt, spielt faktisch keine Rolle.

1928 Vgl. Motive, UFITA 45 (1965 II), S. 299; *Beier*, S. 115. Auch lange vorher war die Urhebernachfolgevergütung in unterschiedlicher Form bereits Gegenstand von Diskussionen über das Urheberrecht, vgl. hierzu kritisch *Heymann*, S. 116 ff.

1929 Reg. Entw. 1965, abgedruckt in UFITA 45 (1965 II), S. 155 ff.

bezeichnete Modell hatte zum Ziel, das kulturelle Wirken vor über Gebühr langen Schutzfristen zu schonen, ohne dabei das Interesse des Urhebers (genauer: seiner Nachkommen) an einer angemessenen wirtschaftlichen Beteiligung gänzlich zu vernachlässigen.

Dies sollte durch die Anordnung einer Vergütungspflicht für bestimmte Nutzungen (öffentliche Wiedergaben und gewerbliche Verbreitungen) von gemeinfreien Werken erreicht werden<sup>1930</sup>. Diese Urhebernachfolgevergütung hätten Verwerter an einen hierfür zu errichtenden Urheberfonds<sup>1931</sup> zahlen müssen. Der Fonds wiederum sollte dem Kulturschaffen zumindest mittelbar zugute kommen, indem die Einnahmen z. B. „zur Gewährung von Ehrensolden an Urheber, zur Unterstützung bedürftiger Hinterbliebener verdienter Urheber und zur Förderungsbeihilfe an begabte Urheber“<sup>1932</sup> hätten verwendet werden sollen. Nutznießer wären damit in erster Linie solche Urheber (und deren Nachkommen) gewesen, die sich um das deutsche Kulturschaffen verdient gemacht haben und dennoch wirtschaftliche Not leiden<sup>1933</sup>.

Zu einer Verabschiedung der Regelungen über die Urhebernachfolgevergütung kam es letztlich nicht. Der Rechtsausschuss des Bundestages hegte Bedenken insbesondere an der praktischen Umsetzbarkeit des Konzepts<sup>1934</sup>, sodass das Modell in der endgültigen, durch den 12. Rechtsausschuss des Bundestages geänderten<sup>1935</sup> Fassung des Gesetzes gestrichen wurde. Stattdessen entschied man sich für die Verlängerung der Schutzdauer auf 70 Jahre p. m. a.

In neuerer Zeit wurde die Idee im Zuge der Harmonisierungsvorhaben der Schutzdauer auf EU-Ebene noch einmal aufgegriffen<sup>1936</sup>. Angesichts erheblicher Schwierigkeiten bei der Einigung auf eine europaweit einheitliche Schutzfrist, die in den meisten Staaten in einer erheblichen Verlängerung der Schutzdauer resultiert

1930 Vgl. §§ 73, 74 Reg. Entw. UrhG 1965.

1931 Vgl. § 79 Reg. Entw. UrhG 1965.

1932 So *Ulmer*, UFITA 45 (1965 II), S. 18 (40).

1933 Motive, UFITA 45 (1965 II), S. 299.

1934 Vgl. hierzu die Ausführungen des Abgeordneten *Reischl*, UFITA 46 (1966 I), S. 174 (196 f.), der beschreibt, dass die damaligen Bedenken in erster Linie administrativer und finanzieller Natur waren. Man fürchtete, dass die Vergütung aus derart kleinen Beträgen bestehen würde (10 % der üblichen Urhebersvergütung), dass die Kosten der Einziehung die Erträge übersteigen könnten. Daneben warnten die Kritiker vor der Entstehung eines „staatlichen Kulturdirigismus“. Ein solcher sei möglich, da die zur Ausschüttung der Vergütung heranzuziehenden Schlüsselbegriffe (z. B. „verdienter“, „förderungswürdiger“ Künstler) allzu subjektiv und manipulativ seien.

1935 BT-Drcks. IV/3401. Eine Synopse der beiden Fassungen ist in der „Dokumentation zur deutschen Urheberrechtreform“ in UFITA 45 (1965 II), S. 155 – 239 abgedruckt.

1936 Vgl. *Dietz*, Europäische Gemeinschaft, Rdnr. 453 ff. (S. 225 ff.) und Rdnr. 496 (S. 243). *Beier*, S. 117, spricht sich für eine europaweite Abschaffung der *domaine public payant* aus.

hätte, schien die Urhebernachfolgevergütung manchen als eine attraktive, weil u. U. eher konsensfähige Lösung<sup>1937</sup>.

Die Fürsprecher der Urhebernachfolgevergütung sahen in diesem Modell eine Möglichkeit, den Solidaritätsgedanken stärker zum Tragen kommen zu lassen, als dies mit einer bloßen Anhebung der Schutzdauer möglich sei. Soweit ab einem bestimmten Zeitpunkt die Vergütungen allen Urhebern und dabei v. a. den Bedürftigen zukommen könnten, würde die soziale Dimension des Urheberrechts gestärkt, hieß es<sup>1938</sup>. Vorgeschlagen wurde in diesem Zuge, die Urhebernachfolgevergütung der Künstlersozialversicherung zugute kommen zu lassen. Auch dieser Ansatz hat sich nicht durchgesetzt. Vielmehr einigte man sich in der Schutzdauer-Richtlinie auf das deutsche Niveau<sup>1939</sup>.

Ein weiterer Anlauf für die Einführung einer Urhebernachfolgevergütung erfolgte schließlich im Rahmen der Beratungen über das „Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ (den sog. „2. Korb“). Auch in diesem Zuge wurde erneut über die Einführung eines solchen Systems diskutiert, das hier – einigermaßen verächtlich – als „Goethegroschen“ bezeichnet wurde. Obwohl eine weitere Verlängerung der Schutzfrist im 2. Korb nicht zur Debatte stand, war von mancher Seite gefordert worden, nach Ablauf der geltenden, 70-jährigen Schutzdauer eine Vergütungspflicht für gemeinfreie Werke einzuführen<sup>1940</sup>. Der Gesetzgeber ist dem jedoch nicht gefolgt.

#### bb) Das „englische System“

Ein ähnliches Modell, das ebenfalls auf einer Differenzierung der Schutzdauer für Verbotrechte einerseits und wirtschaftliche Beteiligungsansprüche andererseits beruhte, stellt das sog. „englische System“ dar. Dieses noch bei der Urheberrechtskonferenz zur Revision der RBÜ 1928 in Rom proklamierte Konzept sah vor, dem Urheber 30 Jahre lang absoluten Schutz zu gewähren und für den Rest der Schutzdauer (20 Jahre) dem Berechtigten eine Zwangslizenz aufzuerlegen<sup>1941</sup>. Auch diesem Konzept lag das Ziel zugrunde, Interessenungleichgewichten aufgrund überlanger Schutzfristen mittels einer terminierten Reduktion des Ausschließlichkeitsrechts auf reine wirtschaftliche Beteiligung begegnen zu können.

1937 Siehe zu den Harmonisierungsbestrebungen der Schutzdauer-Richtlinie in den im Vorfeld zu bewältigenden Problemen schon oben, Teil 3, Kapitel 4, Punkt I).

1938 Dietz, Europäische Gemeinschaft, Rdnr. 453 ff. (S. 225 ff.) und Rdnr. 496 (S. 243).

1939 Siehe oben Teil 3, Kapitel 4, Punkt I).

1940 Vgl. hierzu die Ausführungen im Referentenentwurf für ein „Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ vom 27.9.2004, S. 43 ff.

1941 Grün, S. 125.

Auch das englische System hat sich aufgrund von Bedenken gegenüber der praktischen Handhabung<sup>1942</sup> nicht durchsetzen können.

### cc) Stellungnahme

Das Konstrukt einer über die absolute Schutzdauer der Ausschließlichkeitsrechte hinaus wirkenden Vergütungspflicht stellt eine immerhin bedenkenswerte Möglichkeit dar, die bei einer Fristenlösung zu berücksichtigenden Interessen in einen Ausgleich zu bringen.

Der Vorteil gegenüber dem durch § 64 UrhG verkörperten Modell einer einheitlichen Begründung und Beendigung der Ausschließlichkeitsrechte liegt in erster Linie darin, die während der Schutzdauer sich vollziehende Interessenverschiebung besser berücksichtigen zu können. Der Prozess, im Rahmen dessen sich das Werk vom Berechtigten entfernt, um ein Mitteilungsgut der Allgemeinheit zu werden<sup>1943</sup>, verläuft fließend. Da es unrealistisch ist, auch die zeitliche Begrenzung durch stufenlose Reduzierung der Ausschließlichkeitsrechte regeln zu können, erscheint die Reduktion des Vollrechts zu einem bestimmten (Zeit-)Punkt als denkbarer Kompromiss.

Im Folgenden sollen einige Anregungen gegeben werden, ob und wie die Nachfolgevergütungssysteme modifiziert werden könnten, um sich in den hier skizzierten Ansatz für ein Werkschutzrecht einfügen zu können.

### c) Kombinierte Einzelfall-Generallösung

Auch in Bezug auf eine moderne Schutzdauerregelung scheint die sinnvollste Lösung in einem Konzept zu liegen, das abstrakte und konkrete Wertungen kombiniert. Für das im Folgenden angedachte Modell soll das Prinzip der Nachfolgevergütung die Basis liefern.

Nach der oben skizzierten Idee von einer flexiblen Schutzzumfangsbemessung wird schon im Zuge der Inhaltsbestimmung des Werkschutzrechts zwischen verschiedenen Schutzpositionen differenziert. Hiernach werden nicht alle Verwertungsrechte in jeder Konstellation als Verfügungsrechte gewährt, sondern vielmehr z. T. schon von vornherein nur als wirtschaftliche Beteiligungsansprüche. Für diese Elemente des Schutzrechts spielt die terminierte Reduktion des Schutzrechts auf Vergütungsansprüche mithin keine Rolle. Die folgenden Ausführungen über eine alternative Schutzdauerregelung beziehen sich also nur auf diejenigen Rechtspositionen, die nach der differenzierenden Schutzzumfangsbemessung zunächst als Verfügungs-

1942 *Grün*, S. 125.

1943 *Motive*, UFITA 65 (1965 II), S. 240 (295).

rechte gewährt werden. Wie die Schutzdauer für die von vornherein nur als wirtschaftliche Beteiligungsansprüche gewährten Rechtspositionen bestimmt wird, soll dagegen vernachlässigt werden. Denn deren Einfluss auf den Ausgleich der vom Schutzrecht betroffenen Interessen ist erheblich geringer als die sich aus Verfügungsrechten ergebenden Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten der Rechtsinhaber<sup>1944</sup>. Selbstverständlich müsste im Rahmen der Weiterentwicklung des hier in Grundzügen skizzierten Modells auch insofern eine Lösung gefunden werden.

Die Idee für eine Bemessung der Schutzdauer für die insoweit relevanten Rechtspositionen soll – wie gesagt – auf dem Konzept der Nachfolgevergütung basieren. Sie werden mithin nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt als Verfügungsrechte, danach nur noch in Form von wirtschaftlichen Beteiligungsansprüchen gewährt. Erreicht wird hierdurch eine „Gemeinfreiheit auf Raten“. Zwei Schritte könnten bei der Prüfung der Schutzdauer zu durchlaufen sein. Zunächst wäre die gesamte Schutzdauer (also bis zum Ende der Gewähr der Beteiligungsansprüche) zu bemessen. Sodann wäre in einem zweiten Schritt der Zeitpunkt der Reduktion zu bestimmen<sup>1945</sup>.

#### aa) Erster Schritt: Bestimmung einer angemessenen Dauer für die als Verfügungsrechte gewährten Rechtspositionen

Eine Schutzfristenlösung, die sich in den hier entwickelten Ansatz für einen angepassten Rechtsschutz einfügen soll, müsste sich an den vorgenannten Zielen orientieren. Um einen aus Sicht der zeitlichen Dimension des Schutzrechts angemessenen Interessensausgleich herzustellen, gilt es v. a. zwei Aspekte auszubalancieren: die zeitliche Schutzbedürftigkeit des Werkes, die sich aufgrund der speziellen Eigenschaften desselben und den Anforderungen des Marktes sowie den wirtschaftlichen Partizipationsinteressen des Rechtsinhabers beurteilt und das Freihaltebedürfnis sowie Zugangs- und Nutzungsinteressen der Allgemeinheit<sup>1946</sup>.

Bei der Bemessung und Abwägung dieser Faktoren bietet sich wiederum die Bestimmung von Indizien an, deren konzeptionelle Einbindung in das Urheberrechtsgesetz ebenso wie bei der Zuordnungsfrage in einem Fallgruppen-Katalog realisiert

1944 Siehe im Einzelnen hierzu oben, Teil 3, Kapitel 3, Punkt III).

1945 An diesem Punkt zeigt sich deutlich, wie sich die Wertungen, die zur Bestimmung des inhaltlichen Schutzzumfangs geführt haben, auch im Rahmen der zeitlichen Bemessung fortsetzen. Die erste Bewertung, ob ein Verbotsrecht überhaupt entstehen sollte, wird bei einem positiven Ergebnis im Rahmen einer weiteren „Feinabstimmung“ daraufhin überprüft, wie lange dies angesichts der Interessenlage wahren darf. Bei dieser Wertung realisiert sich wiederum die unterschiedliche Intensität der Auswirkungen von Verfügungsrecht und Vergütungsansprüchen auf den Interessenskonflikt.

1946 Daneben könnte auch eine etwaige Anreizfunktion des Rechts miteinbezogen werden.

werden könnte<sup>1947</sup>. Der methodische Ansatz liegt auch hier darin, Indizien herauszuarbeiten und zu Fallgruppen zusammenzufassen, die schutzdauerrelevante Faktoren verkörpern und daher eine antizipierte Wertung für die jeweilige Schutzfristbemessung rechtfertigen.

Die maßgebliche Schwierigkeit wird auch hier darin liegen, objektiv messbare Faktoren zu finden, die Rückschlüsse auf die jeweilige Interessenlage zulassen. Eine denkbare Möglichkeit wäre, die Schutzbedürftigkeit an der durchschnittlich zu erwartenden Amortisierungsdauer für die Investitionsleistung und u. U. an dem Alimentsationsinteresse des Schöpfers (soweit es sich nicht um ein Arbeitnehmerwerk handelt) zu messen und hiermit die durchschnittlich prognostizierbare „Lebensdauer“ des Werkes ins Verhältnis zu setzen. Dies sollte die Bestimmung einer bedarfsgerechten Schutzdauer ermöglichen, die sich am jeweiligen Schutzgut oder bestimmten Kategorien von Schutzgütern orientiert. Um schließlich zu einer angemessenen Schutzfrist zu gelangen, wären schließlich entgegenstehende Allgemeininteressen zu berücksichtigen. Denkbar ist, zu diesem Zweck die Schutzfrist normativ dahingehend zu begrenzen, dass sie die Dauer des generell realen Nutzwerts nicht überdauert.

Angesichts der Komplexität der hierbei in die Bewertung einzubeziehenden Parameter wird deutlich, dass es kaum zu vermeiden sein wird, sich bei der Ermittlung einer angemessenen Schutzdauer auf interdisziplinäre Erkenntnisse zu verlegen, die zur Auslegung der Kriterien heranzuziehen wären. So können Einschätzungen über die Amortisierungsdauer und die Dauer der wirtschaftlichen Nutzbarkeit nur auf der Basis ökonomischer Erkenntnisse getroffen werden.

Diese Folge erscheint indes hinnehmbar, soweit auf diese Weise interessengerechte Ergebnisse erzielt werden können. Die Einbeziehung der Meinung von Sachverständigen aus externen Wissenschaften in den Rechtssetzungsprozess ist die im Bereich technikbezogener Regelungsgebiete ohnehin übliche und notwendige Vorgehensweise.

#### bb) Zweiter Schritt: Verwertungsrechtsbezogene Reduktion des Verbotsrechts auf wirtschaftliche Beteiligungsrechte

In einem zweiten Schritt der Schutzdauerbemessung könnte das konzeptionelle Vorbild der Nachfolgevergütungen verkörpert werden. Um im Einzelfall ungerechtfertigte Ergebnisse zu vermeiden, kommen verschiedene Modifikationen der Regel,

1947 In Bezug auf die allgemeinen konzeptionellen Erwägungen, die einer solchen Kataloglösung zugrunde gelegt werden könnten, soll wegen der Parallelen beider Modelle auf die Ausführungen zur Zuordnungsfrage verwiesen werden, vgl. oben Punkt II.D.2.a).

dass das Urheberrecht in allen Fällen – ohne Rücksicht auf Werkart und/oder sonstige Faktoren – ab einem bestimmten Zeitpunkt beschränkt wird, in Betracht.

Zunächst wäre denkbar, den Reduktionszeitpunkt konkret für die jeweilige Gesamtschutzdauerkategorie zu bestimmen. Jede Fallgruppe würde damit nicht nur eine angepasste Grundschutzdauer, sondern auch einen speziell bemessenen Reduktionszeitpunkt vorsehen. Auf diesem Wege könnte die zur Kategorisierung vorgenommene Interessenabwägung auch für die Ausgestaltung der Nachfolgeansprüche fruchtbar gemacht werden<sup>1948</sup>.

Innerhalb der Kategorien wären weitere Differenzierungen denkbar. So scheint es per se interessengerecht, die Reduktion auf bestimmte Rechtspositionen zu beschränken, während es bei anderen bei der Gewähr des Vollrechts während der gesamten Laufzeit bliebe. Ein derart weiter gehendes Differenzierungsbedürfnis mag allerdings weniger aus Sicht einzelner Verwertungsrechte auftreten als vielmehr aus Sicht verschiedener Verwertungszwecke.

Beispielweise könnte man zu dem Ergebnis gelangen, dass es sinnvoll wäre, zwischen privater<sup>1949</sup> und kommerzieller Nutzung grundsätzlich sowohl bei der Frage nach der Reduktion an sich als auch bei der Frage nach der Ausgestaltung der Nachfolgevergütung zu unterscheiden. Denkbar wäre z. B., die Vervielfältigung zu privaten Zwecken (soweit diese nach dem oben Gesagten der Rechtsposition des Berechtigten überhaupt unterfallen sollte) von der Nachfolgevergütung auszuschließen. Um die unterschiedlichen Interessenkonstellationen entsprechend zu gewichten, wäre im Zweifel angezeigt, Formen der öffentlichen Verbreitung und Wiedergabe wiederum anders zu behandeln<sup>1950</sup>.

Eine andere – oder ergänzende – Möglichkeit wäre, die Nachfolgevergütungspflicht insgesamt auf gewerbliche Nutzungen zu beschränken. Derartiges wurde bereits im Entwurf für die Urhebernachfolgevergütung im Regierungsentwurf für das Urheberrechtsgesetz von 1965 erwogen. Ergebnis wäre, dass jede Form der nicht-

1948 Auch die Beteiligungsansprüche müssen sich am Ergebnis einer Abwägung der Interessen orientieren. Wenn auch mit geringerer Intensität wird das Werkzugangsinteresse der Allgemeinheit auch durch Vergütungsansprüche berührt. Dies gilt v. a. für deren Höhe. Die Erwägungen bei der Kategorisierung von Werken in Bezug auf deren Gesamtschutzdauer sind daher mit denjenigen, die zur Ermittlung des Reduktionszeitpunktes führen sollen, z. T. deckungsgleich.

1949 Soweit diese nicht ohnehin von vornherein frei oder nur durch Vergütungsansprüche belegt wäre.

1950 Aufgrund der Vergrößerung des Rezipientenkreises durch den Akt der öffentlichen Wiedergabe (was v. a. für die Online-Zugänglichmachung gilt), hat der Berechtigte diesbezüglich auch eher ein berechtigtes Interesse an wirtschaftlicher Beteiligung. Dies gilt, anders als im Bereich der Vervielfältigung, auch für die öffentliche Wiedergabe aus unkommerziellen Beweggründen. Der durch den Nutzer angestrebte Verwertungszweck ist bei solchen Aktivitäten gegenüber dem Ergebnis der Nutzung (Erweiterung des Rezipientenkreises) im Zweifel weniger schutzwürdig.

kommerziellen (u. a. die private) Nutzung im Reduktionszeitpunkt frei würde. Auch so würde den unterschiedlichen Interessenkonstellationen bei der Nutzung zu kommerziellen und nichtkommerziellen Zwecken sowie im privaten und öffentlichen Raum Rechnung getragen<sup>1951</sup>.

### cc) Fazit zur Schutzdauerregelung

Die Idee einer Fristenregelung, die zu einer „Gemeinfreiheit auf Raten“ führt, bietet verschiedene Möglichkeiten, den Gedanken des Werkschutzes im funktionsorientierten Dualismus auf die zeitliche Dimension der Schutzwirkung zu übertragen<sup>1952</sup>. Der Grundgedanke, der hinter der Urhebernachfolgevergütung steht, fügt sich in das vorliegend skizzierte Konzept durchaus ein<sup>1953</sup>.

Der Vorteil gegenüber einer kaum praktikablen, einzelfallbezogenen Bemessung der Schutzdauer liegt auch hier in erhöhter Transparenz. Um Rechtssicherheit zu gewährleisten, wäre eine teilweise pauschalierende Lösung unabdingbar. Insofern böte sich für beide Prüfungsschritte eine Kategorisierung in Fallgruppen an.

1951 Der Charakter und die Funktion einer Nachfolgevergütung im hier angedachten Konzept können, anders als bei den bisherigen deutschen Ansätzen, nicht auf kollektiv-sozialen Aspekten basieren. Vielmehr geht es allein darum, ungerechtfertigte Benachteiligungen der Rechtsinhaber in solchen Fällen zu vermeiden, in denen die Verwertung eines prinzipiell gemeinfreien Werkes ohne finanzielle Beteiligung des Berechtigten interessenwidrig erscheint. In gewisser Weise liegt hierin auch eine Kompensation für die Verkürzung der absoluten Rechtsposition. Von dieser Warte aus betrachtet, müssen die Beteiligungsansprüche auch dem Berechtigten zustehen und die hierauf resultierenden Zahlungen ihm zufließen. Man könnte die Nachfolgevergütung daher alternativ – nach dem Vorbild des „englischen Systems“ – an eine Zwangslizenz knüpfen, die sich auf kommerzielle Nutzungen beschränkt.

1952 Neben den hier genannten Modifizierungsmöglichkeiten könnte man über Aspekte nachdenken, die an anderer Stelle bereits angesprochen wurden. So wäre auch in Bezug auf die Nachfolgevergütung und deren Modalitäten denkbar, die unterschiedliche Interessenlage bei Primär- und Sekundärverwertungsformen zu erfassen.

1953 Nicht vertieft wird hier die Problematik, wie eine solche Nachfolgevergütung praktisch realisiert werden könnte. Über die Frage sinnvoller Vergütungssysteme wird heute viel gestritten (siehe hierzu die Ausführungen oben Fn. 1631). Viele Stimmen verlangt angesichts digital-technischer Kontroll- und Abrechnungsmöglichkeiten eine Abkehr von der pauschalen Vergütung, v. a. den §§ 54 ff. Urheberrechtsgesetz. Anderen wollen hingegen an den hergebrachten Modellen festhalten. Mit Sicherheit sagen kann man gegenwärtig wohl nur, dass es für eine vollständige Abkehr von der Pauschalvergütung an gesicherten Erkenntnissen über die technischen Möglichkeiten der Gegenwart und Zukunft fehlt.

## 2) Zusammenfassung der Gedanken zur Schutzzumfangsbemessung

In den vorangegangenen Überlegungen wurde versucht, Grundschemata für alternative Lösungen der Schutzzumfangsfrage anzudenken, die sich in ein Konzept anpassen und auf einem multipolaren Begründungsansatz basierenden Rechtsschutzes einfügen. Das Ziel ist, den aus Sicht des Rechtsinhabers inhaltlich und zeitlich nötigen Schutz für die Sicherung individualrechtlicher Interessen zu ermitteln und unter Abwägung mit den widerstreitenden Interessen Dritter zu gewähren. Die als Wertungsgesichtspunkte heranzuziehenden Kriterien sollen sich dabei an dem Werk selbst orientieren. Gelänge eine solche Bestimmung unter Erreichung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit, wäre damit ein wesentlicher Schritt zur Verwirklichung eines modernen Urheberrechtsschutzes getan.

Hierbei ist zu bedenken, dass in jeder Abkehr von generalisierenden, werk- und verwertungsformunabhängigen Regelungen eine Verkomplizierung der Schutzzumfangsbestimmung liegt, deren Maß aus Sicht des wichtigen Aspekts der Rechtssicherheit möglichst gering gehalten werden sollte. Gewisse Einschränkungen scheinen jedoch unumgänglich, um der Regelungsfunktion des Urheberrechts in einem sich stets verkomplizierenden Umfeld noch gerecht werden zu können. Es scheint nicht hinnehmbar, dass das Urheberrecht in einer Informationsgesellschaft zunehmend bewirkt, dass Informationen, Wissen und kulturelle Güter verknappt und monopolisiert werden. Will man dem entgegenwirken, indem die Nutzerseite bei der Ausgestaltung des Rechts gestärkt wird, ergibt sich durch diesen erweiterten Fokus zwangsläufig ein erhöhtes Bedürfnis an Differenzierung und damit zwangsläufig eine Verkomplizierung. Angepassten Rechtsschutz und Rechtssicherheit in Einklang und möglichst optimales Verhältnis zu bringen bedeutet eine schwierige Gratwanderung.

## Fazit von Teil 4

Es hat sich gezeigt, dass zum herkömmlichen Konzept des Urheberrechtsschutzes Alternativen denkbar sind, mittels derer einigen Defiziten des geltenden Rechts begegnet werden könnte. Die Entwicklung eines „entidealisierenden“, funktionsorientierten Verständnisses ist für ein modernes Urheberrecht von wesentlicher Bedeutung. Dies kann letztlich nur in der Erkenntnis münden, dass das Urheberrecht nicht nur persönliche Werke zu regeln berufen ist. Um Formen unpersönlichen, technisch-funktional orientierten Schaffens angemessen und mit notwendiger konzeptioneller Stringenz zu schützen, ohne sich dabei in dogmatische Widersprüche zum Schutz traditioneller Werkarten zu verstricken, wäre es sinnvoll, die materiellen und ideellen Aspekte des Urheberrechts zu trennen. Hierfür muss man sich dem Umstand öffnen, dass nicht jedes Produkt, das sinnvoller und angemessener Weise Gegenstand des Urheberrechts sein sollte, durch ein geistiges Band mit seinem Schöpfer verknüpft ist.

## Teil 5: Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussbemerkung

Sinn und Zweck der Untersuchung war es festzustellen, ob das geltende Urheberrecht den Anforderungen der Gegenwart und absehbaren Zukunft an ein modernes Schutzrecht gerecht wird. Zu diesem Zweck wurden Funktionswandel und tatsächliche Entwicklung des Urheberrechts gegenübergestellt, um auf diese Weise etwaige konzeptionelle Defizite, Interessenwidrigkeiten und Probleme bei der Rechtsanwendung, die im Laufe der Zeit entstanden sind, aufzudecken und vor diesem Hintergrund Ideen für alternative Lösungen zu entwerfen.

### *Zu Teil 1: Der Status quo im Urheberrecht*

Die nähere Untersuchung des geltenden Urheberrechts hat ergeben, dass sich dies in seiner Grundstruktur und den basalen Wertungen noch heute am Leitbild des freischaffenden Künstlers von traditionellen Werkarten wie klassischer Musik, Werken der bildenden Kunst und Literatur orientiert. Rechtssubjekt ist ein Schöpfer, der seine Werke aus künstlerischer Überzeugung und aus einem inneren Drang heraus erstellt und dabei jegliches zeitliche und finanzielle Opfer in Kauf nimmt. Aufgrund dieser Schaffensbasis verbinden ihn enge ideelle, persönliche Beziehungen zu seiner Schöpfung.

Dies zeigt sich zunächst an der traditionellen Sicht des dem Urheberrecht zugrunde liegenden Begründungsansatzes. Das Schutzrecht basiert hiernach auf einer zweigleisigen, rein individualrechtlich ausgerichteten, rechtsphilosophischen Rechtfertigung, bei der naturrechtliche Elemente vorherrschen. Wesentlicher Bestandteil der hieraus sich ergebenden Schutz Begründung ist zum einen die Theorie vom geistigen Eigentum, die besagt, dass jedem Menschen die Früchte seiner körperlichen und geistigen Tätigkeit zuzuordnen sind. Hiermit untrennbar verknüpft ist nach traditionellem Verständnis ein weiteres idealisierendes Element des Begründungsansatzes, wonach das Werk ein verobjektivierter Teil der Schöpferpersönlichkeit und der Schöpferindividualität ist. Aus dieser Verbindung resultiert eine zu schützende ideelle Bindung zwischen Urheber und Werk. Neuere Strömungen in der deutschen Rechtswissenschaft, die das Urheberrecht demgegenüber einer eher utilitaristischen, den Copyright-Rechtsordnungen näher stehenden, Schutzrichtung unterstellen wollen, haben sich bislang jedenfalls auf die Ausgestaltung des Gesetzes nicht ausgewirkt.

Der maßgebliche Einfluss der traditionellen naturrechtlichen Begründung auf die Ausgestaltung des geltenden deutschen Urheberrechtsgesetzes realisiert sich in elementaren Eckpfeilern des geltenden Rechts. Dies gilt z. B. für die Schutzbereichsdefinition, die Zuordnungsregelung und den Einfluss des *Droit Moral* auf die Verwertungsrechte durch die monistische Ausgestaltung des Schutzrechts.

Deutlich wird dies schon an der Ausrichtung des Urheberrechts, das sich allein am Schöpfer orientiert. Seine Person steht – jedenfalls „offiziell“ – im Mittelpunkt der Konzeption eines Gesetzes, das demgemäß auch als Urheberschutzrecht bezeichnet werden könnte. Eine genaue Betrachtung der Werkdefinition des § 2 Absatz 2 UrhG („persönliche geistige Schöpfung“) im systematischen Gesamtzusammenhang des Gesetzes zeigt weiter, dass das maßgebliche Schutzfähigkeitskriterium „Individualität“ als personenbezogenes Tatbestandsmerkmal verstanden werden muss, das auf den naturrechtlichen Gedanken von der inneren Beziehung zwischen Urheber und Werk zurückführt. Diese Ausgestaltung belegt wiederum, dass dem deutschen Urheberrechtskonzept ein „Werk ohne Urheber“ fremd ist. „Unpersönliche“<sup>1954</sup> Werke sind mit der Werkbegriffsdefinition grundsätzlich unvereinbar. Der gesetzliche Werkbegriff zeigt, dass sich der Schutzgegenstand des Urheberrechts dadurch auszeichnet, dass zwischen Erzeuger und Produkt eine gewisse „innere Verbundenheit“ besteht, die darauf zurückgeht, dass der Urheber in die Schöpfung persönliche Eigenheiten hat einfließen lassen.

Hiermit wenig in Einklang steht die praktische Bedeutung und Handhabung des Urheberrechts, insbesondere durch die Rechtsprechung. Diese versteht das Merkmal der „Individualität“ weniger urheber- als vielmehr werk- oder objektbezogen. Ohne dass sich hierbei eine einheitliche Terminologie oder stringente Handhabung verzeichnen ließe, untersuchen die deutschen Gerichte das Werk bei der Individualitätsprüfung generell auf ein qualitatives („Besonderheit“) und ein quantitatives („Schöpfungshöhe“) Moment. Dogmatisch plausible Gründe werden hierfür nicht geliefert. Der Effekt ist, dass der starke Urheberschutz – ohne hierauf ausgerichtet oder hieran angepasst zu sein – zunehmend für unpersönliche, technisch-funktionale Werke zugänglich wird. Dem leistet insbesondere auch die Entwicklung des Urheberrechts, etwa durch die Ausweitung auf Computerprogramme oder Datenbanken, bewusst und gewollt Vorschub. Durch diesen Schutz von „Alltagsschöpfungen“, die vorrangig aus Investitionsschutzgründen schutzwürdig sind und die sich mehr durch Funktionalität als durch Individualität auszeichnen (wie wiederum v. a. die Computerprogramme), wird von den strengen, personenbezogenen Anforderungen, die der Werkbegriff voraussetzt, in der Praxis abgesehen. All diese Faktoren führen zu einer sukzessiven Ausweitung des Schutzbereichs.

Die Handhabung des Gesetzes durch die Gerichte folgt erkennbar praktischen Bedürfnissen, da eine allein personenbezogene Schutzgegenstandsbestimmung sich praktikabler Rechtsanwendung weit gehend entzieht. Lediglich vereinzelt lassen

1954 Unpersönliche Werke wurden hier als solche definiert, an die ein so hohes Maß „außerpersönlicher“ Anforderungen (etwa technischer oder wirtschaftlicher Natur) gestellt wird, dass für eine individuelle Gestaltung unter maßgeblicher Einflussnahme der Persönlichkeit des Urhebers und damit für persönliche Beziehungen zwischen Urheber und Werk im Zweifel kein Raum mehr besteht, diese jedenfalls von geringer Bedeutung ist. Dies wird häufig besonders auf technisch-funktionale Werke zutreffen.

sich der Rechtsprechung zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit vage Hinweise entnehmen, die implizieren, dass personen- (also urheber-)bezogene Attribute des Werkes als Indizien herangezogen werden, um hierdurch dessen Individualität zu belegen. Es ergibt sich damit, dass die konzeptionell umgesetzten, rechtstheoretischen Grundansätze des Urheberrechts und dessen praktische Handhabung durch die Rechtspraxis voneinander abweichen. Da auch das faktisch vorhandene und schützenswerte Investitionsschutzinteresse durch die personenbezogene Werkdefinition nicht erfasst werden kann, scheint § 2 Abs. 2 UrhG, der die Funktion und Ausrichtung des Gesetzes symbolisiert, als Werkbegriff kaum mehr universell geeignet.

Dies impliziert auch die Regelung des § 69a Abs. 3 UrhG. In dieser erst Anfang der 90er-Jahre in das Urheberrechtsgesetz aufgenommenen Vorschrift, die den Individualitätsbegriff für Computerprogramme gesondert regelt, wurde gegenüber § 2 Abs. 2 UrhG eine anders lautende Formulierung gewählt („eigene geistige Schöpfung“). Diese Schutzbereichsdefinition geht im Wesentlichen auf den europäischen Harmonisierungsprozess und das Harmonisierungsbedürfnis mit dem Copyright zurück. Es wird hieran deutlich, dass eine Sonderstellung von Computerprogrammen als Schutzgegenstand des Urheberrechts erkannt wurde. Software ist hiernach nicht nur eine spezielle Werkart, sondern auch ein neuer, andersartiger Schutzgegenstand, der sich nicht durch persönlich-individuelle, sondern durch technisch-funktionale Eigenschaften auszeichnet. Der Aspekt der Individualität spielt für die Entstehung des Schutzes weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht eine maßgebliche Rolle. Im Softwareurheberrecht fehlt es nahezu gänzlich an einer Bagatelluntergrenze für die Entstehung der an Computerprogrammen gewährten – gleichermaßen weit reichenden – ausschließlichen Schutzrechte. Diese Entwicklung wird durch die Ersetzung des Terminus’ „persönliche“ gegen das Wort „eigene“ als neues Tatbestandsmerkmal des Software-Werkbegriffs zumindest symbolisch zum Ausdruck gebracht. Hierin ist eine partielle Abkehr vom klassischen Verständnis des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes zu erkennen.

Die geltende Konzeption des Urheberrechts ist zwar angesichts einer überkommenen, naturrechtlichen Rechtsphilosophie nahe liegend, nicht aber durch höher-rangiges Recht geboten. Dies gilt vor allem für das Grundgesetz, das dem Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Regelung des Urheberrechts einen erheblichen Gestaltungsspielraum eröffnet. Zwar ist die Gewähr des Urheberpersönlichkeitsrechts durch Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG und der urheberrechtlichen Verwertungsbefugnis durch Art. 14 GG verfassungsrechtlich geboten. Die Untersuchung hat jedoch gegeben, dass die Verfassung darüber hinaus keine konzeptionellen Anforderungen stellt und sich gegenüber der inhaltlichen Ausgestaltung des Urheberrechts äußerst flexibel zeigt.

Neben der eigentlichen Gewähr des Urheberrechts ergeben sich aus den grundgesetzlichen Garantien lediglich bedingte Vorgaben in Bezug auf die Zuordnung des Urheberrechts. Die Verfassung erweist sich damit v. a. aus Sicht der Eigentumsgarantie gegenüber bedeutenden Regelungsaspekten wie der Entstehung des Rechts, der Zuerkennung von Ausschließlichkeitsrechten oder Vergütungsansprüchen oder

der Schutzdauer im Wesentlichen ebenso indifferent wie gegenüber der gewählten Schutzform als Urheber- oder als Leistungsschutzrecht.

Zwar lässt sich auch den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entnehmen, dass eine Zuordnung nach dem Schöpferprinzip den grundgesetzlichen Vorstellungen der Eigentumsgarantie entspricht. Dies bedeutet jedoch – nach der hier vertretenen Auffassung – nicht, dass Alternativen ohne Weiteres verfassungswidrig wären. So wäre es durchaus im Sinne der Eigentumsgarantie, der Zuordnung des Urheberrechts ein Leistungsprinzip zugrunde zu legen. Auf dieser Basis wären Zuordnungsregeln denkbar, die vorsehen, dass das Urheberrecht nicht stets dem Schöpfer, sondern in bestimmten Konstellationen auch anderen an der Werkschöpfung Beteiligten zusteht. Eine solche Folge könnte etwa in Fällen vorgesehen sein, in denen für die Entstehung eines Geisteswerkes neben der schöpferisch-kreativen Leistung des Urhebers weitere, z. B. wirtschaftliche und/oder organisatorische Leistungen relevant waren. Die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit eines solchen „Paradigmenwechsels“ hinge von der konkreten Ausgestaltung der jeweiligen Regelungen ab.

Eine Gegenüberstellung zeigt, dass das Copyright in Begründung und Ausgestaltung erheblich von den stark naturrechtlich dominierten, idealisierenden Grundsätzen des kontinentaleuropäischen *Droit D'Auteur* abweicht. Das angloamerikanische Copyright – als das zweite international verbreitete „Urheber“-Rechtskonzept – verkörpert das Gegenmodell zum deutschen Urheberrecht. Intention und Ausgestaltung basieren nicht auf idealisierenden Aspekten. Das Schutzkonzept folgt vielmehr rein funktionsorientierten und damit pragmatischen, v. a. auf ökonomische Aspekte ausgerichteten Gesichtspunkten. Demzufolge verkörpert das Copyrightmodell, anders als das *Droit D'Auteur*, mehr ein Werk- als ein Urheberschutzrecht, das vorrangig auf die Interessen der Verwertungswirtschaft ausgerichtet ist. Zwar wird auch das deutsche Recht zunehmend von den der ökonomischen Interessen der Verwertungsindustrie geprägt (s. u.). Dies hat bislang jedoch allenfalls zu punktuellen, nicht aber zu konzeptionell-grundsätzlichen Veränderungen des deutschen Urheberrechtsgesetzes und damit auch nicht zu einer grundsätzlichen Annäherung der beiden Rechtsfamilien geführt.

Dieser fehlenden konzeptionellen Harmonisierung steht ein Bedürfnis nach einer international einheitlichen Ausrichtung des Urheberrechts in einer globalen Informationsgesellschaft gegenüber. Eine solche wäre – jedenfalls grundsätzlich – wünschenswert, um ein international geltendes und durchsetzbares sowie im Verhältnis zu den entgegenstehenden Interessen ausgewogenes Schutzniveau auch im Online-Kontext realisieren zu können, sollte aber mit Bedacht durchgeführt werden. Eine Inkorporation einzelner am Copyright orientierter Vorschriften, wie bereits zum Teil bei der Umsetzung von EU-Richtlinien geschehen, hat oft systematisch und dogmatisch problematische Folgen. Ohne eine Fortschreibung der Leitbilder und der Konzeption des deutschen Urheberrechts auf grundsätzlicher Ebene entstehen so systematische Brüche und dysfunktionale Effekte.

*Zu Teil 2: Funktionswandel des Urheberrechts am Beispiel der Entwicklung des Schutzes „digitaler Werke“ und anderer Aspekte*

Die Untersuchung hat ergeben, dass sich der Anwendungsbereich des Urheberrechts in den letzten Jahren erheblich verändert hat und dessen Anwendungsbereich stetig erweitert wurde. Dies wurde anhand einer Reihe ausgewählter Beispiele untersucht und nachgewiesen.

**Schutz von Computerprogrammen:** Insbesondere durch die Aufnahme der Computerprogramme in den Schutzbereich wurde ein Funktionswandel im deutschen Urheberrecht eingeleitet, der sich auf das Wesen dieses Rechts nachhaltig auswirken musste. Eine Analyse der Entstehungsgeschichte des Urheberrechtsschutzes von Computerprogrammen in Deutschland hat gezeigt, dass dieses Modell (Schutz von Computerprogrammen durch das Urheberrecht) weder die einzig denkbare, noch die in Deutschland oder international einheitlich befürwortete Lösung verkörperte. Insbesondere gibt es in der deutschen Rechtswissenschaft bis heute Bedenken gegenüber der dogmatischen Stringenz und der Sinnhaftigkeit dieses Schrittes. Dass sich letztlich nahezu weltweit ein Urheberrechtsschutz gegenüber patent- oder sonderschutzrechtlichen Lösungen durchsetzen konnte, scheint in erster Linie auf die Einflussnahme der USA und zudem auf Gesichtspunkte der Praktikabilität des Urheberrechtsschutzes zurückzuführen zu sein. Während die Software-Industrie bei der gefundenen Lösung sofort auf ein seit 100 Jahren gewachsenes System internationaler Schutznormen zurückgreifen konnte, hätte bei Neueinführung eines angepassten Software-Sonderschutzrechts ein supranationales Schutzniveau erst auf dem Weg langwieriger bi- oder multilateraler Harmonisierungsbemühungen etabliert werden können.

Anders als im rein funktionsorientierten Copyright sind Computerprogramme im deutschen Urheberrecht Fremdkörper, da diese – u. a. – im Gegensatz zu klassischen Werkarten im Allgemeinen keinen Persönlichkeitsbezug zu ihrem Schöpfer aufweisen, also „unpersönlich“ sind. Sie definieren sich aufgrund rein technisch-funktionaler Anforderungen an ihre Qualität über Spezifika, die bei anderen Werkarten keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielen. Des weiteren unterscheiden sich die Computerprogramme von den „kommunikativen Werkarten“, wie hier alle sonstigen, urheberrechtlich geschützten Formen von Geisteswerken umschrieben werden, schon grundsätzlich dadurch, dass sie nicht der Rezeption durch die menschlichen Sinne dienen, sondern der Kommunikation mit einer Informationstechnologie zur Lösung maschinell zu bewältigender Aufgaben. Attribute die eine Begründung des Urheberrechtsschutzes nach der traditionellen – noch immer vorherrschenden – Sicht ermöglichen, sind bei Computerprogrammen entweder nicht vorhanden oder zumindest nicht qualitäts- oder wertbestimmend. Schützenswerte Merkmale sind Perfektion und Funktionalität, allgemein aber nicht eine auf Einfluss individueller Züge beruhende ideelle Verbindung zwischen Urheber und Werk und auch nicht eine originelle Formgestaltung. Im Gegenteil: Der Einfluss persönlicher Züge wird der Qualität des Programms häufig eher abträglich sein, da hiermit zu meist ein Abweichen von dem optimalen Lösungsweg einhergehen wird. Hieran

wird deutlich, dass Software weniger nach einem Urheber- als nach einem Investitionsschutzrecht verlangt.

Dies wiederum führt zu Antagonismen, u. a. bezogen auf das idealisierende Verständnis von der Funktion des geltenden Urheberrechts. Die Aufnahme der Computerprogramme in den Anwendungsbereich des Urheberrechts erscheint vor diesem Hintergrund als Ausgangspunkt weiterer Veränderungen des urheberrechtlichen Funktionsauftrages vom Schutz des Schöpfers zum Schutz von Investitionen und der Kontrolle über Technologien und Inhalte.

**Schutz von elektronischen Datenbanken:** Diese Tendenz hat sich später in der Einbeziehung der („elektronischen“) Datenbanken in den Urheberrechtsschutz fortgesetzt. Bedenklich erscheint, dass neben den punktuellen Spezialvorschriften für die neuen Werkarten keine grundlegenden Reformen des Urheberrechtsgesetzes vorgenommen wurden. Dies wird dem Funktionswandel, der durch den Schutz von Computerprogrammen und Datenbanken eingeleitet wurde, nicht gerecht.

Wie andere moderne Schutzgüter stellen auch die elektronischen Datenbanken Erzeugnisse dar, die aufgrund ihrer spezifischen Funktionalität eher nach Investitionsschutz als nach einem Schutz des Urhebers verlangen. Auch definieren sich die wertbildenden Faktoren bei Datenbanken nicht durch persönliche Individualität oder persönliche Beziehungen zwischen Schöpfer und Werk, sondern in erster Linie durch gute Ideen und deren möglichst gelungene technische Umsetzung.

Bedenklich ist zudem die durch den Schutz von Datenbanken – insbesondere im Hinblick auf den hinzutretenden Schutz technischer Maßnahmen – herbeigeführte Expansion des Schutzbereichs. Durch diese Kombination neuartiger Schutzrechte wird die Monopolisierung von Informationen und Daten ermöglicht, die es aus Sicht einer Informations- und Wissensgesellschaft tunlichst zu vermeiden gilt.

**Expansion des Schutzbereichs:** Mit der Entwicklung des Schutzbereiches geht eine erhebliche Ausweitung des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts zu Lasten von Freiräumen einher. Dies wird zum einen durch die Absenkung der Schutzuntergrenze und die fortschreitende Erfassung neuer Werkarten bewirkt.

Auch der Schutzzumfang des Urheberrechts wurde in der Vergangenheit immer weiter ausgeweitet. Dies lässt sich der Aufnahme neuer Verwertungsrechte, wie dem Recht auf öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG), in den Katalog der Verwertungsrechte nur bedingt ableiten, da solche Akte des Gesetzgebers angesichts der anerkannt umfassenden Verwertungsbefugnis der Rechtsinhaber eher klarstellender Natur sind. Deutlicher kann man die Ausdehnung des Urheberrechts der Entwicklung der bereits bestehenden Verwertungsrechte, v. a. dem Vervielfältigungsrecht, entnehmen. So wurde das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG durch unangepasste Übertragung auf digital zu nutzende Güter zu einer Art Universalschutzrecht gemacht, das sich u. U. auch auf Ideen und Know-how bezieht und selbst eine (rechtliche) Kontrolle des Rechtsinhabers über den reinen Werkgenuss, sogar den eigentlichen Zugang zum Werk, ermöglicht. Denn digitale Werke müssen zu ihrer Nutzung in aller Regel – wenn auch z. T. nur temporär – vervielfältigt werden. Solche zur bestimmungsgemäßen Benutzung unumgänglichen, dabei rein technisch induzierten, Speicherungen fallen nach geltendem Recht unter das Vervielfältigungsrecht. In die-

ser Form auf elektronische Datenbanken angewendet, kann es dem Rechtsinhaber das ausschließliche Recht vermitteln, den Zugang zu ansonsten ungeschützten Informationen zu kanalisieren und zu steuern (s. o). Dies zu vermeiden ist besonders im Hinblick auf die absehbare Entwicklung dahingehend, dass Informationen zunehmend in elektronischen Datenbanken gespeichert werden, von wesentlicher Bedeutung.

Gefördert wird die Expansion des Urheberrechts zusätzlich durch eine Zurückdrängung der Nutzungsfreiheiten, die im geltenden System durch die Schranken garantiert werden sollen. Der Expansion der Schutzrechte steht keine äquivalente Entwicklung der Schrankenbestimmungen gegenüber, die für eine Balance der gegenläufigen Interessen hätte sorgen können. Dies hat zu einer Ausweitung des Schutzrechts zu Lasten der Freiräume für die Allgemeinheit geführt. So wurden bei neuen Werkarten Beschränkungen des Urheberrechts, die den Ausschließlichkeitsrechten zur Wahrung allgemeiner Interessen relativierend entgegenzusetzen sind, nur sehr zurückhaltend gewährt. Beispielsweise wurde § 53 UrhG, der die Vervielfältigung zu privaten und eigenen Zwecken für zustimmungsfrei erklärt, in Bezug auf Computerprogramme und elektronische Datenbanken für unanwendbar erklärt. Neue – angesichts der technischen Entwicklung notwendig gewordene – Schrankenbestimmungen zu Gunsten anerkannt schutzwürdiger Interessen (beispielsweise Wissenschaft, Forschung und Lehre) wurden auf Drängen der Verwertungsindustrie – wenn überhaupt – nur unzureichend anerkannt.

Von größter Bedeutung für den urheberrechtlichen Interessensausgleich ist zudem die Einführung des Schutzes technischer Maßnahmen. Der Gesetzgeber hat diesen (angelegt bereits in der zugrunde liegenden EU-Richtlinie) so ausgestaltet, dass er jeglichem Drittinteresse an freier Nutzung vorgeht. Nicht nur, dass hiermit die durch das Urheberrecht herzustellende Balance zwischen Individual- und allgemeinen Interessen nahezu uneingeschränkt in die Hände der Rechtsinhaber gelegt wurde (sie können entscheiden, ob sie die durch Schrankenbestimmungen eröffneten Nutzungsmöglichkeiten durch Einsatz technischer Schutzmaßnahmen unterbinden wollen oder nicht). Der Schutz technischer Maßnahme entfaltet zudem eine Vielzahl „Kollateralschäden“, indem er die Grenzen des Urheberrechtsschutzes, wie etwa die Schutzdauerbeschränkung oder die freie Benutzung, aushebelt.

Durch diese Entwicklung werden Freiräume, wird die „*public domain*“ zunehmend beschnitten. Während der Individualrechtsschutz zu verstärkter Monopolisierung von Inhalten und Wissen führt, werden dem entgegenstehende Interessen zunehmend vernachlässigt. Diese Entwicklung lässt erhebliche Zweifel an der Ausgewogenheit des durch das geltende Urheberrecht zu regelnden Interessensausgleichs zwischen Freihalte- und Schutzbedürfnis aufkommen. Schon die Tendenz, dem Individualrechtsschutz gegenüber dem kollektiven Interesse in immer weiter gehendem Umfang den alleinigen Vorzug zu gewähren, scheint vor dem Hintergrund, dass das Urheberrecht eine erhebliche Sozialbindung aufweist, fragwürdig. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund der Bedeutung (und des Bedeutungszuwachses) des Urheberrechts für die Informationsgesellschaft, denn ein Gros der Inhalte – deren Nutzung eine „Informationsgesellschaft“ ausmacht – ist urheberrechtlich geschützt.

Weitere Zweifel bestehen schließlich daran, ob eine derartige Ausweitung des Rechts den Interessen der Urheber, als dem eigentlichen Schutzsubjekt, überhaupt gerecht wird bzw. mit diesen in Einklang steht. Denn Urheber sind stets auch Nutzer, die ein Interesse an Zugang zu, Verwendung von und Anlehnung an fremdes Werkschaffen haben. Erkennt man dies nicht und trägt dem keine Rechnung, kann dies zu einer Beeinträchtigung des kreativen Schaffens führen. Dies wiederum würde der „offiziellen“ Intention des Urheberrechtsgesetzes, den Urheber schützen zu wollen, vollständig zuwiderlaufen. Der Umstand, dass die vorstehend beschriebene Entwicklung ohne Rücksicht auf derartige Umstände fortgeführt wird, zeugt von der Tatsache, dass die Belange der Urheber in erster Linie vorgeschoben werden, um eine Rechtsentwicklung zu rechtfertigen, die vorrangig der Verwertungsindustrie dienen soll.

*Zu Teil 3: Auswirkung der tatsächlichen und rechtlichen Entwicklung auf die „neuralgischen“ Punkte des Urheberrechtsschutzes*

Mit der Ausweitung und Ausdifferenzierung des Schutzbereichs ist keine entsprechende rechtphilosophische, konzeptionelle oder inhaltliche Weiterentwicklung des geschriebenen Urheberrechts einhergegangen. Weder die Grundlagen und die Funktionsdefinition des Rechts noch die wesentlichen Regelungsaspekte wie Werkbegriff, Zuordnungsmaxime, Struktur von Verwertungsrechten und Schranken oder die Schutzdauer haben seit der großen Reform im Jahre 1965 konzeptionelle oder wesentliche inhaltliche Anpassungen erfahren. Die durch Expansion des Schutzrechts bei gleichzeitiger Zurückdrängung der Schranken erreichte Bedeutungsverschiebung des Urheberrechts gibt – neben anderen Veränderungen etwa im rechtstatsächlichen Bereich – Anlass, die im heutigen Urheberrecht getroffenen Wertungen und konzeptionellen Lösungen mit Blick auf die betroffenen Interessen kritisch zu hinterfragen. Hierbei zeigen sich in Bezug auf die neuralgischen Regelungsaspekte Werkbegriff, Zuordnung, Schutzzumfang und Schutzdauer Defizite des geltenden Rechts.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Anforderungen an einen effektiven Urheberrechtsschutz komplexer geworden sind. Die Ausdehnung des Schutzbereichs auf technisch-funktionale Werkformen, die einen großen Prozentsatz der gesamten, dem Urheberrecht zugänglichen, Geisteserzeugnisse ausmachen, kann mit einem ausschließlich individualrechtlichen, auf die Person des Urhebers ausgerichteten Begründungsansatz nicht mehr gerechtfertigt werden. Diese einseitige Ausrichtung des für die Informationsgesellschaft so wichtigen Schutzrechts berücksichtigt in vielen Fällen nicht alle bei der Erzeugung eines Werkes erbrachten und schutzwürdigen Leistungen gleichermaßen angemessen.

Neben den rechtstheoretischen Ansätzen bedarf auch die Ausgestaltung des Urheberrechtsschutzes durch das Urheberrechtsgesetz angesichts der aufgetretenen Defizite einer konzeptionellen Neuorientierung. Neben der einseitigen Ausrichtung des Gesetzes auf die Person des Urhebers ist auch dessen Konzept, das eine differenzierte Handhabung der einzelnen Schutzgegenstände nicht erlaubt, zu überdenken. Ge-  
498

genüber einer rein urheberbezogenen Ausrichtung des Schutzrechtes scheint angesichts der divergierenden Anforderungen der unterschiedlichen Schutzgegenstände an einen effektiven Rechtsschutz eine werkbezogene Ausgestaltung der wichtigsten Regelungsaspekte des Urheberrechtsschutzes von Vorteil.

Da das geltende Schutzkonzept derartige Differenzierungsmöglichkeiten nicht eröffnet, stellt sich die Frage nach einem alternativen Modell. Dieses sollte – neben der Berücksichtigung der verschiedenen Beteiligungen an einer Werkschöpfung – gewährleisten, dass schutzwürdige, dem Urheberrecht entgegenstehende Interessen stärker in die Zielbestimmung des Schutzrechtes einbezogen werden. Einer zunehmend unangemessenen Beschneidung der für eine „Informations- oder Wissensgesellschaft“ wichtigen Freiräume scheint nur durch eine Stärkung der „Ausgleichsfunktion“ des Urheberrechts begegnet werden zu können.

**Urheberrechtlicher Begründungsansatz:** Der Entwicklungsprozess hat dazu geführt, dass die traditionelle Begründung des Urheberrechts längst nicht mehr allen Schutzgegenständen eine Rechtfertigung für umfassenden Monopolschutz vermittelt. Besonders die technisch-funktionalen, Schöpfungen (wie Computerprogramme) stehen mit der Werkdefinition als einem persönlichen Gut des Urhebers, zu dem dieser eine aus persönlichkeitsrechtlichen Aspekten zu schützende Beziehung hegt, nicht mehr in Einklang. Der hierhinter stehende naturrechtliche Begründungsansatz vom „persönlichen geistigen Eigentum“ erfasst „unpersönliche“, rein technisch-funktionale Werke nicht. Da derartige Schutzgüter heute zahlenmäßig und wirtschaftlich einen wesentlichen Anwendungsbereich des Urheberrechts ausmachen, trägt die Naturrechtslehre als alleiniger Begründungsansatz nicht mehr.

Dennoch empfiehlt sich, angesichts der Tatsache, dass nach wie vor persönliche Werke erschaffen werden, für die das geltende individualrechtliche Schutzkonzept noch immer angemessene Lösungen vermittelt, keine radikale Abkehr von den überkommenen Begründungsansätzen und dem Regelungsmodell. Statt eine Neuorientierung im Urheberrecht durch Adaption des Copyrights zu vollziehen, liegt die Einführung eines Schutzmodells näher, in dem die unterschiedlichen Anforderungen an einen effektiven und interessengerechten Schutz geistiger Schöpfungen berücksichtigt werden können. Ein verheißungsvoller Ansatz liegt darin, von dem „überrechtlichen“, kaum definier- oder handhabbaren Naturrecht als gesetzlichem Leitbild zumindest in Bezug auf technisch-funktionale („unpersönliche“) Werke auf ein Leistungsprinzip überzugehen, das mit der grundgesetzlichen Eigentumsordnung in Einklang steht. Dies hätte – mit anderen Worten – eine Pluralisierung der urheberrechtlichen Begründungsansätze zur Folge, da hierdurch von der rein individualrechtlichen Fokussierung auf den Urheber abgewichen würde.

**Zuordnung des Urheberrechts:** Differenziertere Wertungen scheinen auch im Rahmen der eng mit der rechtsphilosophischen Begründung zusammenhängenden, urheberrechtlichen Zuordnungsmaxime geboten. Das noch immer geltende gesetzliche Leitbild von einem freischaffenden Künstler ist den Rechtstatsachen im Schaffungsbereich häufig fern. Technisch-funktionale Güter werden zumeist in arbeitsteiliger, industrieähnlicher Produktion als Massenware erzeugt und unterliegen oft rigiden Vorgaben, die wiederum die kreative Gestaltungsfreiheit stark einengen. An

solchen Schutzgegenständen, die nach dem existierenden Regelungskonzept dem „klassischen Werk“ gleichgestellt werden, bestehen zum Teil andere, zum Teil anders zu gewichtende Interessen der am Schaffensprozess Beteiligten. Dies sollte bereits im Rahmen der Zuordnung des Rechts berücksichtigt werden können. So erscheint es angemessen, bei einem Bedeutungsschwund der kreativen gegenüber etwa der Organisations- oder Investitionsleistung dem Erbringer der letztgenannten Beiträge ein starkes schutzwürdiges Interesse am Werk zuzusprechen und dies durch eine originäre „Urheberrechts“-Zuordnung zu realisieren. Dies Ergebnis erscheint vor allem dann wertungsgerecht, wenn das Alimentsinteresse des Urhebers schon durch ein Arbeits- oder sonstiges Entgelt gesichert ist und damit nicht zwingend durch die Rechtszuordnung gesichert werden muss.

Eine auf derartigen Überlegungen basierende, die Interessenlage unterschiedlicher Konstellationen berücksichtigende, Zuordnungslösung hat v. a. vor dem Hintergrund immer aufwendiger werdender Produktionsvorgänge (z. B. bei komplexen Multimedia- oder Filmwerken) erhebliche praktische Relevanz. So führt bei Großproduktionen die Zuordnung des Urheberrechts nach dem Schöpferprinzip zu einer starken Zersplitterung der Befugnisse und damit einer Verkomplizierung des inner- und außerbetrieblichen Lizenzmanagements, einhergehend mit einer nicht unerheblichen Rechtsunsicherheit. Dies wiederum kann sich nachteilig auf das Innovations- und Investitionsklima auswirken, da die durch Investitionen maßgeblich an der Erzeugung solcher Güter Beteiligten mit ihren Interessen auf der Zuordnungsebene nicht berücksichtigt werden. Es stellt sich daher die Frage, ob eine Bündelung der Rechte beim Produzenten erreicht werden kann, ohne hierbei die Schöpferinteressen unangemessen zu benachteiligen. Zur Realisierung eines solchen Konzepts wäre die Zugrundelegung eines „Leistungsprinzips“ als Zuordnungsmaxime nicht nur hilfreich, sondern notwendige Grundlage.

Eine differenzierende Zuordnungsregel scheint am ehesten geeignet, die Zuordnungsfrage sinn- und einzelfallgerecht zu beantworten. Es gilt, den Wertungswiderspruch zwischen Arbeitsrecht (nach dem die Rechte am Arbeitsergebnis im Zweifel dem Arbeitgeber zustehen) und dem Urheberrecht (wo uneingeschränkt das Schöpferprinzip gilt) interessengerecht aufzulösen. Bestrebungen in diese Richtung hat es im Rechtskreis der *Droit-D'Auteur*-Staaten in der Vergangenheit v. a. in der Schweiz gegeben. Ohne grundlegende Reformen, etwa bezüglich des monistischen Prinzips, ist eine solche Lösung indes nach deutschem Recht nicht vollständig realisierbar.

Lösungen, die nur eine Relativierung des Schöpferprinzips bedeuten, wie etwa die *cessio legis* in § 69b UrhG, sind dagegen weniger geeignet, die Interessenkollisionen zwischen Urheber- und Arbeitgeber/Investor aufzulösen. Diese können die enge Bindung des Urhebers zu seinem Werk – nicht zuletzt wegen des monistischen Prinzips – nicht vollständig auflösen und führen damit weder zu entsprechender Rechtssicherheit noch zur – u. U. aus Sicht der Verkehrsfähigkeit wünschenswerten – vollständigen Bündelung aller Befugnisse an einem Schutzgegenstand. Eine derartige Folge wäre auch mit den geltenden urheberrechtlichen Grundprinzipien (etwa der naturrechtlichen Zuordnungsmaxime) nicht vereinbar.

Die Überlegungen zeigen damit ein grundsätzliches Dilemma bei der Zuordnungsfrage. Die vom geltenden Urheberrecht gewählte Lösung, einer Partei (dem Urheber) allein sämtliche Rechtspositionen zuzuweisen und andere Beteiligte zur Verschaffung ihrer Rechte auf den Vertragsweg zu verweisen, ist kein Äquivalent zu einer originären Zuordnung *ipso iure*. Diese in bestimmten Fällen einzig angemessene Lösung ist jedoch vor dem Hintergrund der überkommenden urheberrechtlichen Rechtsphilosophie kein gangbarer Weg. Will man einen funktionsorientierten Urheberrechtsschutz schaffen, der nicht allein an der Urheberleistung anknüpft, sondern auch einen nach dem Leistungsprinzip angemessenen, gesetzlichen Interessenausgleich ermöglicht, ist ein grundsätzliches Umdenken in Bezug auf die rechtstheoretischen Grundlagen und die Schutzkonzeption unumgänglich.

**Umfang der Verwertungsbefugnis:** Das geltende Konzept der Schutzzumfangsbemessung sieht vor, dass die Verwertungsbefugnis – und damit alle am Werk bestehenden Verwertungsrechte – dem Rechtsinhaber stets ausschließliche Rechte, eine umfassende Verwertungsbefugnis, vermittelt. Vor allem die ausnahmslose (von den in einzelnen Sonderfällen vorgesehenen Beschränkungen durch Schranken abgesehen) Gewähr des ausschließlichen Verfügungsrechts kann, zumal angesichts der Expansion des Schutzbereichs und – hiermit zusammenhängend – der wachsenden Vielfalt denkbarer Interessenkollisionen, zu unangemessenen Ergebnissen führen. So können v. a. die Verbotsrechte als Marktsteuerungsmechanismus oder als Kontrollinstrument über den Zugang zur Information – insbesondere durch den Urheberrechtsschutz von Datenbanken (s. o.) – missbraucht werden und damit fortschritts- und innovationshemmende Wirkung entfalten. Der Einfluss der Verbotsrechte auf die urheberrechtlich zu regelnde Interessenkollision ist dabei wesentlich größer als der von bloßen wirtschaftlichen Beteiligungs- bzw. Vergütungsansprüchen.

Die Bedeutung von Zugang und Nutzbarkeit von Werken und Informationen für eine Wissensgesellschaft gibt Anlass zur Überprüfung des Regel-Ausnahme-Modells im Urheberrechtsgesetz. Die Konzeption umfassender Ausschließlichkeitsrechte, die nur in Ausnahmefällen beschränkt werden, hat letztlich zu der Rechtspraxis geführt, die Schranken restriktiv auszulegen und der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung weit gehend zu entziehen. Damit ist die kritikwürdige fortschreitende Interessenverschiebung schon durch die Konzeption angelegt.

**Schutzdauer:** Auch die einheitliche Bemessung der Schutzdauer auf 70 Jahre p. m. a. bietet angesichts des urheberrechtlichen Funktionswandels des Urheberrechts – jedenfalls bezogen auf unpersönliche, technisch-funktionale Güter – Anlass zur Überprüfung. Selbst in der ansonsten häufig sehr kontroversen Urheberrechtswissenschaft herrscht weit gehend Einigkeit darüber, dass die Schutzdauer für die meisten, häufig kurzlebigen kommerziellen „Alltagsschutzgüter“ zu lang bemessen ist. Nach der wohl h. M. soll diese Tatsache allerdings nicht von praktischer Bedeutung sein, da zu lange Schutzfristen von den Rechtsinhabern nicht ausgenutzt würden. Somit entstehe in vielen Fällen vor Ablauf des Schutzes eine Art faktische Gemeinfreiheit.

Diese Argumentation wirft nicht nur aus dogmatischer Sicht Bedenken auf. Sie erkennt schon, dass die Schutzdauer die wichtigste Schranke des Urheberrechts darstellt (oder darstellen sollte) und dass dieser eine elementare Ausgleichsfunktion

zwischen Freihaltebedürfnis und Schutzinteresse zukommt. Diese – im Rahmen der urheberrechtlichen Interessenabwägung zu berücksichtigende – Ausgleichsfunktion wird durch zu lange Schutzfristen maßgeblich zu Lasten der kollektiven und individuellen Dritttinteressen beeinflusst. Unter der nahe liegenden Annahme, dass die Urheberrechte im Zweifel jedenfalls so lange ausgeübt werden, bis jeglicher Nutz- und damit Vermögenswert des Werkes erloschen ist, können sich überlange Schutzfristen in Richtung eines quasi ewigen Urheberrechts auswirken. Auch die nachweisliche Unmöglichkeit, sog. „verwaiste Werke“ zu nutzen, die zwar noch geschützt sind, die aber nicht mehr ausgewertet werden und deren Urheber bzw. Rechtsinhaber nicht mehr auffindbar sind, widerlegt die Auffassung, eine zu lang bemessene Schutzdauer sei praktisch irrelevant. Ein kursorischer Blick auf die Wettbewerbstheorien zeigt zudem, dass zwischen Urheberrecht und der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs Zusammenhänge bestehen. Durch die überlange Bemessung der Schutzfristen kann hiernach auch die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beeinträchtigt werden.

Zusammenfassend beurteilt zeigt sich, dass sich im Urheberrecht ein „heterogener“ Funktionswandel vollzogen hat. Während einerseits an tradierten Grundüberzeugungen strikt festgehalten wird, wird andererseits versucht, das Urheberrecht als „Universalschutzrecht“ für viele unvergleichbare Arten geistiger Leistungen fruchtbar zu machen. Dies hat zu systematischen Brüchen, zu Interessenungleichgewichten und Dysfunktionalitäten geführt. Soll das Urheberrecht zukünftig tatsächlich als „Magna Charta der Informationsgesellschaft“<sup>1955</sup> fungieren, sollten Überlegungen zu – auch elementaren – Veränderungen angestellt werden.

*Zu Teil 4: Regelungsalternativen zum geltenden Modell des deutschen Urheberrechts: Konturen eines „funktionsorientierten Dualismus“ basierend auf der Zweiteilung von funktionalem Werkschutz und persönlichkeitsbezogenem Urheberschutz*

In Teil 4 wurden Überlegungen angestellt, wie man den Defiziten des Urheberrechts durch konzeptionelle Anpassungen begegnen könnte. Hiermit soll der Versuch unternommen werden, einige Aspekte alternativer Schutzmechanismen zu skizzieren. Hieraus mögen sich Denkanstöße für weitere Diskussionen ergeben.

Erklärtes Ziel der hier angedachten alternativen Ansätze ist es, bei der Gewähr des Urheberrechts mehr auf die Umstände, v. a. die Interessenlage, des Einzelfalls eingehen zu können. Um sich einem in diese Richtung differenzierenden Rechtsschutz nähern zu können, wäre es nach der hier vertretenen Ansicht erforderlich, von

1955 So *Wandtke*, GRUR 2002, S. 1 (2) und *Hoeren*, MMR 2000, S. 3 (3).

dem pauschalierenden Regelungskonzept des geltenden Urheberrechtsgesetzes abzuweichen. Wie ein differenzierendes Schutzrecht ausgestaltet werden kann, ist stets im Lichte zweier wichtiger Regelungsinteressen zu beleuchten. Auf der einen Seite besteht ein Bedürfnis, die Besonderheiten des jeweiligen Falles möglichst eingehend berücksichtigen zu können. Einem aus dieser Sicht vorzugswürdigen, individualisierten Rechtsschutz steht jedoch das nicht minder bedeutsame Interesse an Rechtssicherheit entgegen. Denn jedes Mittel, mit dem ein höheres Maß an Differenzierung bei der Rechtsgewähr erreicht wird, geht zu Lasten der Transparenz des Rechts und beeinträchtigt damit wiederum sowohl individuelle als auch allgemeine Interessen, etwa an der Verkehrssicherheit bei der Nutzung von Werken. Dieses Spannungsfeld gilt es möglichst optimal aufzulösen, was eine äußerst schwierige Gratwanderung bedeutet. Der hier skizzierte Ansatz soll dem Rechnung tragen, ohne dabei ein abschließend durchstrukturiertes und im Detail ausgearbeitetes Regelungskonzept darstellen zu können.

Auf rechtstheoretischer Ebene basiert der Ansatz zunächst auf einer Abkehr von der rein individualrechtlich angelegten Begründung des geltenden Urheberrechts. Eine denkbare Möglichkeit, die Schutzrichtung und -rechtfertigung des Urheberrechts zu pluralisieren, läge darin, den Schutzzweck des Urheberrechts zu erweitern. Um gezielt Anreize für die Erbringung von geistigen Leistungen zu schaffen, läge zunächst nahe, sich bei der Gewähr des Urheberrechts an einem Leistungsprinzip zu orientieren. Auf diesem Weg würde anerkannt, dass das moderne Werkschaffen nicht allein von kreativen (schöpferischen) Leistungen abhängt, sondern zudem einer Reihe anderer Beiträge. Dies würde ermöglichen, auch „nichtkreative“, dennoch für die Werkschöpfung wesentliche Leistungen bei der Ausgestaltung und Zuordnung des Schutzrechtes zu berücksichtigen und so die durch das Recht geschaffenen Anreize gezielt zu vermitteln.

Ein weiterer wesentlicher Aspekt einer geänderten Urheberrechtsphilosophie läge darin, auch die Sicherung von Nutzungsinteressen in den Schutzauftrag des Urheberrechts zu integrieren. Eine Abkehr von der rein individualrechtlichen Schutzausrichtung würde etwa ermöglichen, ohne dogmatische Brüche eine grundsätzliche Gleichstellung von Rechtsinhaber- und Nutzerinteressen (etwa das Freihaltebedürfnis und die Informationszugangsfreiheit) herbeizuführen. Nur ein Umdenken in diese Richtung würde nach der hier vertretenen Ansicht gewährleisten, dass der Trend zu einer Verschiebung der urheberrechtlichen Balance aufgehalten werden könnte. Denn solange der Schutz des Rechtsinhabers mehr oder weniger ausschließlich auf die Partikularinteressen v. a. der Verwertungsindustrie ausgerichtet ist, können entgegenstehende Interessen naturgemäß weder gleichberechtigt noch angemessen berücksichtigt werden. Der Umstand, dass das Gesetz – entgegen dieser Tatsache – „offiziell“ ganz wesentlich auf den Schutz des Urhebers ausgerichtet ist, verstellt dabei gezielt den Blick auf die eigentlichen Intentionen und führt zu mangelnder „Systeme Ehrlichkeit“.

Die Idee für ein auf diesen Gedanken basierendes Urheberrechtskonzept setzt bei einer systematischen Unterscheidung zwischen „Werkschutz“ und „Urheberschutz“ an. Während der Werkschutz – wie die Bezeichnung verrät – ein funktionsorientier-

tes Sonderrecht verkörpert, das nicht in erster Linie auf die Interessen dessen Inhabers, sondern mehr auf das Produkt und dessen Schutzanforderungen fokussiert, stellt das Urheberschutzrecht ein dem Urheberpersönlichkeitsrecht ähnliches Persönlichkeitsrecht dar. Durch diese Unterscheidung käme es zu einer Trennung von wirtschaftlichen und ideellen Schutzpositionen am Werk, man könnte von einem „funktionsorientierten Dualismus“ sprechen. Die enge Verbundenheit der Elemente und die gesetzliche Vorgabe, dass ideelle Belange generell geschützt werden, würden so aufgehoben.

Ziel eines solchen Konzeptes ist es, Friktionen zwischen Verwertungs- und Persönlichkeitsrechten möglichst zu vermeiden, indem Letztere nur solchen Werken zugute kommen, an denen faktisch auch schützenswerte Belange des Urhebers bestehen. Auf diese Weise kann einerseits verhindert werden, dass die fortschreitende Marginalisierung der Urheberpersönlichkeitsrechte auch den Schutz persönlicher Werke erfasst, und andererseits, dass unpersönliche, technisch-funktionale Werke in ihrer Verkehrsfähigkeit und Wertschöpfung durch persönlichkeitsrechtliche Restriktionen belastet werden. In Bezug auf das Verhältnis beider Schutzrechte zueinander sprechen gute Gründe dafür – anders als nach dem strengen monistischen Prinzip –, von deren weitgehender Eigenständigkeit auszugehen.

Der durch die systematische Trennung zum einen entstehende eigenständige „Urheberschutz“ stellt wie das geltende Recht allein auf den Schutz des Urhebers ab. Dieses Recht wäre aufgrund seines eigenständigen Schutzzwecks ausschließlich auf den Schutz der persönlichen Beziehungen des Urhebers zum Werk zu begrenzen. Aufgrund der Ähnlichkeit zum geltenden Urheberrecht ist denkbar, das Urheberschutzrecht – abgesehen von der Extraktion der Verwertungsrechte – eng an die bisherige Konzeption des Urheberrechtsgesetzes anzulehnen. Wesentliche Elemente, wie etwa der auf personenbezogenen Aspekten basierende Werkbegriff, können so beibehalten werden.

Dem – im vorliegenden Zusammenhang wesentlich bedeutsameren – Werkschutzaspekt sollte dagegen ein gegenüber der Rechtslage *de lege lata* modifizierter Grundansatz zugrunde gelegt werden. Das Recht zielt nicht in erster Linie auf einen möglichst umfassenden Schutz des Urhebers, sondern auf einen möglichst effektiven Schutz des Erzeugnisses ab. Hierdurch wird die Anpassungsfähigkeit des Schutzrechts an die individuellen Bedürfnisse gefördert. Im Vordergrund steht dabei neben einer funktionsorientierten Definition des Werkbegriffes und einer interessengerechten Zuordnung des Rechts zu den Erbringern der maßgeblichen Leistungen, das Ziel, den Schutzzumfang (also die Verwertungsbefugnisse relativiert durch inhaltliche und zeitliche Beschränkungen) durch eine Abwägung von Schutz- und Freihaltebedürfnis möglichst so differenziert bemessen zu können, dass die durch die Normen vermittelte Einzelfallgerechtigkeit einerseits und die Rechtssicherheit andererseits in einem optimalen Verhältnis zueinander stehen.

Skizziert wird hier ein Ansatz, der die Anforderungen an die Schutzfähigkeit nach dem Werkschutzkonzept gering hält, um pauschale, in einer relativen Vielzahl von Fällen ungerechtfertigte Ausgrenzungen von Erzeugnissen zu vermeiden. Dies könnte durch einen mehr oder weniger offenen Werkbegriff realisiert werden. Die

hiermit zunächst herbeigeführte Ausweitung des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes wird sodann durch eine differenzierte Bestimmung des Schutzzumfangs relativiert. Erreicht werden soll, dass zwar eine Vielzahl von Erzeugnissen dem Schutz zugänglich sind, dieser jedoch nur so weit geht, wie es die hieran bestehenden, schutzwürdigen Interessen erlauben.

Ein Modell für eine derart veränderte Schutzzumfangsbestimmung könnte darin liegen, aus verschiedener Sicht vergleichbare Konstellationen und/oder Erzeugnisse Fallgruppen zuzuordnen, in denen ein einheitlicher Schutzzumfang gewährt wird. Die Fallgruppen unterscheiden sich hinsichtlich des Schutzzumfangs, sodass ein möglichst individuell angepasster Werkschutz gewährt wird. Welche Fälle einer Gruppe zugeordnet werden, könnte sich wiederum an Indizien orientieren, die eine antizipierte Wertung über den jeweils zu gewährenden Schutzzumfang rechtfertigen. Um ungerechtfertigte Ergebnissen in solchen Fällen zu vermeiden, in denen die für den Regelfall definierte Wertung nicht zutrifft, wäre denkbar, die Zuordnung zu einer Fallgruppe nur widerlegbar zu vermuten. Im gleichen Zuge würde durch die mit einer Regelvermutung einhergehende Beweislastverteilung gewährleisten, dass der Sonderfall nicht zur Regel wird. Denn auf ein generell nicht gegebenes Recht könnte sich nur berufen, wer sich gegen hierunter fallende Nutzungshandlungen gerichtlich wehrt und beweist, dass eine Abkehr von der Regel ausnahmsweise geboten ist.

Alternativ könnte man über eine offene Schutzzumfangsregelung, realisiert etwa durch eine Generalklausel, nachdenken. Allerdings wäre eine solche angesichts der hiermit einhergehenden Rechtsunsicherheit im Zweifel nicht praktikabel.

Auf ähnlichen Regelungstechniken könnten auch alternative Ansätze für Zuordnungs- und Schutzdauervorschriften basieren. Im Zusammenwirken aller wesentlichen Rechtsfragen sollte schließlich erreicht werden können, dass Urheberrechte bedarfs- und interessengerechter gewährt werden, als es das geltende Recht ermöglicht. Hierin läge ein wesentlicher Schritt auf dem Weg zu einem gerechten und effektiven Urheberrecht.



## Literaturverzeichnis

- Adloff, Thomas, Rechtsschutz der Computersoftware - Grundfragen der gesellschaftlichen Auseinandersetzung, Dissertation Gießen 1989, zit.: Adloff.
- Ahn, Hyo-Jil, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Korea, Dissertation Baden-Baden 1999, zit.: Ahn.
- Ahrends, Hans-Jürgen/Bornkamm, Joachim/ Gloy, Wolfgang/Starck, Joachim/v. Ungern-Sternberg, Joachim, Festschrift für Willi Erdmann, Köln 2003, zit.: Bearbeiter in FS Erdmann.
- Arnold, Claudius, Amtliche Werke im Urheberrecht, Dissertation Baden-Baden 1994, zit.: Arnold.
- Auf der Maur, Rolf, Das Urheberrecht des Produzenten, Basel, Frankfurt a. M. 1991, zit.: Auf der Maur.
- Axster, Herbert/Axster, Oliver, Die Urheberrechtsschutzfähigkeit von Rechenprogrammen, BB 1967, 606 ff.
- Balzert, Helmut, Lehrbuch der Software Technik -Software-Entwicklung, Heidelberg 1998, zit.: Balzert, Lehrbuch der Software Technik.
- Banse, Gerhard/Langenbach, Christian (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Copyright im multimedialen Zeitalter. Positionen, Probleme, Perspektiven, 2. Auflage Mai 1999.
- Bappert, Walter, Wege zum Urheberrecht, Frankfurt am Main 1962.
- Bardehle, Heinz, Die praktische Bedeutung der Patentfähigkeit von Rechnerprogrammen, Mitteilungen 1973, 141 ff.
- Barfuß, Walter/Torggler, Hellwig/Hauer, Christian/Wiltschek, Lothar/Kucsko, Guido (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Gedenkschrift für Fritz Schönherr, Wien 1986, zit.: GS Schönherr.
- Baudenbacher, Carl, Machtbedingte Wettbewerbsstörungen als Unlauterkeitstatbestände, GRUR 1981, 19 ff.
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, München 2001, zit.: Baumbach/Hefermehl, 22. Auflage.
- Baumgarten, Jon A./Meyer, Christopher A., Die Bedeutung des Beitritts der USA zur Berner Übereinkunft, GRUR Int. 1989, 620 ff.
- Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, K. Peter, Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin, New York, 1990, zit.: FS Steindorff.
- Bayreuther, Frank, Zum Verhältnis zwischen Arbeits-, Urheber- und Arbeitnehmererfindungsrecht, GRUR 2003, 570 ff.
- Bechtold, Stefan, Der Schutz des Anbieters von Information - Urheberrecht und gewerblicher Rechtsschutz im Internet, ZUM 1997, 427 ff.
- Bechtold, Stefan, Vom Urheberrecht zum Informationsrecht, Dissertation München 2002, zit.: Bechtold.
- von Becker, Bernhard, Parodiefreiheit und Güterabwägung - Das „Gies-Adler“-Urteil des BGH, GRUR 2004, 104 ff.
- Becker, Jürgen/Lerche, Peter/Mestmaecker, Hans-Joachim (Hrsg.), Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht, Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag, Baden-Baden 1994, zit.: FS Kreile.

- Becker, Jürgen/Dreier Thomas, Urheberrecht und digitale Technologie - Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 22. April 1994, Baden-Baden 1994, zit.: Becker/Dreier.
- Becker, Jürgen, Neue Übertragungstechniken und Urheberrechtsschutz, ZUM 1995, 231 ff.
- Becker, Jürgen, Die digitale Verwertung von Musikwerken aus der Sicht der Musikurheber, Becker/Dreier (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie, 45 ff.
- Beier, Friedrich-Karl/Kraft, Alfons/Schricker, Gerhard/Wadle, Elmar, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland - Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift in 2 Bänden, Weinheim 1991, zit.: FS GRUR.
- Beier, Friedrich-Karl /Götting, Horst-Peter/Lehmann, Michael/Moufang, Rainer, Urhebervertragsrecht - Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, zit.: FG Schricker.
- Beier, Nils, Die urheberrechtliche Schutzfrist, Dissertation München 2001, zit.: Beier.
- Beldiman, Dana, The Role of Copyright Limiting Doctrines in the Digital Age – Can their Vigor be Restored?, in Hilty/Peukert (Hrsg.), 187 ff.
- Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Auflage Berlin, New York 1995, zit.: Benda/Maihofer/Vogel-Bearbeiter.
- Benkard, Georg, Kommentar zum Patent- und Gebrauchsmustergesetz, 10. Auflage, München 2006, zit.: Benkard/Bearbeiter.
- Berger, Christian, Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11.3.1996, GRUR 1997, 169 ff.
- Berger, Christian, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198 ff.
- Betten, Jürgen, Zum Rechtsschutz von Computerprogrammen, Mitteilungen 1983, 62 ff.
- Betten, Jürgen, Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen?, Mitteilungen 1984, 201 ff.
- Betten, Jürgen, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Power Point“, GRUR 1998, 157 f.
- Betten, Jürgen, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Logikverifikation“, GRUR 2000, 501 f.
- Böckli, Peter/Eichenberger, Kurt/Hinderling, Hans/Tschudi, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer, Zürich 1983, zit.: FS Vischer.
- Bornkamm, Joachim, Ungeschriebene Schranken des Urheberrechts?, Erdmann/Gloy/Herber (Hrsg.), Festschrift für Henning Piper, 641 ff.
- Bornkamm, Joachim, Erwartungen von Urhebern und Nutzern an den zweiten Korb, ZUM 2003, 1010 ff.
- Bormmüller, Gerd, Rechtsschutz für DV-Programme, Dissertation Göttingen 1985, zit.: Bormmüller.
- Böttner, Friedrich, Kunst- und Werkbegriff unter besonderer Berücksichtigung der angewandten Kunst - Urheber- und öffentlichrechtliche Untersuchung im kulturhistorischen Kontext, Dissertation Hamburg 1997, zit.: Böttner.
- Boytha, György, Fragen der Unveräußerlichkeit des Urheberrechts, Becker/Lerche/Mestmaecker (Hrsg.), Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht, Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag, 109 ff.
- Brandi-Dohrn, Matthias, Der Rechtsschutz von Computersoftware in Rechtsprechung und Praxis, GRUR 1987, 1 ff.
- Braun, Thorsten, „Filesharing“-Netze und deutsches Urheberrecht - Zugleich eine Entgegnung auf Kreuzer, GRUR 2001, 193 ff. und 307 ff.; GRUR 2001, 1106 ff.
- Braveman, Peter E., Revolutionärer Kompromiss: Urheberrechtinhaber und Übertragung des Urheberrechts im Urheberrechtsgesetz der Vereinigten Staaten, UFITA Bd. 82 (1978), 77 ff.

- Broeckmann, Andreas/Jaschko, Susanne (Hrsg.), *Art and Digital Media: Software - Participation - Distribution*, Berlin 2001, zit.: Broeckmann/Jaschko (Hrsg.), *Art and Digital Media*.
- Buchner, Herbert, *Der Schutz von Computerprogrammen und Know-how im Arbeitsverhältnis*, Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz von Computerprogrammen*, 2. Auflage, 421 ff.
- Büchner, Wolfgang/Dreier, Thomas (Hrsg.), *Von der Lockkarte zum globalen Netzwerk - 30 Jahre DGRI*, Köln 2007, zit.: Büchner/Dreier (Hrsg.).
- v. Büren, Roland, *Neuerungen im klassischen Urheberrecht*, UFITA Bd. 124 (1994), 69 ff.
- Bullinger, Winfried, *Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht*, Berlin 1997, zit.: Bullinger, *Kunstwerkfälschung*.
- Busse, Rudolf, *Patentgesetz-Kommentar*, 6. Auflage, Berlin, New York 2003, zit.: Busse.
- Chakraborty, Martin, *Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht*, Dissertation Baden-Baden 1997, zit.: Chakraborty.
- Cohen Jehoram, Herman, *The relationship between copyright and neighboring rights*, INTERGU (Hrsg.): *Author's right without author?*, 33 ff.
- Cohen Jehoram, Herman, *Hybriden auf dem Grenzgebiet zwischen Urheberrecht und gewerblichem Rechtsschutz*, GRUR Int. 1991, 687 ff.
- Cohen Jehoram, Herman, *Urheberrecht und Freiheit der Meinungsäußerung, Rechtsmissbrauch und Standardschikane*, GRUR Int. 2004, 96 ff.
- Coing, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5. Auflage, Berlin, New York 1993, zit.: Coing.
- Cornish, William, *Der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts nach dem neuen britischen Urheberrechtsgesetz von 1988*, GRUR Int. 1990, 500 ff.
- Cornish, William, *The Expansion of Intellectual Property Rights*, Schrickler/Dreier/Kur (Hrsg.), *Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation*, Baden-Baden 2001, 9 ff.
- Cornish, William/Llewelyn, David, *Intellectual Property*, 6. Auflage London 2007, zit.: Cornish.
- Czychowski, Christian/Bröcker, Klaus Tim, *ASP - Ein Auslaufmodell für das Urheberrecht?*, MMR 2002, 81 ff.
- Davis, Gervaise, *Pixel Piracy, Digital Sampling & Moral Rights*, GRUR Int. 1996, 888 ff.
- Deike, Thies, *Open Source Software: IPR-Fragen und Einordnung ins deutsche Rechtssystem*, CR 2003, 9 ff.
- Delp, Ludwig, *Das Recht des geistigen Schaffens*, 1. Auflage, München 1993, zit.: Delp, 1. Auflage.
- Delp, Ludwig, *Das Recht des geistigen Schaffens in der Informationsgesellschaft*, 2. Auflage, München 2003, zit.: Delp, 2. Auflage.
- Delp, Ludwig, *Das gesamte Recht der Publizistik*, 2. Auflage Neuwied 1979, *Loseblattsammlung*, Stand 2006, zit.: Delp, *Publizistik*.
- Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Reihe *Alternativkommentare*, 3. Auflage Neuwied, Krißel 2001, *Loseblattsammlung*, zit.: AK/Bearbeiter.
- v. Diemar, Undine, *Die digitale Kopie zum privaten Gebrauch*, zit.: v. Diemar.
- Dietz, Adolf, *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1978, zit.: Dietz, *Europäische Gemeinschaft*.
- Dietz, Adolf, *Entwickelt sich das Urheberrecht zu einem gewerblichen Schutzrecht*, Barfuß/Torggler (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*, *Gedenkschrift für Fritz Schönherr*, 111 ff.

- Dietz, Adolf, Ist die Einführung eines besonderen Leistungsschutzrechts (eines verwandten Schutzrechts) für Verleger zu empfehlen?, ZUM 1990, 54 ff.
- Dietz, Adolf, Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Beier/Kraft/Schricker/Wadle (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland - Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band II, 1445 ff.
- Dietz, Adolf, Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung, Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.), Urhebervertragsrecht - Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, 1 ff.
- Dietz, Adolf, Brückenschlag zwischen Droit D'Auteur und Copyright in der Informationsgesellschaft, INTERGU (Hrsg.), Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, 83 ff.
- Dietz, Adolf, Entwicklung des Urheberrechts in Deutschland von 1993 bis Mitte 1997, UFITA Bd. 136 (1998), 5 ff.
- Dittrich, Robert (Hrsg.), Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Wien 1991, zit.: Dittrich (Hrsg.), Notwendigkeit.
- Dittrich, Robert (Hrsg.), Beiträge zum Urheberrecht IV, Wien 1996 (zit.: Dittrich (Hrsg.)).
- Dittrich, Robert (Hrsg.), Beiträge zum Urheberrecht V, Wien 1997.
- Dittrich, Robert/Öhlinger, Theo, Verfassungsrechtlicher Schutz von geistigem Eigentum, UFITA Bd. 135 (1997), 5 ff.
- Dolzer, Rudolf/Vogel, Klaus (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, Loseblattsammlung, zit.: BK/Bearbeiter.
- Dreier, Horst (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz in 3 Bänden, Band 1: Art. 1-19 GG, 2. Auflage, Tübingen 2004, zit.: Dreier/Bearbeiter.
- Dreier, Thomas, Das Persönlichkeitsrecht in den USA: Erste gesetzliche Ansätze im Bereich der bildenden Kunst, GRUR Int. 1985, 525 ff.
- Dreier, Thomas, Die Harmonisierung des Rechtsschutzes von Datenbanken in der EG, GRUR Int. 1992, 739 ff.
- Dreier, Thomas, Die internationale Entwicklung des Rechtsschutzes von Computerprogrammen, Lehmann (Hrsg.): Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Auflage, 31 ff.
- Dreier, Thomas, Verletzung urheberrechtlich geschützter Software nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, GRUR 1993, 781 ff.
- Dreier, Thomas, Urheberrecht im Zeitalter digitaler Technologie. Bericht über ein WIPO-Symposium an der Harvard University, GRUR Int. 1993, 742 ff.
- Dreier, Thomas, Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts, Becker/Dreier (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie - Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 22. April 1994, 123 ff.
- Dreier, Thomas, Aufeinander bezogene Urheberrechtsverträge - Zur Weiterentwicklung des Urhebervertragsrechts im Zeitalter elektronischer Wandelungen, Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.), Urhebervertragsrecht - Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, 193 ff.
- Dreier, Thomas, Urheberrecht und digitale Werkverwertung, Gutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn 1997, zit.: Dreier, Gutachten.
- Dreier, Thomas, Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends, CR 2000, 45 ff.
- Dreier, Thomas, Primär- und Folgemärkte, Schricker, Gerhard/Dreier, Thomas/Kur, Annette (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, Baden-Baden 2001, 51 ff.

- Dreier, Thomas, Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002, 28 ff.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2006; zit.: Dreier/Schulze-Bearbeiter.
- Dreier, Thomas/Hugenholtz, Bernt (Hrsg.), Concise European Copyright Law, 1. Auflage, Alphen aan den Rijn 2006, zit.: Dreier/Hugenholtz-Bearbeiter.
- Dreier, Thomas, Beschützen die Novellierungen im Urheberrecht Innovationen?, in Klumpp et al. (Hrsg.), 261 ff.
- Ebel, Hans-Rudolf, Kommentar zum Kartellrecht (GWB und EGV), Loseblattsammlung, zit.: Ebel, Kartellrecht.
- Eisenführ, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Antiblockiersystem“, GRUR 1980, 851 f.
- Ellins, Julia, Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft: von den Anfängen bis ins Informationszeitalter, Schriften zum Europäischen Recht, Bd. 34, Dissertation Berlin 1997, zit.: Ellins.
- Engisch, Irmgard, Zur Relativität des Werkbegriffs, Erdmann/Mees/Piper/Teplitzky/ Hefermehl/Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm, 369 ff.
- Erdmann, Willi, Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Urheberrecht und Geschmacksmusterrecht, Köln 1985, zit.: Erdmann, Urheberrecht und Geschmacksmusterrecht.
- Erdmann, Willi/Mees, Hans-Kurt/Piper, Henning/Teplitzky, Otto/Hefermehl, Wolfgang/Ulmer, Eugen (Hrsg.), Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm, Köln, Berlin, Bonn, München 1990, zit.: FS v. Gamm.
- Erdmann, Willi, Schutz der Kunst im Urheberrecht, Erdmann/Mees/Piper/ Teplitzky/Hefermehl/Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm, 389 ff.
- Erdmann, Willi, Der Schutz des Werbeslogans, GRUR 1996, 550 ff.
- Erdmann, Willi/Gloy, Wolfgang/Herber, Rolf, Festschrift für Henning Piper, München 1996, zit.: FS Piper.
- Ernst, Stefan, Urheberrechtliche Probleme bei der Veranstaltung von On-demand-Diensten, GRUR 1997, 592 ff.
- Ernst, Stefan, Die Verfügbarkeit des Source Codes. Rechtlicher Know-how-Schutz bei Software und Webdesign, MMR 2001, 208 ff.
- Fechner, Frank, Geistiges Eigentum und Verfassung: schöpferische Leistungen unter dem Schutz des Grundgesetzes, Tübingen 1999, zit.: Fechner.
- Fiedler, Herbert (Hrsg.), Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens, Köln 1992.
- Fikentscher, Wolfgang, Urhebervertragsrecht und Kartellrecht, Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.), Urhebervertragsrecht - Festgabe für Gerhard Schrickler zum 60. Geburtstag, 149 f.
- Flechsig, Norbert P., Der rechtliche Rahmen der europäischen Richtlinie zum Schutz von Datenbanken, ZUM 1997, 577 ff.
- Forkel, Hans/Kraft, Alfons, Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1985, zit.: FS Hubmann.
- Foundation for information policy research - fipr (Hrsg.), Implementing the EU-Directive, 2003, zit.: fipr.
- Frey, Markus, Die internationale Vereinheitlichung des Urheberrechts und das Schöpferprinzip, UFITA Bd. 98 (1984), 53 ff.
- Fromm, Friedrich Karl, Der Apparat als geistiger Schöpfer, GRUR 1964, 304 ff.

- Fromm, Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm/Vinck, Kai/Hertin, Paul W., Urheberrecht, 9. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1998, zit. Fromm/Nordemann-Bearbeiter.
- Fuchs, Ulrich, Der Werkbegriff im italienischen und deutschen Urheberrecht, Dissertation München 1996, zit.: Fuchs.
- Freiherr v. Gamm, Otto-Friedrich, Urheberrechtsgesetz-Kommentar, München 1968, zit.: v. Gamm.
- Freiherr v. Gamm, Otto-Friedrich, Der urheber- und wettbewerbsrechtliche Schutz von Rechenprogrammen, WRP 1969, 96 ff.
- Freiherr v. Gamm, Otto-Friedrich, Rechtsfragen bei Datenbanken, GRUR 1993, 203 ff.
- Ganea, Peter/Heath, Christopher/Schricker, Gerhard (Hrsg.), Urheberrecht Gestern-Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, zit.: FS Dietz.
- Garnett, Kevin/James, Jonathan Rayner/Davies, Gillian, Copinger and Skone James on Copyright, 14. Auflage, London 1999, zit.: Copinger & Skone James.
- Gaster, Jens, Zur anstehenden Umsetzung der EU-Datenbankrichtlinie (II), CR 1997, 717 ff.
- Gaster, Jens, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Tele Info CD“, MMR 1999, 543 ff.
- Gebhardt, Gerd, Die Erwartungen der Tonträgerwirtschaft an den zweiten Korb, ZUM 2003, 1022 ff.
- Geiger, Christophe, Anmerkung zur Entscheidung des Cour d'appell de Paris „Utrillo“, GRUR Int. 2002, 330 ff.
- Geis, Max-Emanuel, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 1991, 112 ff.
- v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht Band I, Leipzig 1895, nachgedruckt in Auszügen in UFITA Bd. 125 (1994), 748 – 848.
- Ginsburg, Jane C., Urheberpersönlichkeitsrechte im Rechtssystem des Common Law, GRUR Int. 1991, 593 ff.
- Goldstein, Paul, Copyright - Principles, Law, Practice in 3 Bänden, Boston Toronto London 1989, zit.: Goldstein.
- Götte, Bertold, Die Schutzdauer im wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, Dissertation Freiburg 1999, zit.: Götte.
- Götting, Horst-Peter (Hrsg.), Multimedia, Internet und Urheberrecht, Dresden 1997, zit.: Götting (Hrsg.).
- Götze, Alfred (Hrsg.), „Trübners“ Deutsches Wörterbuch in 8 Bänden, Berlin 1940.
- Govoni, Carlo, Die Revision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes, UFITA Bd. 114 (1990), 5 ff.
- Freiherr v. Gravenreuth, Günter, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Betriebssystem“, GRUR 1991, 455 ff.
- Grün, Christian, Die zeitliche Schranke des Urheberrechts, Dissertation Bern 1979, zit.: Grün.
- Grütmacher, Malte, „Gebrauchsoftware“ und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302 ff.
- Grzeszick, Bernd, Freie Software: Eine Widerlegung der Urheberrechtstheorie?, MMR 2000, 412 ff.
- Guibault, Lucie, Copyright Limitations and Contracts, Dissertation Amsterdam 2002, zit.: Guibault.
- Haberstumpf, Helmut, Zur urheberrechtlichen Beurteilung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1982, 142 ff.
- Haberstumpf, Helmut, Urheberrechtlich geschützte Werke und verwandte Schutzrechte, Beiwerk/Kraft/Schricker/Wadle (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland

- Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band II, 1125 ff.
- Haberstumpf, Helmut, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, Lehmann (Hrsg.): Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Auflage, 69 ff.
- Haberstumpf, Helmut, Wem gehören Forschungsergebnisse?, ZUM 2001, 819 ff.
- Haedicke, Maximilian Wilhelm, Urheberrecht und die Handelspolitik der Vereinigten Staaten von Amerika, Dissertation München 1997, zit.: Haedicke.
- Haedicke, Maximilian Wilhelm, Urheberrecht als Investitionsschutz, GRUR Int. 1998, 631 ff.
- Hance, Olivier, Internet-business & Internet-Recht: rechtliche Regelungen auf der Datenbahn, Brüssel 1996.
- Hartmann, Claus Hinrich, Überlegungen zum Werkbegriff - insbesondere zur Individualität - am Beispiel zeitgenössischer Musikformen, UFITA Bd. 122 (1993), 57 ff.
- Hartmann, Nicolai, Das Problem des geistigen Seins, 2. Auflage Berlin 1949.
- Hartmann, Nicolai, Ästhetik, Berlin 1953.
- Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 26. Auflage, München 2008, zit: Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Bearbeiter.
- Heidrich, Jörg, Anmerkung zur Entscheidung des LG Düsseldorf „baumarkt.de“, MMR 1998, 671 f.
- Heinemann, Andreas, Interne und externe Begrenzungen des Immaterialgüterschutzes am Beispiel des IMS Health-Falls in Hilty/Peukert (Hrsg.), 207 ff.
- Heinz, Karl Eckhart, Die europäische Richtlinie über den rechtlichen Schutz von Datenbanken in verfassungsrechtlicher und rechtstheoretischer Sicht, GRUR 1996, 455 ff.
- v. Hellfeld, Axel, Der Schutz von Computerprogramme enthaltenden Erfindungen durch das Europäische und das Deutsche Patentamt - eine Konfrontation -, GRUR 1985, 1025 ff.
- v. Hellfeld, Axel, Sind Algorithmen schutzfähig?, GRUR 1989, 471 ff.
- Henning-Bodewig, Frauke, Tagungsbericht einer Sitzung des Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht am 20. Juni 1985, GRUR 1985, 918 f.
- Henssler, Eberhard, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Rosenthal-Vase“, GRUR 1959, 292 f.
- Herschel, Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981, Freiburg 1982, zit. FS Roeber.
- Hertin, Paul-W., Zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Werbeleistungen unter besonderer Berücksichtigung von Werbekonzeptionen und Werbeideen, GRUR 1997, 799 ff.
- Heydt, Ludwig, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Rote Taube“, GRUR 1969, 674 ff.
- Heymann, Ernst, Die zeitliche Begrenzung des Urheberrechts, Berlin 1927, zit.: Heymann.
- Hilty, Reto, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: „Wer will was von wem woraus“, ZUM 2003, 983 ff.
- Hilty, Reto/Peukert, Alexander (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, zit.: Hilty/Peukert.
- Hilty, Reto, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, 179 ff.
- Hilty, Reto, Sündenbock Urheberrecht?, Ohly/Klippel (Hrsg.), 107 ff.
- Hodik, Kurt, Leistungsschutzrechte zwischen geistigem und gewerblichen Eigentum, ZUM 1989, 65 ff.
- Hoebbel, Christoph, Schutz von elektronischen Datenbanken, Lehmann (Hrsg.): Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Auflage, 1015 ff.

- Hoeren, Thomas, Multimedia = Multilegia, CR 1994, 390 ff.
- Hoeren, Thomas, Überlegungen zur urheberrechtlichen Qualifizierung des elektronischen Abrufs, CR 1996, 517 ff.
- Hoeren, Thomas, Das Problem des Multimediaentwicklers: Der Schutz vorbestehender Werke, Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), 79 ff.
- Hoeren, Thomas, Die Reichweite gesetzlicher Schranken und Lizenzen, Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), 95 ff.
- Hoeren, Thomas, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 1997, 866 ff.
- Hoeren, Thomas, Internet und Recht - Neue Paradigmen des Informationsrechts, NJW 1998, 2849 ff.
- Hoeren, Thomas, Ein Jahr MMR - ein Rück-, Zwischen- und Ausblick, MMR 1999, XV
- Hoeren, Thomas, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Elektronische Pressearchive“, MMR 1999, 412 ff.
- Hoeren, Thomas, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Kopienversanddienst“, MMR 1999, 672 f.
- Hoeren Thomas/Queck, Robert (Hrsg.), Rechtsfragen der Informationsgesellschaft, Berlin 1999, zit.: Hoeren/Queck (Hrsg.)
- Hoeren, Thomas, Urheberrecht 2000 - Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, 3 ff.
- Hoeren, Thomas, Entwurf einer Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, MMR 2000, 515 ff.
- Hoeren, Thomas, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Wetterführungspläne“, MMR 2001, 313
- Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich, Handbuch Multimediarecht, Loseblattsammlung, München, zit.: Hoeren/Sieber-Bearbeiter.
- Hoeren, Thomas, Pressespiegel und das Urheberrecht - Eine Besprechung des Urteils des BGH „Elektronische Pressespiegel“, GRUR 2002, 1022 ff.
- Hoeren, Thomas, Urheberrecht und Verbraucherschutz - Überlegungen zum Gesetz über Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, Gutachten für die Verbraucherzentrale Bundesverband, Münster 2003, zit.: Hoeren, Gutachten.
- Hoeren, Thomas, Der Korb hinter dem Korb - Überlegungen zur Reform des Urheberrechts, MMR 2004, 429 ff.
- Hofmann, Jeanette (Hrsg.), Wissen und Eigentum, Bonn 2006.
- Hoffmann, Colin Christoph, Die Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst, Dissertation Frankfurt a. M. 1988, zit.: Hoffmann.
- Hoffmann, Helmut, Anmerkung zur Entscheidung des LG München „MIDI-Files“, MMR 2000, 434 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, Multimedia-Politik vor neuen Herausforderungen, RuF 2/1995, 125 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Innovation und Telekommunikation, Baden-Baden 2000, zit.: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Vesting, Thomas (Hrsg.), Perspektiven der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1995.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Vesting, Thomas, Ende der Massenkommunikation? Zum Strukturwandel der technischen Medien, Hoffmann-Riem, Wolfgang/Vesting, Thomas (Hrsg.), Perspektiven der Informationsgesellschaft, 11 ff.

- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Eifert, Martin, Geistiges Eigentum und Innovation, erscheint 2008 im Nomos Verlag in der Schriftenreihe Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, zit.: Hoffmann-Riem/Eifert (Hrsg.).
- Hohagen, Gisbert, Die Freiheit zur Vervielfältigung zum privaten Gebrauch, Dissertation München 2006.
- Hörnig, Andreas, Das Bearbeitungsrecht und die Bearbeitung im Urheberrecht unter besonderer Berücksichtigung von Werken der Literatur, UFITA Bd. 99 (1985), 13 ff.
- Huber, Anton, Patentrechtliche Probleme auf dem Gebiet der elektronischen Datenverarbeitung, Mitteilungen 1965, 21 ff.
- Huber, Anton, Zur patentrechtlichen Wertung der Programme für Datenverarbeitungsanlagen - Eine Erwiderung auf den Aufsatz von Kumm in GRUR 1969, 315; GRUR 1969, 642 f.
- Hubmann, Heinrich, Immanuel Kants Urheberrechtstheorie, UFITA Bd. 106 (1987), 145 ff.
- Hubmann, Heinrich, Die Idee vom geistigen Eigentum, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Urheberrechtnovelle von 1985, ZUM 1988, 4 ff.
- Hubmann, Heinrich, Das Recht des schöpferischen Geistes, Berlin 1954.
- Hubmann, Heinrich, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, Köln Graz 1967.
- Hubmann, Heinrich, Urheber- und Verlagsrecht, 6. Auflage 1987, zit.: Hubmann.
- Hubmann, Heinrich/Rehbinder, Manfred, Urheber- und Verlagsrecht, 7. Auflage München 1991, zit.: Hubmann/Rehbinder, 7. Auflage.
- Hughenoltz, Bernt/van Eechoud, Mireille/ van Gompel, Stef/Guibault, Lucie/Helberger, Natali/Rossini, Mara/Steijger, Lennert/Dufft, Nicole/Bohn, Philipp, The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, Amsterdam 2006, zit: Hughenoltz et al; [http://www.ivir.nl/publications/other/IViR\\_Recast\\_Final\\_Report\\_2006.pdf](http://www.ivir.nl/publications/other/IViR_Recast_Final_Report_2006.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.7.2008).
- Hughenoltz, Bernt/Okediji, Ruth, Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright, 2008.
- Hummel, Marlies, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts - Gutachten im Auftrag des Bundesministers der Justiz, Berlin, München 1989, zit.: Hummel.
- Hummel, Marlies, Volkswirtschaftliche Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung des Urhebervertragsrechts, Fallstudie Rundfunk - Expertise im Auftrag der ARD-Landesrundfunkanstalten, VPRT und ZDF, Königswinter, München 2000, zit.: Hummel 2000.
- Hummel, Marlies, Volkswirtschaftliche Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung des Urhebervertragsrechts, ZUM 2001, 660 ff.
- Hunziker, Manfred, Monismus oder Dualismus im schweizerischen Urheberrecht?, UFITA Bd. 97 (1984), 127 ff.
- Hunziker, Manfred, Urheberrecht nach beendetem Arbeitsverhältnis, UFITA Bd. 101 (1985), 49 ff.
- Immenga, Ulrich/Mestmaecker, Ernst-Joachim, Kommentar zum EG-Wettbewerbsrecht in 2 Bänden, 4. Auflage, München 2007, zit.: Immenga/Mestmaecker-Bearbeiter.
- Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (Hrsg.), Die GPL kommentiert und erklärt, Beijing (u. a.) 2005, zit.: ifrOSS.
- Internationale Gesellschaft für Urheberrecht - INTERGU (Hrsg.), Author's right without author?, Brüssel 1989.
- Internationale Gesellschaft für Urheberrecht - INTERGU (Hrsg.), Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1998.
- Intveen, Carsten, Internationales Urheberrecht und Internet, Dissertation Baden-Baden 1999, zit.: Intveen.

- Jabbusch, W., Funktionsfähigkeit des Patentschutzes und Patentgesetzgebung, GRUR 1980, 761 ff.
- Jacoby, Rainer/Lindacher, Walter F./Teplitzky, Otto (Hrsg.), Großkommentar zum UWG, Band 9, Berlin 1994, zit.: GK-UWG/Bearbeiter.
- Jaeger, Till/Metzger, Axel, Open Source Software, 2. Auflage München 2006, zit.: Jaeger/Metzger.
- Jaeger, Till, Der Erschöpfungsgrundsatz im neuen Urheberrecht, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, 47 ff.
- Jaquetti, Ricardo L./Schluep, Walter R. (Hrsg.), Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, zit.: FS Hug.
- Jarass, Hans D., Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857 ff.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Auflage München 2007, zit.: Jarass/Pieroth.
- Kaczerowsky, Anne/Metz, Anna, Multimedia als unbekannte Nutzungsart - Probleme bei multimedialer Nutzung älteren urheberrechtlich geschützten Materials und seiner Nutzung in den internationalen Datennetzen, Götting (Hrsg.), Multimedia, Internet und Urheberrecht, 81 ff.
- Kant, Immanuel, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, UFITA Bd. 106 (1987) (Nachdruck), 137 ff.
- Kappes, Florian, Rechtsschutz computergesteuerter Informationssammlungen, Dissertation Augsburg 1995, zit.: Kappes.
- Katzenberger, Paul, Urheberrecht und Datenbanken, GRUR 1990, 94 ff.
- Katzenberger, Paul, Elektronisches Publizieren und Urheber- und Wettbewerbsrecht, Fiedler (Hrsg.), Rechtsprobleme des elektronischen Publizierens, 35 ff.
- Katzenberger, Paul, Urheberrechtlicher Schutz elektronischer Publikationen, Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), 219 ff.
- Kindermann, Manfred, Vertrieb und Nutzung von Computerprogrammen aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150 ff.
- Kindermann, Manfred, Was ist Computer-Software?, ZUM 1985, 2 ff.
- Kindermann, Manfred, Der angestellte Programmierer - urheberrechtliche Beurteilung und Vertragspraxis, GRUR 1985, 1008 ff.
- Kirchhof, Paul, Der verfassungsrechtliche Gehalt des geistigen Eigentums, Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, 1639 ff., zit.: Kirchhof, Verfassungsrechtlicher Gehalt.
- Klappenbach, Ruth/Steinitz, Wolfgang, Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache in 6 Bänden, 2. Auflage, Berlin 1977.
- Kleine, Heinz, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Petite Jaqueline“, GRUR 1971, 527.
- Klimpel, Paul (Hrsg.), Im Schatten der Verwertungsinteressen - Filmarchive, Filmmuseen und das Urheberrecht, Berlin 2008.
- Klumpp, Dieter/Kubicek, Herbert/Rossnagel, Alexander/Schulz, Wolfgang (Hrsg.), Medien, Ordnung und Innovation, Berlin 2005, zit.: Klumpp et al. (Hrsg.).
- Knies, Bernhard, Erschöpfung Online? - Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2002, 314 ff.
- Koch, Frank A., Rechtsschutz für Benutzeroberflächen von Software, GRUR 1991, 180 ff.
- Koch, Frank A., Grundlagen des Urheberrechtsschutzes im Internet und in Online-Diensten, GRUR 1997, 417 ff.
- Koch, Frank A., Begründung und Grenzen des urheberrechtlichen Schutzes objektorientierter Software, GRUR 2000, 191 ff.

- Kochinke, Clemens/Geiger, Matthias, Trends im US-Computer- und Internetrecht, K&R 2000, 594 ff.
- Koglin, Olaf, Open sourced, Dissertation Frankfurt/Main 2007, zit.: Koglin.
- Kohler, Josef, Die Idee des geistigen Eigentums, AcP Nr. 182 (1894), 142 ff.
- Kohler, Josef, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart 1907.
- Koehler, Philipp, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, Dissertation München 2000, zit.: Koehler.
- Köhn, Tina, Die Technisierung der Popmusikproduktion - Probleme der „kleinen Münze“ in der Musik, ZUM 1994, 278 ff.
- Kolle, Gerd, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen aus nationaler und internationaler Sicht in 2 Teilen; Teil 1, GRUR 1973, 611 ff.
- Kolle, Gerd, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen aus nationaler und internationaler Sicht in 2 Teilen; Teil 2, GRUR 1974, 7 ff.
- Kolle, Gerd, Technik, Datenverarbeitung und Patentrecht, GRUR 1977, 58 ff.
- Kolle, Gerd, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Straken“, GRUR 1977, 659 ff.
- Kolle, Gerd, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Prüfverfahren“, GRUR 1978, 103 ff.
- Kolle, Gerd, Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1982, 443 ff.
- Kolle, Gert, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen und Videospiele im Ausland, ZUM 1985, 15 ff.
- König, Mark Michael, Das Computerprogramm im Recht, Dissertation Köln 1991, zit.: König.
- Kopff, Andrzej, Die Schutzsysteme im Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 1983, 351 ff.
- Kotsiris, Lambros E., Die Entpersönlichung des Werkes, UFITA Bd. 119 (1992), 5 ff.
- Kraßer, Rudolf, Urheberrecht in Arbeits-, Dienst- und Auftragsverhältnissen, Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.), Urhebervertragsrecht - Festgabe für Gerhard Schrickler zum 60. Geburtstag, 77 ff.
- Kraßer, Rudolf, Wie beeinflussen telekommunikationsrelevante Patent- und Urheberrechte die Innovation?, Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und Telekommunikation, 113 ff.
- Kraßer, Rudolf, Lehrbuch des Patentrechts, 5. Auflage, München 2004, zit.: Krasser.
- Kreile, Reinhold, Bericht über die WIPO-Sitzungen zum möglichen Protokoll zur Berner Konvention und zum „Neuen Instrument“ im September 1995, ZUM 1995, 815 ff.
- Kreile, Reinhold, Thesen zur Weiterentwicklung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (so genannter Korb 2), ZUM 2003, 1018 f.
- Kress, Daniel, Die private Vervielfältigung im Urheberrecht, Dissertation Tübingen 2004.
- Kreutzer, Till, Die Entwicklung des Urheberrechts in Bezug auf Multimedia der Jahre 1994 - 1998, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts für Medienforschung Band 3, Hamburg 1999, zit.: Entwicklung des Urheberrechts.
- Kreutzer, Till, Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda, Teil 1, GRUR 2001, 193 ff.
- Kreutzer, Till, Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda, Teil 2, GRUR 2001, 307 ff.
- Kreutzer, Till, Tauschbörsen wie Napster oder Gnutella verletzen nicht das Urheberrecht, Telepolis vom 7.2.2001 (<http://www.telepolis.de/deutsch/inhalt/te/4857/1.html>, zuletzt abgerufen am 2.8.2008).

- Kreutzer, Till, Selbsthilferecht zum Umgehen von Kopierschutz?, Telepolis vom 18.10.2002, (<http://www.heise.de/tp/r4/artikel/9/9817/1.html>), zuletzt abgerufen am 2.8.2008.
- Kreutzer, Till, Die Zukunft des Filesharing als innovatives Distributionsmedium vor dem Hintergrund des deutschen Urheberrechts, Broeckmann/Jaschko (Hrsg.), Art and Digital Media: Software - Participation - Distribution, 147 ff.
- Kreutzer, Till, Stellungnahme des Instituts für Rechtsfragen der freien und Open Source Software (ifrOSS) an das Bundesministerium für Justiz zu einer möglichen Neuregelung der Schrankenvorschrift § 53 und damit zusammenhängender Normen im Zuge der Neuordnung des deutschen UrhG bei der Einarbeitung der Richtlinie 2001/29/EG vom 08.11.2001, ([http://www.ifross.de/ifross\\_html/art13.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art13.pdf)), zuletzt abgerufen am 30.7.2008.
- Kreutzer, Till, Stellungnahme des Instituts für Rechtsfragen der freien und Open Source Software (ifrOSS) an das Bundesministerium für Justiz zur Umsetzung von Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2001/29/EG vom 23.11.2001, ([www.ifross.de/ifross\\_html/art14.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art14.pdf)), zuletzt abgerufen am 30.7.2008.
- Kreutzer, Till/Jaeger, Till, Stellungnahme des Instituts für Rechtsfragen der freien und Open Source Software (ifrOSS) zum Regierungsentwurf für ein „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ vom 04.11.2002, ([http://www.ifross.de/ifross\\_html/art22.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art22.pdf)), zuletzt abgerufen am 30.7.2008.
- Kreutzer, Till, Herausforderungen an das System der Pauschalvergütungen nach den §§ 54, 54a UrhG durch die Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG, ZUM 2003, 1041 ff.
- Kreutzer, Till, Das Spannungsfeld zwischen Wissen und Eigentum im neuen Urheberrecht, Hofmann (Hrsg.), Wissen und Eigentum, 109 ff. (zit.: Kreutzer, Spannungsfeld).
- Kreutzer, Till, Schutz technischer Maßnahmen und Durchsetzung von Schrankenbestimmungen bei Computerprogrammen. CR 2006, 804 ff.
- Kreutzer, Till, Die Nutzung verwaister Werke aus rechtlicher Sicht, Berlin 2007, <http://www.kinematheksverbund.de/Symp2007-09-13/Kreutzer/Kreutzer.pps>, zuletzt abgerufen am 7.8.2008.
- Kreutzer, Till, Geistiges Eigentum – Immaterialgüter in der Wissensgesellschaft, Berlin 2007, zit.: Kreutzer, Geistiges Eigentum, [http://www.dgb.de/themen/themen\\_a\\_z/abisz\\_doks/i/immaterialgueterrechte\\_wissensgesellschaft.pdf/file\\_view\\_raw](http://www.dgb.de/themen/themen_a_z/abisz_doks/i/immaterialgueterrechte_wissensgesellschaft.pdf/file_view_raw), zuletzt abgerufen am 28.07.2008.
- Kreutzer, Till, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Berlin 2007, zit.: Kreutzer, Verbraucherschutz.
- Kreutzer, Till, Computerspiele im System des deutschen Urheberrechts. CR 2007, 1 ff.
- Kreutzer, Till, Open Content from the User's perspective: User related assets and drawbacks of Open Content licensing; erscheint 2008, zit.: Kreutzer, Open Content.
- Kreutzer, Till, Verwaiste Werke, Klimpel (Hrsg.), Im Schatten der Verwertungsinteressen - Filmarchiv, Filmuseen und das Urheberrecht, 2008, 46 ff., zit.: Kreutzer, Verwaiste Werke.
- Open Content from the User's perspective: User related assets and drawbacks of Open Content licensing; erscheint 2008, zit.: Kreutzer, Open Content.
- Kröger, Detlef, Enge Auslegung der Schrankenbestimmungen - wie lange noch?, MMR 2002, 18 ff.
- Kröger, Detlef, Informationsfreiheit und Urheberrecht, Dissertation München 2002, zit.: Kröger.
- Kummer, Max, Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968, zit.: Kummer.
- Kunz, Hans Peter/v. Mühlendahl, Alexander/Stauder, Dieter/Ullrich, Hanns, Gewerblicher Rechtsschutz - Urheberrecht - Wirtschaftsrecht. Mitarbeiterfestschrift für Eugen Ulmer zum siebenzigsten Geburtstag, Köln 1973, zit.: FS Ulmer.

- Kur, Annette, Funktionswandel von Schutzrechten: Ursachen und Konsequenzen der inhaltlichen Annäherung und Überlagerung von Schutzrechtstypen, Schrickler/Dreier/Kur (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, Baden-Baden 2001, 23 ff.
- Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Auflage, Neuwied, Krißel 2006, zit.: Langen/Bunte-Bearbeiter.
- Larenz, Karl/Canaris, Hans-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin u. a. 1995, zit.: Larenz/Canaris.
- Larese, Wolfgang, Zum originären Rechtserwerb des Arbeitgebers am Werk des Arbeitnehmers nach französischem Urheberrecht, UFITA Bd. 74 (1975), 41 ff.
- Larese, Wolfgang, Urheberrecht in einem sich wandelnden Kulturbetrieb, Bern 1979, zit.: Kulturbetrieb.
- Larese, Wolfgang, Fragen zum Urheberrechtserwerb im beruflichen Abhängigkeitsverhältnis, Böckli/Eichenberger/Hinderling/Tschudi (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer, 719 ff.
- Larese, Wolfgang, Immaterialgüterrecht 1987 - Zur dritten Auflage von Alois Trollers Immaterialgüterrecht, UFITA Bd. 105 (1987), 7 ff.
- Lehmann, Michael, Der wettbewerbsrechtliche Titelschutz für Computerprogramme, CR 1986, 373 ff.
- Lehmann, Michael, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen in Deutschland, NJW 1988, 2419 ff.
- Lehmann, Michael, Portierung und Migration von Anwendersoftware, CR 1990, 625 ff.
- Lehmann, Michael, Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1991, 327 ff.
- Lehmann, Michael (Hrsg.), Rechtsschutz von Computerprogrammen, 2. Auflage, Köln 1993, zit.: Computerprogramme II.
- Lehmann, Michael, Die Europäische Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen, Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz von Computerprogrammen, 2. Auflage 1993, 1 ff.
- Lehmann, Michael, Das neue Software-Vertragsrecht, Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, NJW 1993, 1822 ff.
- Lehmann, Michael, Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung, Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.), Urhebervertragsrecht - Festgabe für Gerhard Schrickler zum 60. Geburtstag, 543 ff.
- Lehmann, Michael (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997, zit. Cyberlaw.
- Lehmann, Michael, Digitalisierung und Urheberrecht, Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), 25 ff.
- Lehmann, Michael, Digitalisierung und Urhebervertragsrecht, Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), 57 ff.
- Lehmann, Michael/v. Tucher, Tobias, Urheberrechtlicher Schutz von multimedialen Webseiten, CR 1999, 700 ff.
- Leinemann, Felix, Die Sozialbindung des „Geistigen Eigentums“, Dissertation Freiburg 1998, zit. Leinemann.
- Leistner, Matthias, Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht - Eine Untersuchung zur Richtlinie 96/9/EG und zu ihrer Umsetzung in das deutsche Urheberrechtsgesetz, Dissertation München 2000, zit.: Leistner.
- Leupold Andreas/Demisch, Dominik, Bereithalten von Musikwerken zum Abruf in digitalen Netzen, ZUM 2000, 379 ff.

- v. Lewinski, Silke/Gaster, Jens, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten - Ergebnisse und Folgen, ZUM 1997, 607 ff.
- v. Lewinski, Silke, Das Urheberrecht zwischen GATT/WTO und WIPO, UFITA Bd. 136 (1998), 103 ff.
- v. Lewinski, Silke, Urheberrecht und digitale Technologie, Banse/Langenbach (Hrsg.): Geistiges Eigentum und Copyright im multimedialen Zeitalter. Positionen, Probleme, Perspektiven, 58 ff.
- Linnenborn, Oliver, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, K&R 2001, 394 ff.
- Loewenheim, Ulrich, Der urheberrechtliche Schutz von Computer-Software, ZUM 1985, 26 ff.
- Loewenheim, Ulrich, Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht, GRUR 1987, 761 ff.
- Loewenheim, Ulrich, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Warenzeichenlexika“, GRUR 1987, 707 ff.
- Loewenheim, Ulrich, Benutzung von Computerprogrammen und Vervielfältigung im Sinne des §16 UrhG, Erdmann/Mees/Piper/Teplitzky/Hefermehl/Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm, 423 ff.
- Loewenheim, Ulrich, Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen, GRUR 1996, 830 ff.
- Loewenheim, Ulrich, Harmonisierung des Urheberrechts in Europa, GRUR Int. 1997, 285 ff.
- Loewenheim, Ulrich/Koch, Frank A. (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, Weinheim, u. a. 2000, zit. Online-Recht.
- Loewenheim, Ulrich, Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch von urheberrechtswidrig hergestellten Werkstücken, Ganea/Heath/Schricker (Hrsg.), Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, 415 ff.
- Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts (zit.: Loewenheim-Bearbeiter).
- Löffler, Martin, Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts, NJW 1980, 201 ff.
- Macciachini, Sandro, Urheberrecht und Meinungsfreiheit: Drei Thesen, UFITA Bd. 2000/III, 683 ff.
- Marly, Jochen, Urheberrechtsschutz für Software in der Europäischen Union, München 1995, zit.: Marly, Urheberrechtsschutz.
- Marly, Jochen, Softwareüberlassungsverträge, 4. Auflage, München 2004, zit.: Marly, Softwareüberlassungsverträge.
- Maunz, Theodor, Das geistige Eigentum in verfassungsrechtlicher Sicht, GRUR 1973, 107 ff.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz-Kommentar, Loseblattsammlung, Stand 12/2007, zit.: Maunz/Dürig-Bearbeiter.
- Melichar, Ferdinand, Verwertungsgesellschaften und Multimedia, Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), 205 ff.
- Metzger, Axel/Jaeger, Till, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, GRUR Int. 1999, 839 ff.
- Metzger, Axel, „Germania 3 am toten Mann“ oder Welchen Zweck darf ein Zitat gemäß § 51 Nr. 2 UrhG verfolgen?, ZUM 2000, 924 ff.
- Metzger, Axel, Rechtsgeschäfte über das Droit Moral im deutschen und französischen Urheberrecht, Dissertation München 2002, zit.: Metzger.
- Metzger, Axel/Kreutzer, Till, Richtlinie zum Urheberrecht in der „Informationsgesellschaft“, MMR 2002, 139 ff.

- Metzger, Axel, Innovation in der Open Source Community - Herausforderungen für Theorie und Praxis des Immaterialgüterrechts in Hoffmann-Riem/Eifert (Hrsg.), erscheint 2008.
- Möhring, Philipp, Die Schutzfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungsmaschinen, GRUR 1967, 269 ff.
- Möhring, Philipp/Nicolini, Käte, Urheberrechtsgesetz-Kommentar, Berlin, Frankfurt a. M. 1970, zit.: Möhring/Nicolini.
- Möhring, Philipp/Nicolini, Käte, Urheberrechtsgesetz-Kommentar, 2. Auflage, München 2000, zit.: Möhring/Nicolini, 2. Auflage.
- Möhring, Philipp/Schulze, Erich/Ulmer, Eugen/Zweigert, Konrad, Quellen des Urheberrechts in 6 Bänden, Neuwied 1999, Loseblattsammlung, zit.: Quellen.
- Mönkemöller, Lutz, Moderne Freibeuter unter uns? - Internet, MP3 und CD-R als GAU für die Musikbranche, GRUR 2000, 663 ff.
- Morgenroth, Friedrich, Der urheberrechtliche Schutz der Werbeidee, Dissertation Erlangen 1961, zit.: Morgenroth.
- Moritz, Hans-Werner, Computersoftware, Standortbestimmung unter zivil-, urheber- und kartellrechtlichen Aspekten im deutschen und EG-Recht sowie nach internationalen Konventionen, Dissertation Konstanz 1988, zit: Moritz.
- Moser, H., Vergleichende Literaturuntersuchung hinsichtlich der Schutzfähigkeit von Rechenprogrammen von Datenverarbeitungsmaschinen, GRUR 1967, 639 ff.
- v. Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 5. Auflage, München 2000, zit. v. Münch/Bearbeiter.
- Nippe, Wolfgang, Die Sieben im Urheberrecht - Gedanken zur Anzahl zulässiger Vervielfältigungsstücke, GRUR 1994, 888 ff.
- Nirk, Rudolf, Gewerblicher Rechtsschutz, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1981, zit.: Nirk.
- Nordemann, Wilhelm, Das Computerprogramm als urheberrechtlich geschütztes Werk, Herschel (Hrsg.), Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981, 297 ff.
- Nordemann, Wilhelm/Schierholz, Anke, Neue Medien und Presse - eine Erwiderung auf Katzenbergers Thesen (Bericht zum Gutachten), AfP 1998, 365 ff.
- Ockenfeld/Wetzel, Grundlagen und Perspektiven der Multimediatechniken, CR 1993, 385 ff.
- Oekonomides, Dimitrios S., Enteignung der Urheberrechte?, Kunz/v. Mühlendahl/Stauder/Ullrich (Hrsg.), Mitarbeiterfestschrift für Eugen Ulmer zum siebzigsten Geburtstag, 25 ff.
- v. Ohlenhusen, Götz, Der Gesetzesentwurf für ein Urhebervertragsrecht, ZUM 2000, 736 ff.
- Öhlschlegel, Helmut, Sollen und können Rechenprogramme geschützt werden?, GRUR 1965, 465 ff.
- Ohly, Ansgar/Klippel, Diethelm (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, zit: Ohly/Klippel.
- Omsels, Hermann-Josef, Open Source und das deutsche Vertrags- und Urheberrecht, Schertz, Christian/Omsels, Hermann-Josef (Hrsg.), Festschrift für Paul W. Hertin zum 60. Geburtstag, 141 ff.
- Osenberg, Ralph, Die Unverzichtbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts, Dissertation Berlin 1979, zit.: Osenberg.
- Osterrieth, Albert/Marwitz, Bruno, Das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Fotografie, 2. Auflage, Berlin 1929, zit.: Osterrieth/Marwitz.
- Pahud, Eric, Zur Begrenzung des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA Bd. 2000/I, 99 ff.
- Pahud, Eric, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Dissertation Bern 2000, zit.: Pahud.

- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage München 2008, zit.: Palandt/Bearbeiter.
- Pakuscher, Ernst Karl, Zum Rechtsschutz vor Entstellung gemeinfreier Werke, UFITA Bd. 93 (1982), 43 ff.
- Paschke, Marian/Kerfack, Ralf, Wie klein ist die kleine Münze?, ZUM 1996, 498 ff.
- Peifer, Karl-Nikolaus, Individualität im Zivilrecht, Tübingen 2001, zit.: Peifer.
- Peukert, Alexander, Urheberrecht und Digital Rights Management, UFITA Bd. 2002/III, 689 ff.
- Peukert, Alexander, Die psychologische Dimension des Droit Moral, Rehbinder (Hrsg.): Die psychologische Dimension des Urheberrechts, 113 ff.
- Peukert, Alexander, Neue Techniken und ihre Auswirkung auf die Erhebung und Verteilung gesetzlicher Vergütungsansprüche, ZUM 2003, 1050 ff.
- Peukert, Alexander, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut. Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses, Hilty/Peukert, 11 ff.
- Peukert, Alexander, USA – Gesetzesentwurf zur Regelung „verwaister Werke“, GRUR Int. 2006, 786.
- Pfeiffer, Gerd/Kummer, Joachim/Scheuch, Silke (Hrsg.), Festschrift für Hans Erich Brandner, Köln 1996, zit.: FS Brandner.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte, Staatsrecht II, 22. Auflage, Heidelberg 2006, zit.: Pieroth/Schlink.
- Plate, John-Christian, Multimedia - Begriffsbestimmung und praktische Erscheinungsformen, Götting (Hrsg.), Multimedia, Internet und Urheberrecht, 5 ff.
- Plate, John-Christian, Multimedia, Information-Highway und kollektive Rechtswahrnehmung, Götting (Hrsg.), Multimedia, Internet und Urheberrecht, 102 ff.
- Portmann, Wolfgang, Zur Entwicklung der Rechtsstellung des Arbeitgebers im schweizerischen Urheberrecht, UFITA Bd. 106 (1987), 245 ff.
- Quiring, Andreas, Zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von kurzlebigen Produkten gegen Nachahmung, WRP 1985, 684 ff.
- Rau, Gerhard, Antikunst und Urheberrecht, Hamburg 1974, erste Ausgabe Selbstverlag, zit.: Rau.
- Rau, Peter/Bensingener, Viola, Umsetzung des sui-generis-Rechts an Datenbanken in den §§ 87a ff. UrhG, MMR 1998, 507 ff.
- v. Rauscher auf Weeg, H.H., Kunstschutz bei Verwendung gemeinfreier Formelemente, GRUR 1967, 572 ff.
- Reber, Nikolaus, Die Beteiligung von Urhebern und ausübenden Künstlern an der Verwertung von Filmwerken in Deutschland und den USA, Dissertation München 1998, zit.: Reber.
- Reber, Nikolaus, Das neue Urhebervertragsrecht, ZUM 2000, 729 ff.
- Rehbinder, Manfred, Recht am Arbeitsergebnis und Urheberrecht, UFITA Bd. 66 (1973), 125 ff.
- Rehbinder, Manfred, Das Namensnennungsrecht des Urhebers, ZUM 1991, 220 ff.
- Rehbinder, Manfred, Die Parsifal-Frage oder der Gedanke des Verbraucherschutzes im Urheberrecht, Dittrich, Robert (Hrsg.): Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, 1991, 91 ff.
- Rehbinder, Manfred, Das neue schweizerische Urheberrecht, UFITA Bd. 122 (1993), 93 ff.
- Rehbinder, Manfred, Multimedia und das Urheberpersönlichkeitsrecht, ZUM 1995, 684 ff.
- Rehbinder, Manfred, Urheberrecht, 10. Auflage, München 1998, zit.: Rehbinder, 10. Auflage.
- Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Die psychologische Dimension des Urheberrechts, Baden-Baden 2003, zit.: Rehbinder (Hrsg.), Psychologische Dimension.

- Rehbinder, Manfred, Urheberrecht, 14. Auflage, München 2006, zit.: Rehbinder .
- Reimer, Dietrich, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „skaicubana“, GRUR 1967, 318 f.
- Reimer, Dietrich, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Vertragsfreiheit im Urheberrecht, GRUR Int. 1977, 85 ff.
- Reimer, Dietrich, Zum Urheberrechtsschutz von Darstellungen wissenschaftlicher und technischer Art, GRUR 1981, 572 ff.
- Reinbothe, Jörg, TRIPS und die Folgen für das Urheberrecht, ZUM 1996, 735 ff.
- Reinbothe, Jörg, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2001, 733 ff.
- Reischl, Gerhard, Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom Mai 1965, UFITA Bd. 46 (1966 I), 174 ff.
- Riedel, Herrmann, Urhebergesetz - ein Kulturgesetz, UFITA Bd. 21 (1956 I), 45 ff.
- Rigamonti, Cyrill P., Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, Dissertation Baden-Baden 2001, zit.: Rigamonti.
- Rintelen, Max, Urheberrecht und Urheberverwertungsrecht, Wien 1958, zit.: Rintelen.
- Röhl, Christoph/Bosch, Andreas, Musiktäuschbörsen im Internet - Eine rechtliche Bewertung aus aktuellem Anlass, NJW 2008, 1415 ff.
- Roller, Nathalie, Franzosen lassen nicht locker, Telepolis vom 8.12.2001 ([www.heise.de/tp/deutsch/inhalt/te/11305/1.html](http://www.heise.de/tp/deutsch/inhalt/te/11305/1.html), zuletzt abgerufen am 2.8.2008), zuletzt abgerufen am 30.7.2008.
- Rüll, Axel, Allgemeiner und urheberrechtlicher Persönlichkeitsrechtsschutz des ausübenden Künstlers, Dissertation Baden-Baden 1998, zit.: Rüll.
- Saake, Astrid, Schutzgegenstand und Rechtsinhaberschaft bei Multimediaprodukten, Götting (Hrsg.), Multimedia, Internet und Urheberrecht, 19 ff.
- Sachs, Michael, Kommentar zum Grundgesetz, 4. Auflage, München 2007, zit.: Sachs/Bearbeiter.
- Sack, Peter, Der Begriff des Werkes - ein Kennzeichnungsträger ohne Kontur?, GRUR 2001, 1095 ff.
- Sack, Rolf, Arbeitnehmer-Urheberrechte an Computerprogrammen nach der Urheberrechtsnovelle, UFITA Bd. 121 (1993), 15 ff.
- Salje, Peter (Hrsg.), Recht-Rechtstatsachen-Technik, Festschrift für Helmut Pieper, Hamburg 1998, zit.: FS Pieper.
- Salmony, Michael, „Multimedia - Chancen und Illusionen; Eine kritische Betrachtung, Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), 1 ff.
- Samson, Benvenuto, Das neue Urheberrecht - Eine Einführung, UFITA Bd. 47 (1966), 1 ff.
- Samson, Benvenuto, Das neue Urheberrecht, Baden-Baden 1966, zit.: Samson.
- Samson, Benvenuto, Die Computerkunst und das Urheberrecht, UFITA Bd. 72 (1975), 89 ff.
- Samuelson, Pamela/Davis, Randall/Kapor, Mitchell D./Reichman, J.H., A manifesto concerning the legal protection of computer programs, Columbia Law Review 1994, 2307 ff., zit.: Samuelson/Davis/Kapor/Reichman, Manifesto.
- Schack, Haimo, Wem gebührt das Urheberrecht, dem Schöpfer oder dem Produzenten?, ZUM 1990, 59 ff.
- Schack, Haimo, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet, MMR 2000, 59 ff.

- Schack, Haimo, Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten unter Einsatz von Links und Frames, MMR 2001, 9 ff.
- Schack, Haimo, Private Vervielfältigung von einer rechtswidrigen Vorlage? Festschrift für Erdmann 2003, 165 ff.
- Schack, Haimo, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Auflage, Tübingen 2007, zit.: Schack.
- Schäfer, Susanne, Die entpersönlichte Kunst und der urheberrechtliche Werkbegriff, Dissertation Berlin 2000, zit.: Schäfer.
- Schenk, Heike, Die digitale Privatkopie, Dissertation Berlin 2006.
- Schertz, Christian/Omsels, Hermann-Josef (Hrsg.), Festschrift für Paul W. Hertin zum 60. Geburtstag, München 2000, zit.: FS Hertin.
- Schippa, Martin, Die Harmonisierung des Urheberrechts in Europa im Zeitalter von Internet und digitaler Technologie, Dissertation Baden-Baden 1999, zit.: Schippa.
- Schlatter, Sibylle, Der Rechtsschutz von Computerspielen, Benutzeroberflächen und Computerkunst, Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz von Computerprogrammen, 2. Auflage, 169 ff.
- Schmieder, Hans-Heinrich, Geistige Schöpfung als Auswahl und Bekenntnis, UFITA Bd. 52 (1969), 107 ff.
- Schmieder, Hans-Heinrich, Die so genannte Verwandtschaft zwischen Leistungsschutz und Urheberrecht, FuR 1972, 22 ff.
- Schraube, Conrad, Der Schutz der „kleinen Münze“ im Urheberrecht, UFITA Bd. 61 (1971), 127 ff.
- Schricker, Gerhard, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Filmregisseur“, GRUR 1984, 733 f.
- Schricker, Gerhard, Urheberrechts-Kommentar, 1. Auflage, München 1987, zit. Schricker/Bearbeiter, 1. Auflage.
- Schricker, Gerhard, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Ein bisschen Frieden“, GRUR 1988, 812 ff.
- Schricker, Gerhard, Zur Harmonisierung des Urheberrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Baur/Hopt/Mailänder, Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, 1990, 1437 ff.
- Schricker, Gerhard, Zum Urheberrechtsschutz und Geschmacksmusterschutz von Postwertzeichen - Teil I, GRUR 1991, 563 ff.
- Schricker, Gerhard, Hundert Jahre Urheberrechtsentwicklung, Beier/Kraft/Schricker/Wadle (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland - Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band II, 1095 ff.
- Schricker, Gerhard, Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik, GRUR 1992, 242 ff.
- Schricker, Gerhard, Abschied von der Gestaltungshöhe im Urheberrecht?, Becker/Lerche/Mestmaecker (Hrsg.), Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht, Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag, 715 ff.
- Schricker, Gerhard, Der Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen, GRUR 1996, 815 ff.
- Schricker, Gerhard, Urheberrechts-Kommentar, 3. Auflage, München 2006, zit. Schricker/Bearbeiter.
- Schricker, Gerhard (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Gutachten im Auftrag des BMJ, Baden-Baden 1997, zit.: Informationsgesellschaft.
- Schricker, Gerhard, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Spielbankaffäre“, MMR 1998, 39.

- Schricker, Gerhard, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Parfumflakon“, JZ 2001, 463 ff.
- Schricker, Gerhard/Dreier, Thomas/Kur, Annette (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, Baden-Baden 2001, zit.: Schricker/Dreier/Kur.
- Schulte, Hans, Die Erfindung als Eigentum, GRUR 1985, 772 ff.
- Schulte-Beckhausen, Thomas, Das Verhältnis des § 1 UWG zu den gewerblichen Schutzrechten und zum Urheberrecht, Dissertation Bonn 1993, zit.: Schulte-Beckhausen.
- Schulz, Carsten, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Dissertation Köln, Berlin, München 2005, zit.: Schulz, C.
- Schulz, Wolfgang, Das Zitat in Film- und Multimediawerken, ZUM 1998, 221 ff.
- Schulze, Gernot, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, Dissertation Freiburg 1983, zit.: Schulze.
- Schulze, Gernot, Werturteil und Objektivität im Urheberrecht, GRUR 1984, 400 ff.
- Schulze, Gernot, Der urheberrechtliche Schutz der Computersoftware, Tagungsbericht der Sitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 26. Oktober 1984 in München, ZUM 1985, 33 ff.
- Schulze, Gernot, Urheberrechtsschutz von Computerprogramm - geklärte Rechtsfrage oder bloße Illusion?, GRUR 1985, 997 ff.
- Schulze, Gernot, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Notenstichbilder“, GRUR 1986, 896 ff.
- Schulze, Gernot, Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht, GRUR 1987, 769 ff.
- Schulze, Gernot, Sind neue Leistungsschutzrechte erforderlich?, ZUM 1989, 53 ff.
- Schulze, Gernot, Urheberrecht und neue Musiktechnologien, ZUM 1994, 15 ff.
- Schulze, Gernot, Wann beginnt eine urheberrechtlich relevante Nutzung?, ZUM 2000, 126 ff.
- Schuster, Fabian/Müller, Ulf, Die Entwicklung des Internet- und Multimediarechts, Beilage zu MMR 2000, Heft 10.
- Schuster, Fabian/Müller, Ulf, Die Entwicklung des Internet- und Multimediarechts, Beilage zu MMR 2001, Heft 7.
- Schwarz, Mathias, Der urheberrechtliche Schutz audiovisueller Werke im Zeitalter der digitalen Medien, Becker/Dreier (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie, 105 ff.
- Schwarz, Mathias, Urheberrecht im Internet (Teil 1), Markenartikel 1996, 120 ff.
- Schwarz, Mathias, Urheberrecht im Internet (Teil 2), Markenartikel 1996, 215 ff.
- Schwarz, Mathias, Urheberrecht und unkörperliche Verbreitung multimedialer Werke, GRUR 1996, 836 ff.
- Sedlmeier, Tobias/Kolk, Daniel, ASP - Eine vertragstypologische Einordnung, MMR 2002, 75 ff.
- Seifert, Fedor, Postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts und Schadensersatz - Zugleich ein Streifzug durch die Geschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1999, 1889 ff.
- Sester, Peter, Open-Source-Software: Vertragsrecht, Haftungsrisiken und IPR-Fragen, CR 2000, 797 ff.
- Sieber, Ulrich, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, BB 1983, 977 ff.
- Sietmann, Richard, Das Urheberrecht kennt kein Recht auf Privatkopie - Ein c't-Gespräch mit Justizministerin Zypries und Ministerialdirektor Hucko über geistiges Eigentum, Patente und Urheberrecht, c't Heft 16/2004, 158 ff., <http://www.heise.de/ct/04/16/158/>, zuletzt abgerufen am 01.08.2008.
- Skaupy, Walther, Möglichkeiten des Urheber-, Patent- und Wettbewerbsschutzes von elektronischen Rechenprogrammen, Mitteilungen 1967, 121 ff.
- Skaupy, Walther, Zur Schutzfähigkeit von elektronischen Rechenprogrammen, BB 1967, 945 ff.

- Spindler, Gerald, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, 105 ff.
- Spindler, Gerald, Urheberrecht und Tauschplattformen im Internet, JZ 2002, 60 ff.
- Spindler, Gerald/Wiebe, Andreas, Open Source-Vertrieb, CR 2003, 873 ff.
- Spindler, Gerald (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004, zit.: Spindler (Hrsg.).
- Spoendlin, Kaspar, Zur Behandlung immaterieller Arbeitsergebnisse im Arbeits- und Auftragsverhältnis, Böckli/Eichenberger/Hinderling/Tschudi (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer, 727 ff.
- Staub, Wolfgang, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, GRUR Int. 2001, 1 ff.
- Staudinger, J. v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, 13. Bearbeitung, Berlin 1999, zit.: Staudinger/Bearbeiter.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Band 4, Tübingen 2008, zit.: Stein/Jonas-Bearbeiter.
- Stickelbrock, Barbara, Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter, GRUR 2004, 736 ff.
- Stögmüller, Thomas, Software-Lizenz Reloaded - Die Gebrauchtssoftware, in Büchner/Dreier (Hrsg.), 127 ff.
- Storch, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Fehlerortung“, GRUR 1978, 422 f.
- Strömholm, Stig, Was bleibt vom Erbe übrig?, GRUR Int. 1989, 15 ff.
- Strömholm, Stig, Spielraum, Originalität oder Persönlichkeit? Das Urheberrecht vor einer Wegwahl, GRUR Int. 1996, 529 ff.
- Strowel, Alain, Urheberrecht und Copyright: Übereinstimmungen und Abweichungen, Dittrich (Hrsg.): Beiträge zum Urheberrecht IV, 1996, 1 ff.
- Strunkmann-Meister, Karl, Systemfragen der so genannten „Kleinen Münze“, FuR 1972, 29 ff.
- Thoms, Frank, Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, Dissertation München 1979, zit.: Thoms.
- Thurrow, Norbert, Die digitale Verwertung von Musik aus der Sicht von Schallplattenproduzenten und ausübenden Künstler, Becker/Dreier (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie, 77 ff.
- Troller, Alois, Immaterialgüterrecht in 2 Bänden, 1. Auflage, Basel und Stuttgart 1959, zitiert: Troller, 1. Auflage.
- Troller, Alois, Urheberrecht und Ontologie, UFITA Bd. 50 (1967), 385 ff.
- Troller, Alois, Immaterialgüterrecht in 2 Bänden, 2. Auflage, Basel und Stuttgart 1968, zitiert: Troller.
- Troller, Alois, Urheberrechtlicher Schutz von Anweisungen an den menschlichen Geist?, Herschel (Hrsg.), Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981, 413 ff.
- Ullmann, Eike, Die Einbindung der elektronischen Datenbanken in den Immaterialgüterschutz, Pfeiffer/Kummer/Scheu (Hrsg.), Festschrift für Hans Erich Brandner, 507 ff.
- Ullrich, Hanns, Grenzen des Rechtsschutzes: Technologieschutz zwischen Wettbewerbs- und Industriepolitik, Schrickler/Dreier/Kur (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, Baden-Baden 2001, 83 ff.
- Ulmer, Eugen, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Gasparone“, GRUR 1959, 38.
- Ulmer, Eugen, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Auflage, Berlin Göttingen Heidelberg 1960, zit.: Ulmer, 2. Auflage.
- Ulmer, Eugen, Das neue deutsche Urheberrechtsgesetz, UFITA Bd. 45 (1965), 18 ff.
- Ulmer, Eugen, Elektronische Datenbanken und Urheberrecht, München 1971.
- Ulmer, Eugen, Zitate in Filmwerken, GRUR 1972, 323 ff.

- Ulmer, Eugen, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, Berlin Heidelberg New York 1980, zit.: Ulmer.
- Ulmer, Eugen/Kolle, Gerd, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1982, 489 ff.
- Ulmer, Eugen, Das Veröffentlichungsrecht des Urhebers, Forkel/Kraft (Hrsg.), Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, 435 ff.
- Vischer, Frank, Die Purifikation des Urheberrechts und der Schutz des Arbeitsergebnisses, Jaqueti/Schluep (Hrsg.), Festschrift für Walther Hug, 259 ff.
- Vischer, Frank, Monopol und Freiheit in Wissenschaft und Kunst (zum Grundproblem des Urheberrechts), Basler Universitätsreden 74. Heft, Basel 1980.
- Visky, Károly, Geistiges Eigentum der Verfasser im antiken Rom, UFITA Bd. 106 (1987), 17 ff.
- Vogel, Martin, Die Umsetzung der Richtlinie 96/9/EWG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken in Art. 7 des Regierungsentwurfs eines Informations- und Kommunikationsdienstegesetzes, ZUM 1997, 592 ff.
- Voigtländer, Robert/Elster, Alexander/Kleine, Heinz, Die Gesetze betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst sowie an Werken der bildenden Kunst und der Fotografie, 4. Auflage Berlin 1952, zit.: Voigtländer/Elster/Kleine.
- Wachter, Thomas, Multimedia und Recht, Tagungsbericht, GRUR Int. 1995, 860 ff.
- Waldenberger, Arthur, Die Miturheberschaft im Rechtsvergleich, Dissertation München 1991, zit.: Waldenberger.
- Waldenberger, Arthur, Zur zivilrechtlichen Verantwortung für Urheberrechtsverstöße im Internet, ZUM 1997, 177 ff.
- Wand, Peter, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht - Vergleich des internationalen, europäischen, deutschen und US-amerikanischen Rechts, Dissertation München 2001, zit.: Wand.
- Wandtke, Artur-Axel, Zur kulturellen und sozialen Dimension des Urheberrechts, UFITA Bd. 123 (1993), 5 ff.
- Wandtke, Artur-Axel, Die Kommerzialisierung der Kunst und die Entwicklung des Urheberrechts im Lichte der Immaterialgüterrechtslehre von Josef Kohler, GRUR 1995, 385 ff.
- Wandtke, Artur-Axel, Copyright und virtueller Markt in der Informationsgesellschaft oder das Verschwinden des Urhebers im Nebel der Postmoderne, GRUR 2002, 1 ff.
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, München 2006, zit.: Wandtke/Bullinger-Bearbeiter.
- Weber, Werner, Urheberrecht und Verfassung, Berlin und Frankfurt 1960, zit.: Weber.
- Weischedel, Wilhelm, Recht und Ethik, 2. Auflage Karlsruhe 1959.
- Wendt, Rudolf, Eigentum und Gesetzgebung, Hamburg 1985, zit.: Wendt.
- Wenzel, Karl Egbert, Problematik des Schutzes von Computerprogrammen, GRUR 1991, 105 ff.
- Wicke, Peter, Musikindustrie im Überblick, Berlin 1997.
- Wiebe, Andreas, „User Interfaces“ und Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 1990, 21 ff.
- Wiebe, Andreas, Know-how-Schutz von Computersoftware: eine rechtsvergleichende Untersuchung der wettbewerbsrechtlichen Schutzmöglichkeiten in Deutschland und den USA, Dissertation München 1993, zit.: Wiebe.
- Wiebe, Andreas, Information als Naturkraft - Immaterialgüterrecht in der Informationsgesellschaft -, GRUR 1994, 233 ff.
- Wiebe, Andreas, Anmerkung zur Entscheidung des BGH „Tele Info CD“, MMR 1999, 474 ff.

- Wiebe, Andreas, Urheberrecht als Kommunikationsrecht, Salje (Hrsg.), Recht-Rechtstatsachen-Technik, Festschrift für Helmut Pieper, 1998, 645 ff.
- Wiebe, Andreas/Funkat, Dörte, Multimedia-Anwendungen als urheberrechtlicher Schutzgegenstand, MMR 1998, 69 ff.
- Windisch, Ernst, Beziehungen zwischen Urheber-, Erfinder-, Programmier- und Tonaufnahme-Leistungen, GRUR 1980, 587 ff.
- Wittmer, Hans-Rudolf, Der Schutz von Computersoftware - Urheberrecht oder Sonderrecht?, Dissertation Bern 1981, zit.: Wittmer.
- Wronka, Georg, Das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und den so genannten besonderen Persönlichkeitsrechten, UFITA Bd. 69 (1973), 71 ff.
- Wuermeling, Ulrich/Deike, Thies, Open Source Software: Eine juristische Risikoanalyse, CR 2003, 87 ff.
- Zscherpe, Kerstin, Urheberrechtsschutz im Internet, Hoeren/Queck (Hrsg.), Rechtsfragen der Informationsgesellschaft, 190 ff.
- Zypries, Brigitte, Das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft - Bestandsaufnahme und Überlegungen zum weiteren Regelungsbedarf, ZUM 2003, 981 f.