

Allgemeinheit« ein zusätzliches Argument für die Berücksichtigung ihrer Belange<sup>1390</sup>.

## 5. Zusammenfassung

Eine Zweckbestimmung dient der Rechtfertigung und Auslegung des Urheberrechtsgesetzes. Durch eine Normzweckerweiterung lässt sich zudem ein gleichermaßen schutzbegründender wie schutzbegrenzender Gestaltungsauftrag verankern. Die damit einhergehende programmatische Neujustierung korrigiert einige der bisherigen dogmatischen Begründungsdefizite und gibt frische rechtspolitische Legitimation für ein zeitgemäßes Urheberrecht, das sich angesichts des technischen Wandels zunehmend der Durchsetzung von Nutzerbelangen widmen müssen.

## II. Nutzerschützende Gestaltungsoptionen im Einzelnen

Die Aufwertung des Nutzerschutzes zu einem eigenständigen Normzweck des Urheberrechts verlangt nach einer grundlegenden Revision des überkommenen, prinzipiell urheberzentrierten Schutzsystems<sup>1391</sup>. Wie aber sollte das Urheberrecht konkret ausgestaltet sein, damit es sowohl den Schutzbedürfnissen der Urheber als auch der aktiven und selbstbestimmten Nutzer angemessen Rechnung trägt? Der Normzweck »Nutzerschutz« allein sagt ja noch relativ wenig über die

1390 Radikal weitergedacht könnte ein mehrdimensionaler Regelungszweck im Sinne eines Allgemeinen Teils für das Immaterialgüterrecht unter Umständen auch im Zuge einer u.a. von *Ohly*, JZ 2003, 545, 554, geforderten Gesamtbetrachtung der verschiedenen Schutzrechte des »Geistiges Eigentums« (siehe in diesem Zusammenhang auch die Klage von *Troller*, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. Aufl., S. 102, wonach heute »sogar die einzelnen Gebiete des Immaterialgüterrechts so weit auseinandergeraten (sind), daß der Patentrechtler sich um das Urheberrecht nicht kümmert, der Spezialist des Urheberrechts die Erhabenheit seines Gebiets durch die behauptete Verwandtschaft mit dem gewerblichen Rechtsschutz angegriffen sieht, und dem nach anderer Richtung hinstrebenden Markenrecht kein Zwang zur immaterialgüterrechtlichen Mitte auferlegt wird.«.) eine gewisse Integrationskraft entfalten, um die Überlappungen von verschiedenen Schutzrechten, d.h. die Kumulation von z.B. Marken-, Geschmacksmuster- und Urheberrechten – beispielsweise bei einem künstlerisch gestalteten Sitzmöbel –, in den Griff zu bekommen. Möglicherweise ließen sich so nämlich die systematischen Inkonsistenzen zwischen den einzelnen Schutzrechten überwinden, indem beispielsweise durch die Querschnittsberücksichtigung der Allgemein- bzw. Nutzerinteressen eine größere Kohärenz hergestellt würde. Siehe zu dem sich wohl noch verstärkenden Konvergenzproblem *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23, 33 ff.; s.a. *Jänich*, *Geistiges Eigentum – eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, S. 373.

1391 Die nachfolgenden Ausführungen und rechtspolitischen Forderungen beziehen sich auf das kontinentaleuropäische Urheberrecht allgemein, werden aber primär mit Blick auf das deutsche UrhG exemplarisch formuliert.

materiell-rechtliche Ausgestaltung des Urheberrechts. Es ergeben sich aus ihm nicht quasi »automatisch« zwingende Vorgaben für die urheberrechtliche Regulierung. Er lässt als prinzipiell deutungsöffener Begriff vielmehr eine Fülle möglicher Schlüsse zu. Im Folgenden sollen daher lediglich einige denkbare, nutzerschützende Gestaltungsoptionen aufgezeigt werden, ohne dass damit der Anspruch erhoben würde, allein so lasse sich den Schutzbedürfnissen aktiver und selbstbestimmter Nutzer »richtig« Rechnung tragen<sup>1392</sup>. Richtschnur für diese potentiellen materiell-rechtlichen Konsequenzen wird der aktive und selbstbestimmte Nutzer als normatives Leitbild einer offenen Kultur sein (siehe dazu oben Kap. 4 C. IV. 2.). Mit dieser rechtspolitischen Zielvorstellung einer offenen Kultur wird, das sei an dieser Stelle noch einmal ausdrücklich in Erinnerung gerufen, die weitestmögliche Partizipation aller am Prozess und an den Resultaten kreativen Schaffens erstrebt. Offene Kultur meint eine Kultur, in der möglichst viele Inhalte erlaubnisfrei, aber nicht notwendig kostenfrei zugänglich sind, eine Kultur also, in der Urheber vergütet werden, aber kreatives Schaffen Dritter auch nicht unnötig und unverhältnismäßig durch urheberrechtliche Verbotsrechte be- oder verhindert wird<sup>1393</sup>. Eine offene, partizipative Kultur ist daher nur dann verwirklicht, wenn Nutzer frei bzw. zumindest freier als bislang sind, vorhandene Werke insbesondere kreativ-schöpferisch verwenden zu dürfen. Wie sich diese Idealvorstellung annäherungsweise durch ein stärker nutzerorientiertes Urheberrecht de lege ferenda realisieren lassen könnte, soll nachfolgend skizziert werden.

Dabei soll nicht der Eindruck erweckt werden, das geltende Urheberrecht trage den Schutzbedürfnissen der Nutzer überhaupt nicht Rechnung. Im Gegenteil: Auch *de lege lata* finden sich durchaus einige urheberrechtliche Bestimmungen und Dogmen, die sich als Manifestationen urheberrechtlichen Nutzerschutzes interpretieren lassen – sie werden bislang nur gemeinhin nicht so verstanden<sup>1394</sup>. Gedacht ist hier an Schrankenregelungen, die Idee-/Form-Dichotomie, die Unterscheidung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung (s. im deutschen Recht §§ 23/24 UrhG) und schließlich auch die begrenzte Schutzdauer als solche. Sie alle bewirken theoretisch, dass für aktive und selbstbestimmte Nutzer ein Bereich

1392 Mit einem ähnlichen Anspruch auch *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 291 f. (1996): »Like any jurisprudential framework, the democratic paradigm raises certain issues and points in certain directions; it does not lead mechanically to particular doctrinal results. My focus (...), therefore, will be to highlight a few possible, logically consistent applications of the paradigm, not to insist that a democratic copyright must necessarily resemble my description in every detail.«.

1393 Vgl. *Lessig*, *Free Culture*, S. 30: »Free cultures are cultures that leave a great deal open for others to build upon; unfree, or permission, cultures leave much less. Ours was a free culture. It is becoming much less so.«.

1394 Als Ausdruck einer nutzerschützenden Doktrin versteht sie aber beispielsweise *Liu*, 44 B.C. L. Rev. 397, 405 (2003).

zulässiger und vor allem zustimmungsfreier Nutzungshandlungen verbleibt<sup>1395</sup>. Nichtsdestotrotz bleibt das nutzerschützende Potential dieser Instrumentarien weitgehend unausgeschöpft: Das verfehlte Dogma der engen Auslegung des starren, enumerativen Schrankenkatalogs etwa führt ein offenbar nicht auszurottendes Dasein, die Idee-/Form-Unterscheidung droht zunehmend verwässert zu werden<sup>1396</sup>, das Einwilligungserfordernis für Bearbeitungen führt allzu häufig zu prohibitiv hohen Transaktionskosten, während die Latte für freie Benutzungen in den meisten Fällen unerreichbar hoch liegt; die pauschale 70jährige Schutzfrist post mortem auctoris schließlich verhindert aufgrund ihrer Undifferenziertheit und ihrer mangelnden Flexibilität wünschenswerte Werknutzungen auch dann, wenn an sich kein Amortisationsschutzbedürfnis seitens der Rechteinhaber mehr gegeben ist oder die Werke sogar verwaist sind. Diese Defizite liefern daher im Endeffekt zugleich einige Anknüpfungspunkte, wo eine am Normzweck des Nutzerschutzes ausgerichtete Revision des Urheberrechts ansetzen könnte.

Im Folgenden sollen daher – im Anschluss an einen Vorschlag für eine explizite Normzweckklausel und eine neue Gesetzesbezeichnung (dazu unter 1.) – exemplarisch die denkbare Verkürzung und Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schutzdauer (dazu unter 2.), die Schutzoptionen für die Nutzer von »orphan works« (dazu unter 3.), die normativ-normzweckorientierte Auslegung und Ausgestaltung der Schranken (dazu unter 4.) und die Durchsetzung urheberrechtlicher Wertungen gegenüber technischen Nutzungsrestriktionen (dazu unter 5.) näher untersucht werden.

Damit ist das Gestaltungspotential normativ-normzweckorientierten Denkens natürlich bei Weitem noch nicht erschöpft. Nachdenken ließe sich darüber hinaus etwa über eine Neubewertung des Verhältnisses von Bearbeitung und freier Benutzung, also eine veränderte Auslegung der insoweit bestehenden Regelungen. Wollte man an dieser »Stellschraube« im Lichte eines bipolaren Normzweckmodells zudem materiell-rechtlich drehen, könnte man beispielsweise die Etablierung eines individuellen Anspruchs auf Bearbeitung erwägen<sup>1397</sup>. Dieser wäre rechtstechnisch im Wege einer Zwangslizenz zu realisieren<sup>1398</sup>, die gesetzes-systematisch dann allerdings eher im Bereich der Schranken (§§ 44a ff. UrhG) anzusiedeln wäre. Abgesehen davon, dass eine solche Regelung zahlreiche kom-

1395 So gesehen kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass schon heute dem UrhG in Teilen ein bipolares Normzweckmodell zugrundeliegt. Dieser Umstand vermag aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass nicht nur im Interesse der Klarheit und der Rechtssicherheit *de lege ferenda* eine explizite Benennung der Normzwecke wünschenswert ist.

1396 Siehe hierzu etwa die problematischen Grenzfälle des urheberrechtlichen Schutzes für Sendeformate oder für den Stoff, den Plot und die Charaktere eines Romans, s. mit Rechtsprechungsnachweisen Dreier-Schulze-Schulze, UrhG, § 2, Rn. 44, 88, 91 f.

1397 Hinsichtlich der Rechtsnatur wäre es ein Anspruch, aber noch kein subjektives Recht im Sinne eines absoluten Herrschaftsrechts, also nur ein relatives Recht gegenüber einem bestimmten Verpflichteten, nämlich dem Urheber.

1398 Für die Etablierung von Zwangslizenzen zur Ermöglichung von »transformative uses« macht sich insbesondere *Netanel*, 106 Yale. L. J. 283, 376 ff. (1996), stark (S. 378): »From

plizierte Fragen aufwirft – wer z.B. sollte zum Kreis der Anspruchsberechtigten gehören? Nur die kreativ-schöpferischen Nutzer? Auch die Verwerter? Was wären angemessene Lizenzbedingungen? Führte der Streit über die Höhe der zu zahlenden Vergütung nicht zu neuen Transaktionskosten? – muss man der Tatsache gewahr sein, dass ein solcher Kontrahierungszwang am Fundament des traditionellen Urheberrechts rüttelte. Das Recht des Urhebers, über die Verwendung bzw. die Bearbeitung seines Werkes entscheiden zu dürfen, wird gemeinhin als die Essenz des Urheberrechts verstanden. Mit der Forderung nach einer Zwangslizenz für Bearbeitungen schösse man also möglicherweise eher über das Ziel hinaus. Ein milderes und auch rechtspolitisch leichter realisierbares Mittel könnte daher eine Duldungspflicht für den Fall sein, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer bearbeitenden Werknutzung besteht<sup>1399</sup>. Wann aber sollte dies gegeben sein? Wäre eine solche Regelung nicht mit zu viel Rechtsunsicherheit für potentielle Nutzer verbunden? Und wie wären § 23 und wohl auch § 14 und § 39 UrhG<sup>1400</sup> dann im Einzelnen zu modifizieren? Diese Fragen abschließend beantworten zu wollen, würde den Rahmen dieser Dissertation sprengen<sup>1401</sup>. Es sollen daher nachfolgend allein die Gestaltungsoptionen für die oben benannten Themenbereiche überblicksartig dargestellt werden.

the democratic perspective, a broad derivative right poses an unacceptable burden on expressive diversity. Given copyright owners' propensity to private censorship and systematic ability to demand supracompetitive license fees, copyright owners' expansive control over transformative uses unduly stifles the creative reformulation of existing expression, serving in the process to bolster cultural and market-based hierarchy.«. In eine ähnliche Richtung wie hier denkt auch *Geiger*, IIC 2007, 707, 714: »it might be interesting to reflect on the implementation of »an exception for creative use« which would convert the exclusive right to a right to remuneration whenever the use of a work led to the creation of a new work. (...) In order to avoid the slightly »brutal« aspect of the statutory licence, it would be possible to consider a compulsory collective management system for this type of use.«. Der Vorzug einer obligatorischen kollektiven Wahrnehmung sei dabei, dass diese (s. Fn. 37) »would (...) circumvent the barrier of the famous »three-step test« in that compulsory collective management does not constitute a »limitation« on copyright«.

1399 Für diese Idee dankt der Verfasser Professor *Dietz*.

1400 § 39 Abs. 2 UrhG sieht bereits heute eine ausnahmsweise Durchbrechung des Änderungsverbots vor. Zulässig sind danach Änderungen des Werkes und seines Titels, zu denen der Urheber seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann.

1401 Das Gleiche gilt für ein denkbares Nutzerrecht auf Zugang zu Werkstücken (ein möglicher § 25a UrhG de lege ferenda). § 25 UrhG begünstigt nur die Urheber. Gemäß § 25 Abs. 1 UrhG kann der Urheber »vom Besitzer des Originals oder eines Vervielfältigungsstückes seines Werkes verlangen, daß er ihm das Original oder das Vervielfältigungsstück zugänglich macht, soweit dies zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken oder Bearbeitungen des Werkes erforderlich ist und nicht berechtigte Interessen des Besitzers entgegenstehen.«. Angelehnt an die Wertungen des § 25 UrhG könnte man im Zuge des Nutzerschutzes über einen individuellen Anspruch des Nutzers auf Zugang zu Werkstücken (ggf. zu angemessenen Bedingungen) nachdenken. Dieser wäre relevant für den Zugang zu privaten Sammlungen, Museen und Archiven und die dortige wissenschaftliche Quellenarbeit, also beispielsweise das Abzeichnen, Photographieren oder sonstige Vervielfältigen von Werkstücken – um nur einen Anwendungsfall zu nennen. Um die Besitzer des jeweiligen Werk-

## 1. Gesetzliche Normzweckverankerung in § 1 UrhG de lege ferenda

Die wohl naheliegendste Gestaltungsoption im Zuge eines erweiterten Normzweckmodells ist dessen explizite Kodifizierung in Gestalt einer programmatischen Normzweckklausel, die dem jeweiligen nationalen Urheberrechtsgesetz de lege ferenda voranzustellen wäre<sup>1402</sup>. § 1 Abs. 1 des deutschen UrhG könnte dann – um einen expliziten Nutzerschutz ergänzt – beispielsweise folgendermaßen lauten:

»Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst sowie deren Nutzer genießen Schutz aufgrund und nach Maßgabe dieses Gesetzes.«

stückes (v.a. private Sammler, Museen, Archive) nicht unverhältnismäßig in ihren berechtigten Interessen (z.B. der Ungestörtheit der Privatsphäre) zu beeinträchtigen, wären strenge Anforderungen an den Kreis der Anspruchsberechtigten aufzustellen (z.B. Nachweis eines wissenschaftlichen Forschungsinteresses). Inhalt und Umfang des Zugangs- bzw. Zutrittsrechts wären in jedem Fall äußerst behutsam auszugestalten.

1402 S.a. *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 132, Fn. 361, der mehrere Beispiele dafür gibt, dass »«final strukturierte» Zweckartikel und damit gesetzliche »Zweckprogrammierungen« gerade für das Wirtschaftsrecht charakteristisch« sind; s.a. *Dietz*, ZUM 2001, 276 ff., der unter Verweis auf die Präambel des spanischen Urheberrechtsgesetzes vom 11.11.1987 sowie die Präambeln der RBÜ und des WUA bedauert, dass das UrhG »leider im Gegensatz zu Gesetzen anderer Länder keine präambelhaften Selbstaussagen über seinen rechtspolitischen Sinn trifft«. In GRUR Int. 2006, 1 ff., hat *Dietz* diesen Gedanken weitergesponnen und – im Anschluss an eine überblicksartige Darstellung der verschiedenen Rechtfertigungsklauseln und Programmsätze aus der Geschichte des Urheberrechts – einen eigenen Vorschlag für eine *Verfassungsklausel* zur Rechtfertigung und Gewährleistung des Urheberrechtes unterbreitet. Dieser sehr detaillierte Formulierungsvorschlag, der über den Bereich des Urheberrechts im engeren Sinne weit hinausweist, verdient es, hier in voller Länge wiedergegeben zu werden – auch wenn er letztlich zu urheberzentriert konzipiert ist und den Schutzbedürfnissen der Nutzer nicht hinreichend Rechnung trägt. *Dietz*, GRUR Int. 2006, 1, 8, Vorschlag lautet:

»Art. NN – Rechte der Kreativen (Urheber und ausübenden Künstler) und der Kulturproduzenten (1) Zur Förderung von Kreativität, Wissenschaft und Kultur sowie kultureller Vielfalt und zur allseitigen Entfaltung der schöpferischen Persönlichkeit wird den Kreativen (Urhebern und ausübenden Künstlern) das Recht auf Schutz ihrer persönlichen und materiellen Interessen an ihren Geisteswerken bzw. künstlerischen Leistungen gewährleistet. Inhalt und Schranken sowie die jeweilige Dauer dieses Schutzes werden durch die Gesetze bestimmt. Im Falle der Verwertung ihrer Geisteswerke oder künstlerischen Leistungen auf Grund eines Vertrages haben die Kreativen Anspruch auf angemessene Vergütung.

(2) Der in Abs. 1 vorgesehene Schutz besteht in der Regel aus einem erga omnes wirkenden Ausschließlichkeitsrecht (geistiges Eigentum); in bestimmten gesetzlich festgelegten Ausnahmefällen kann das Ausschließlichkeitsrecht im öffentlichen Interesse, insbesondere um der Allgemeinheit den Zugang zu wissenschaftlichen und informatorischen Werken zu erleichtern, durch den Anspruch auf angemessene Vergütung für die Nutzung dieser Werke und Leistungen ersetzt werden. Bei der Bestimmung der Schranken des in Abs. 1 vorgesehenen Schutzes muss ein angemessener Rechts- und Interessenausgleich unter den verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern (einschließlich der Inhaber verwandter Schutzrechte nach Abs. 3) sowie zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern einerseits und Nutzern von Werken oder Leistungen andererseits

Zum Vergleich der bisherige Wortlaut des § 1 UrhG: »Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst, genießen für ihre Werke Schutz nach Maßgabe dieses Gesetzes.«. Die Einfügung des »aufgrund« soll dabei den staatlichen Gewährungscharakter betonen. Damit wird der Annahme eines vorgegebenen Naturrechts eine klare Absage erteilt<sup>1403</sup>. Die Begriffe »Literatur, Wissenschaft und Kunst« sind hier bewusst beibehalten worden, auch wenn sie nur eine »ungefähre Abgrenzung des urheberrechtlichen Schutzbereichs«<sup>1404</sup> ermöglichen. Ihr Vorzug ist, dass sie eingebürgert sind und der Terminologie der internationalen Abkommen entsprechen (s. Art. 2 Abs. 1 RBÜ: »Werke der Literatur und Kunst« und Art. 1 WUA: »Literatur, Wissenschaft und Kunst«).

Da das Urheberrecht in der öffentlichen Wahrnehmung seine Selbstverständlichkeit verloren hat und die Debatte über die Sinnhaftigkeit des Urheberrechts mittlerweile weit über den Kreis der juristischen Fachwelt hinaus Interesse erregt, erscheint darüber hinaus ein weiterer, erläuternder bzw. das Urheberrecht legitimierender Absatz 2 als ein geeignetes Mittel, um die Gesetzesadressaten von der Vernünftigkeit und Zweckmäßigkeit des Urheberrechts zu überzeugen<sup>1405</sup>.

gesichert werden. Die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften der Kreativen ist gesetzlich zu regeln, staatlich zu kontrollieren, im Hinblick auf die in Abs. 1 festgelegten politischen Ziele aber auch zu fördern.

(3) Um einen zufrieden stellenden Ertrag ihrer Investitionen zu sichern, wird Produzenten kultureller und informatorischer Erzeugnisse (Verlegern, Herstellern von Tonträgern, Filmherstellern, Sendeunternehmen usw.) das Recht auf Schutz ihrer Erzeugnisse oder Leistungen in Form verwandter Schutzrechte gewährleistet; Inhalt und Schranken sowie die jeweilige, im Vergleich zum Schutz der Urheberwerke kürzere Dauer dieses Schutzes werden durch die Gesetze bestimmt. Die Bestimmungen in Abs. 2 gelten mutatis mutandis.«.

1403 Eine naturrechtliche Rechtfertigung des Urheberrechts wurde oben verworfen, s. Kap. 4 B. II. 1. Vgl. demgegenüber *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 128, der davon ausgeht, dass das Urheberrechtsgesetz durch die bisherige Formulierung des § 1 UrhG lediglich »das von Natur aus gegebene geistige Eigentum anerkenne«.

1404 Schrickler-Schricker, Urheberrecht, Einl. Rn. 4, § 2, Rn. 4.

1405 S. *Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, S. 437 ff., mit einem Überblick über die gesetzgebungstheoretische Diskussion über den Sinn, den Nutzen und die Schwächen von Präambeln bzw. allgemein von Klauseln, die den Zweck eines Gesetzes erläutern. Danach waren Präambeln auch in der deutschen Gesetzgebung früher durchaus üblich. Erst mit dem Aufkommen des Parlamentarismus hätten sie einen Bedeutungsverlust erlitten, da ihre Funktion der Gesetzesbegründung, die sich nunmehr vor allem an die Parlamentarier, und nicht mehr primär an die Gesetzesadressaten oder späteren Gesetzesanwender richtete, sich besser durch detaillierte, separate Gesetzesbegründungen (Motive) erreichen ließ. Gleichwohl seien sie seither noch »bei besonders wichtigen Gesetzgebungsvorhaben« anzutreffen, »die über den Kreis der juristischen Fachwelt hinaus Interesse erregten und wo man daher auf die direkte Ansprache des Gesetzgebers an die Gesetzesunterworfenen mittels Vorrede im Gesetz nicht verzichten wollte« (S. 440). Nach *Mertens*, a.a.O., S. 438, hätten es schon in der Antike *Platon* und *Cicero* befürwortet, »den Gesetzen eine Vorrede voranzustellen, damit der Adressat das Gesetz wohlwollend aufnimmt und er von der Richtigkeit der Anordnungen überzeugt wird«. Siehe im Übrigen auch die Übung, den europäischen Richtlinien und Verordnungen Erwägungsgründe voranzustellen.

## Formulierungsvorschlag für einen § 1 Abs. 2 UrhG de lege ferenda:

»Das Urheberrecht schützt die ideellen Interessen des Urhebers in Bezug auf sein Werk (*Prinzip der persönlichkeitsrechtlichen Interessenwahrung*) und dient (unabhängig davon)<sup>1406</sup> zudem der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes (*Alimentations- und Amortisationsprinzip*<sup>1407</sup>). Zugleich schützt es das individuelle Selbstbestimmungs- sowie Zugangs- und Verwendungsinteresse der Werknutzer, um auf diese Weise für jeden die aktive wie passive Teilnahme am kulturellen Leben der Gemeinschaft und die Teilhabe an den Errungenschaften der Wissenschaft zu ermöglichen (*Partizipationsprinzip*). Durch das Urheberrecht soll damit der kulturelle, wissenschaftliche und wirtschaftliche Fortschritt gefördert und eine offene, insbesondere durch autonome Selbstbestimmung, Pluralismus und kulturelle Vielfalt geprägte Kultur verwirklicht werden.«.

Ein ähnlicher Formulierungsvorschlag für eine Präambel wurde oben bereits in Kap. 4 C. IV. 2. a) a.E. unterbreitet<sup>1408</sup>. Dieser unterscheidet sich von dem vorstehenden im Wesentlichen durch die zusätzliche Aufführung weiterer Zielvorstellungen, namentlich der Förderung des Wettbewerbs. Sein Duktus und Aufbau spricht möglicherweise eher für eine dem Gesetzestext voranzustellende Präambel, während der vorstehende Formulierungsvorschlag, dessen erster Satz evidenterweise an § 11 UrhG angelehnt ist<sup>1409</sup>, so oder in ähnlicher Form eher Eingang in eine in § 1 zu verortende Normzweckklausel finden könnte. Letztlich ist die ge-

- 1406 Diese Einfügung brächte eine Lossagung vom Monismus zum Ausdruck – vorausgesetzt, man entschließt sich tatsächlich für die Preisgabe dieser in der deutschen Lehre immer noch sehr wirkungsmächtigen dogmatischen Vorstellung (dazu noch näher nachfolgend).
- 1407 Alternativ ließe sich für den Begriff »Alimentationsprinzip« auch Vergütungs- oder Beteiligungsprinzip erwägen, siehe hierzu auch *Dietz*, ZUM 2001, 276, 279.
- 1408 Vgl. »Die urheberrechtliche Rahmenordnung schützt die Individualrechte – insbesondere in freiheitssichernder Tradition das Selbstbestimmungsrecht – der Urheber und Nutzer sowie der weiteren Marktteilnehmer in den Märkten für Kulturgüter; damit dient sie im Interesse der Allgemeinheit dem kulturellen, wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Fortschritt sowie der Verwirklichung einer offenen Kultur. Das Urheberrecht soll dazu dem Urheber eine angemessene Vergütung für die Nutzung seiner Werke ermöglichen und den urheberrechtsverwertenden Industrien Anreize setzen für Investitionen. Bei der Ausgestaltung und Auslegung des Urheberrechts sind insbesondere die Förderung des Wettbewerbs, die Sicherung der individuellen Freiheit und die kulturelle und wissenschaftliche Partizipation der Nutzer anzustreben, um auf diese Weise für jeden die aktive wie passive Teilnahme am kulturellen Leben der Gemeinschaft und die Teilhabe an den Errungenschaften der Wissenschaft zu ermöglichen und kulturelle Vielfalt zu fördern.«. S. Kap. 4 C. IV. 2. a) zur näheren Herleitung und Begründung dieser Ziel- und Wertvorstellungen.
- 1409 Vgl. § 11 UrhG: »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.«.

naue Formulierung auch zweitrangig<sup>1410</sup>. Entscheidend ist, dass die vorstehenden Wert- und Zielvorstellungen überhaupt zu Beginn des Gesetzes Erwähnung finden und dass vor allem auf Gesetzesebene unmissverständlich deutlich gemacht wird, dass das Urheberrecht nicht nur den Schutz des Urhebers, sondern auch den Schutz des aktiven und selbstbestimmten Nutzers bezweckt. Im Weiteren lässt sich dann über die genaue Formulierung trefflich streiten.

So ist beispielsweise der Fortschrittsbegriff<sup>1411</sup> im urheberrechtlichen Kontext alles andere als unproblematisch. Dies gilt insbesondere dann, wenn man ein postmodernistisches Kunstverständnis zugrundelegt, bei dem gerade nicht ein Fortschrittsziel maßgeblich ist<sup>1412</sup>. Die Postmoderne ringt, wie ausgeführt, vielmehr mit der Erkenntnis, dass in der Kunst grundsätzlich nichts Neues mehr zu schaffen ist. Wenn aber die nicht selten collagehafte, spielerische Kombination oder auch ironische, zitierende Verwendung bestehender Werke oder Stile immer mehr zum Ausdruck künstlerischen Bemühens wird bzw. werden muss, dann scheint auf den ersten Blick die Verpflichtung des Urheberrechts auf die Förderung immer neuen Werkschaffens kunsttheoretisch in die Leere zu laufen. Eine gewisse »Umwälzungs- und Verbreitungsfunktion<sup>1413</sup>« des Urheberrechts für bereits bestehende geistige Inhalte droht zu kurz zu kommen.

Abgesehen davon, dass manche »die« Postmoderne mittlerweile aber bereits abgelöst sehen durch die mindestens ebenso vage Bezeichnung »Zweite Moderne«<sup>1414</sup>, ist der Fortschrittsbegriff für das Urheberrecht trotz dieser nicht unberechtigten Einwände nicht zwingend zu verwerfen. Auch wenn, wie einige Theoretiker der Postmoderne behaupten, die Realisierung des vollständig Neuen fragwürdig sei, so scheinen sie doch in der immer neuen, ebenso pluralistischen wie zufälligen Anwendung von Ideen und Stilen bzw. der Verwendung vorbestehender Werke insgesamt durchaus ein Charakteristikum zeitgenössischen künstlerischen Werkschaffens zu sehen. In diesem Sinne ist also auch hier ein wenn-

1410 *Dietz*, GRUR Int. 2006, 1, 8, weist zu Recht darauf hin, dass es einem Einzelnen nicht gelingen kann, »auf Anhieb einen in jeder Hinsicht überzeugenden Vorschlag« für eine derartige Klausel vorzulegen, »zumal wenn er für eine Mehrzahl von – jedenfalls europäischen – Ländern unter möglicher Überbrückung des historischen Gegensatzes von Copyright- und Droit d’auteur-Ländern gelten will.«. *Dietz* versteht seinen oben wiedergegebenen Vorschlag für eine Verfassungsklausel daher als eine Art »Versuchsballon«, mit dem er den Wunsch verbindet, dass er eine breite Diskussion entfachen möge. Ein ebensolcher Anspruch wird auch mit dem in dieser Arbeit vorgelegten Formulierungsvorschlag verfolgt.

1411 Ganz ähnlich im Übrigen wie der Innovationsbegriff, dazu oben im Rahmen der kritischen Würdigung des Mehrebenenansatzes, s. Kap. 4 C. I. 2.

1412 *Welsch*, *Unsere postmoderne Moderne*, S. 6; für weitere Nachweise zur Postmoderne wird auf Kap. 3 A. III. sowie Kap. 4 C. I. 2. b) verwiesen.

1413 Verbreitung hier verstanden im untechnischen Sinne.

1414 Hierzu *Klotz*, in: *Die Zweite Moderne, Eine Diagnose der Kunst der Gegenwart*, S. 9 ff. *Klotz* möchte insbesondere in den Medienkünsten mit ihren erweiterten Darstellungsmöglichkeiten den Aufbruch zu einer neuen Avantgarde erkennen; in dem auch von *Klotz* hg. Sammelband finden sich zahlreiche weitere Diskussionsbeiträge zum Begriff der »Zweiten Moderne«.

gleich zähes Fortschreiten der kulturellen Fortentwicklung zu beobachten. Vor diesem Hintergrund mag zwar ein qualitatives oder per se kulturoptimistisches Fortschrittsverständnis in dem Sinne, dass ein Werk von Grund auf neu bzw. besser als frühere ist, eher fehl am Platze sein, zumal für die Bewertung eines qualitativen Fortschritts auch der erforderliche Maßstab fehlte<sup>1415</sup>. In Betracht kommt allenfalls ein neutralerer quantitativer Fortschrittsbegriff<sup>1416</sup>. Fortschritt kann daher im urheberrechtlichen Kontext – wenn überhaupt – nur heißen: mehr Werke. Im Übrigen darf man nicht aus dem Blick verlieren, dass der Fortschrittsbegriff im Bereich der Wissenschaft und Wirtschaft, auf deren Förderung die vorgeschlagene Normzweckklausel gleichermaßen zielt, weitaus weniger problematisch ist<sup>1417</sup>. Im Ergebnis kann mithin am Begriff des Fortschritts in einer urheberrechtlichen Normzweckklausel festgehalten werden.

Gesetzestechisch bedürfte es bei Einfügung einer wie oben vorgeschlagenen Normzweckklausel in § 1 UrhG freilich der Anpassung der übrigen programmatischen Aussagen im UrhG. Um eine Wiederholung des Prinzips der persönlichkeitsrechtlichen Interessenwahrung sowie des Beteiligungsgrundsatzes zu vermeiden, wäre § 11 UrhG ersatzlos zu streichen. Bei dieser Gelegenheit ließe sich dann ggf. auch die fragwürdige Vorstellung einer untrennbaren Einheit von vermögensrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Urheberrechtskomponenten, also das bislang in § 11 Satz 1 und § 29 UrhG zum Ausdruck kommende Bekenntnis des deutschen Gesetzgebers zum Monismus, aus dem UrhG tilgen<sup>1418</sup>. Um einer Abkehr vom Monismus bzw. vor allem vom Unübertragbarkeitsdogma vermögensrechtlicher Befugnisse Ausdruck zu verleihen, wäre dann in der Normzweckbestimmung zu betonen, dass der vermögensrechtliche und persönlichkeitsrechtliche Schutz nicht unauflösbar eng miteinander verklammert sind (wie der Monismus bekanntlich annimmt), sondern vielmehr unabhängig voneinander und selbstständig für sich stehend gewährt werden (siehe dazu oben die in Klammern gesetzte Einfügung). Voraussetzung dafür wäre freilich, dass man sich tatsächlich zu einer Preisgabe des Monismus entschließt. Auch wenn viel dafür

1415 Gegen ein qualitatives Verständnis lässt sich im Übrigen auch die Semantik anführen, namentlich die Verwandtschaft von »Fortschritt« und Fortschreiten. *Joseph Roth* wird die in diesem Zusammenhang treffende Bemerkung zugeschrieben: »Der Begriff »Fortschritt« allein setzt bereits die Horizontale voraus. Er bedeutet ein Weiterkommen und kein Höherkommen.«.

1416 Gänzlich wertungsfrei ist auch dieser nicht, schließlich existieren durchaus auch kultur- und geschichtsphilosophische Betrachtungsweisen, denen das Fortschrittsdenken der westlichen Moderne als solches fremd ist und die anstelle einer linearen geschichtlichen Entwicklung beispielsweise von einem zyklischen Verlauf ausgehen.

1417 S. *Weber*, *Wissenschaft als Beruf*, in: *Politik und Gesellschaft*, S. 1016, 1023 ff.: »Die wissenschaftliche Arbeit ist eingespannt in den Ablauf des *Fortschritts*. Auf dem Gebiete der Kunst dagegen gibt es – in diesem Sinne – keinen Fortschritt.«.

1418 Zu diesem Grundsatz und seiner Verankerung in § 11 Satz 1 UrhG *Schricker-Schricker*, *Urheberrecht*, Einl. Rn. 21; § 11, Rn. 1 f.

spricht, diesen dogmatischen Zopf abzuschneiden<sup>1419</sup>, kann diese Frage hier realistischerweise nicht am Rande beantwortet werden. Hier soll nur aufgezeigt werden, welche gesetzgeberischen Maßnahmen im Zuge einer Revision des urheberzentrierten Urheberrechts prinzipiell denkbar wären. Abgesehen davon würden von einer teilweisen Überwindung des Unübertragbarkeitsdogmas und der damit gesteigerten Verkehrsfähigkeit vermögensrechtlicher Befugnisse primär die Verwerter profitieren und nur mittelbar die (End-) Nutzer. Es wäre daher strenggenommen sogar missbräuchlich, die Abkehr vom Monismus mit dem Nutzerschutzgedanken rechtfertigen zu wollen<sup>1420</sup>. Auch aus diesem Grund soll die Diskussion über die verbleibende Sinnhaftigkeit des Monismus hier nicht vertieft werden.

Im Zuge einer programmatischen Neuausrichtung des Urheberrechts ließe sich darüber hinaus aber erwägen, auch die Gesetzesbezeichnung zu ändern<sup>1421</sup>. Um sich vom rein urheberzentrierten Paradigma zu lösen, könnte man statt Urheberrecht beispielsweise vom Gesetz zur Förderung kreativen Schaffens<sup>1422</sup> oder dem Schutzrecht der Kreativen<sup>1423</sup> oder besser und weiter noch vom *Schutzrecht der Urheber und der aktiven und selbstbestimmten Nutzer* sprechen<sup>1424</sup>. Der Begriff des »kreativen Schaffens« (denkbar wäre auch Kreativitätsschutzrecht) würde dabei gleichermaßen die Schutzbedürfnisse des Urhebers wie des kreativ-schöpfere-

- 1419 Es wird insoweit verwiesen auf Kap. 5. B. II. 2. und die dortigen kritischen Anmerkungen zum Monismus im Anschluss an *Hilty*, Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse, in: FS Rehbinder, S. 259, 272 ff.
- 1420 *Beater*, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 43 f., warnt vollkommen zu Recht davor, dass Normzwecküberlegungen ein gewisses Missbrauchspotential innewohnt: »zu einem Allheilmittel dürfen sie (die Schutzzwecke, Einf. des Verf.) nicht degeneriert werden. Schutzzweckargumentationen werden gleichwohl permanent mißbraucht und mißachtet. Insbesondere der Verbraucherschutzgedanke wird mißbraucht, wenn er in Fällen herangezogen wird, die gar nicht den Verbraucherschutz betreffen (...) In gleicher Weise kann es auch zu Mißachtungen von Schutzgedanken kommen. Während es beim Mißbrauch »nur« um falsche Begründungen geht, stehen bei der Mißachtung falsche Ergebnisse in Frage.«.
- 1421 Dieser Gedanke ist oben bereits im Zusammenhang mit dem Plädoyer für ein integratives Rechtfertigungsmodell verfolgt worden, s. Kap. 4 D. IV. a.E.
- 1422 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 77, hat bereits 1954 mit Blick auf die damalige Reformdiskussion angeregt, man solle das künftige Gesetz besser »als ein Gesetz zum Schutz des kulturellen Schaffens bezeichnen«. Er sah sich zu dieser Bemerkung veranlasst durch die Gesetzesentwürfe von 1932 und 1939, die den Kreis der geschützten Leistungen über die individuellen Geisteswerke hinaus erweiterten.
- 1423 *Sterling*, Creator's right, in: Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, Hg. v. *INTERGU*, S. 77, 80, hat »creator's right« vorgeschlagen.
- 1424 Wenn man auch berücksichtigen wollte, dass über den in dieser Arbeit schwerpunktmäßig untersuchten Bereich des Urheberrechts im engeren Sinne hinaus heute unter dem Dach des deutschen UrhG auch investitionsschützende Bestimmungen verortet sind (siehe etwa den europarechtlich vorgesehenen sui-generis-Datenbankschutz), empfehle sich die Bezeichnung: Gesetz bzw. Recht zum Schutze bzw. zur Förderung kreativen Schaffens sowie der Kultur- und Medienindustrie.

rischen Werknutzers als potentiellm Urheber umfassen<sup>1425</sup>. Sein Vorzug wäre, dass er stärker den zu fördernden kreativen Schaffensprozess als solchen betonte. Damit schлosse sich der Kreis zum weltweit ersten Urheberrechtsgesetz, dem britischen Statute of Anne von 1709/1710, das ebenfalls auf die Förderung kreativen Schaffens abzielte. In dessen Präambel wurde betont, dass das Gesetz erlassen worden sei »for the encouragement of learned men to compose and write useful books«<sup>1426</sup>. Etwas zu kurz käme bei dieser Hervorhebung des kreativen Schaffens dann freilich der Aspekt der selbstbestimmten Nutzung. Diese Begriffswahl privilegierte den aktiven, werkschaffenden Nutzer und vernachlässigte den »passiven« Konsumenten, der, wie oben gesehen, in seinem Interesse an Autonomie, individueller Selbstentfaltung und »communicative« bzw. »social consumption« (*Liu*)<sup>1427</sup>, also allgemein in seiner Entscheidungsfreiheit darüber, wie, wann, wo und unter welchen Bedingungen er legal erworbene Inhalte verwenden kann, prinzipiell ebenfalls schutzbedürftig ist. Aus diesem Grund wird hier daher für den Bereich des Urheberrechts im engeren Sinne auch die Bezeichnung »Schutzrecht der Urheber und der aktiven und selbstbestimmten Nutzer« vorgeschlagen.

## 2. Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzdauer

Eine gesetzestechnisch vergleichsweise einfach umzusetzende, rechtspolitisch vermutlich aber zugleich am schwersten zu realisierende Nutzerschutzmaßnahme wäre de lege ferenda eine Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzdauer.

1425 Die Tatsache, dass viele kreativ-schöpferische Nutzer selber Urheber sind, wirft die Frage auf, ob diese Gruppe deshalb modelltheoretisch bei den Urhebern oder bei den Nutzern zu verorten ist. Die Antwort darauf ist eindeutig: Sie sind ganz klar den Nutzern zuzuordnen. Zwar würde der Urheberschutzzweck durch den Nutzer-als-Urheber-Gedanken relativiert, diese Beschränkung drohte rechtspolitisch aber schnell »unterzugehen«, da sich allzu leicht anführen ließe, diese Relativierung sei bei einer gerechten Ausgestaltung des Urheber-Schutzes bereits berücksichtigt. Aus Gründen der Transparenz und urheberrechtspolitischen Eindeutigkeit sprechen daher die besseren Argumente für eine Verortung beim Nutzerschutz.

1426 Das Statute of Anne selbst trug den Titel: »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.«; dass mit dem »Statute of Anne« bezweckt wurde, die Kreativität zu fördern, betont auch *Davies*, *Copyright and the Public Interest*, 2-007, S. 15; s. dazu auch *Dietz*, GRUR Int. 2006, 1. Das Statute of Anne findet sich abgedruckt als Appendix 1 in *Davies*, *Copyright and the Public Interest*, S. 371.

1427 *Liu*, 44 B. C. L. Rev. 397, 411 ff. (2003).

a) *Notwendigkeit einer stärker differenzierten bzw. flexibleren Dauer des Urheberrechts*

Problematisch an der pauschalen 70jährigen Schutzfrist post mortem auctoris ist, dass sie völlig undifferenziert<sup>1428</sup> und starr, unabhängig von der Schöpfungshöhe für alle Werkkategorien gleichermaßen gilt: Der Urheber eines aufwendigen, hochkomplexen Romans genießt den gleichen Schutz wie der Texturheber eines banalen Schlager-Refrains; Urhebern von Filmwerken wird die gleiche Schutzdauer angediehen wie Autoren von wissenschaftlichen Zeitschriftenbeiträgen oder Zeitungsartikeln, obwohl deren Amortisierungszeitraum im Regelfall beträchtlich kürzer sein dürfte<sup>1429</sup>. Erschwerend kommt hinzu, dass nicht zwischen kommerziell und nicht-kommerziell ausgewerteten Werken unterschieden wird. Wie in Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (3) bereits festgestellt, werden viele Werke aber nicht aufgrund monetärer Anreize geschaffen; dem Werkschaffen liegt schlicht häufig keine kommerzielle Verwertungsabsicht zugrunde. Auch wird die weit überwiegende Zahl der geschaffenen Werke in unserer schnelllebigen Medien- und Konsumgesellschaft tatsächlich nur für einen relativ kurzen Zeitraum kommerziell ausgewertet<sup>1430</sup> - nicht aber für die 70 Jahre zumeist weit überschreitende Dauer des urheberrechtlichen Schutzes<sup>1431</sup>.

- 1428 Das Fehlen einer Differenzierung bei der Schutzdauer kritisiert auch *Stallman*, *Free Software, Free Society*, S. 85: »it is (...) foolish to »pay« for all kinds of art with the greatest price in freedom that we find necessary for any one kind.«.
- 1429 Ähnlich kritisch *Hilty*, *Sündenbock Urheberrecht?*, in: *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Hg. v. *Ohly/Klippel*, S. 107, 125 f. und 130, sowie *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 507 (2003): «Current copyright law does not differentiate among different types of work. All copyrightable works, from computer programs to novels to installation art (which is typically site-specific and lasts only the length of the exhibition), have the identical term despite the large differences in commercial life expectancy. A system of indefinite renewals would automatically distinguish the enduring from the ephemeral.«, zu letzterem Lösungsansatz nachfolgend unter c).
- 1430 *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 475 und 501 ff. (2003): «copyrights (...) are subject to significant depreciation and have an expected or average life of only about 15 years»; *Lessig*, *Free Culture*, S. 225: »Of all the creative work produced by humans anywhere, a tiny fraction has continuing commercial value. For that tiny fraction, the copyright is a crucially important legal device. For that tiny fraction, the copyright creates incentives to produce and distribute the creative work.«; *Stallman*, *Free Software, Free Society*, S. 85: «In most media and genres, successful works are very profitable in just a few years, and even successful works are usually out of print well before ten.«.
- 1431 Indem der Schutz bereits mit der Schöpfung des Werkes einsetzt, und die 70jährige Schutzfrist erst p.m.a. zu laufen beginnt, ist schließlich in den allermeisten Fällen die verbleibende Lebensspanne des Urhebers noch hinzuzurechnen, so dass in der Rechtspraxis ein 100-130 und mehr Jahre währender Schutz bei einem langlebigen Urheber, der seine produktivste Schaffensphase in seiner Jugend bzw. im frühen Erwachsenenalter hatte, keine Seltenheit sein dürfte.

b) *Differenzierung anhand der Amortisations- bzw. Auswertungsdauer?*

Der Urheberrechtsgesetzgeber steht daher – vereinfacht gesagt – vor einem zweifachen Problem: Er weiß erstens nicht, wieviel, d.h. vor allem wie lange, er urheberrechtlichen Schutz gewähren muss, damit das erwünschte kreative Schaffen nicht zum Erliegen kommt. Er weiß zweitens nicht, wie lang der urheberrechtliche Schutz bemessen sein muss, damit die Verwerterindustrie einen ausreichenden Anreiz sieht, um in die Verbreitung von Geisteswerken zu investieren. Selbst wenn der Gesetzgeber sich dazu entschliesse, die Schutzdauer der Verwerterrechte<sup>1432</sup> an die jeweilige Amortisations- oder Auswertungsdauer zu koppeln (bei der Amortisationsdauer mit einem zeitlichen Aufschlag, der dem Verwerter die Realisierung von Gewinnen ermöglichte), stünde er vor einem unlösbaren Problem. So müsste er bei einem solchen »marktbasierten« Ansatz die empirische Frage beantworten, wie lang erfahrungsgemäß für die verschiedenen Werkkategorien die übliche Amortisationsdauer bzw. Auswertungsspanne in den unterschiedlichen Marktsegmenten tatsächlich ausfällt. Empirische Studien führten ihn dann zu dem absehbaren Ergebnis, dass diese Zeiträume auch innerhalb der verschiedenen Werkkategorien erheblichen Schwankungen unterworfen sind und generell stark divergieren. Bestseller und Zeitungsartikel beispielsweise dürften evidenterweise einen signifikant voneinander abweichenden Amortisations- und Auswertungszeitraum aufweisen. Dem Gesetzgeber bliebe keine andere Wahl, als mittels methodologisch höchst unbefriedigender Pauschalierungen für die einzelnen urheberrechtlichen Schutzgegenstände (bzw. zumindest Werkarten) je eigene Schutzfristen zu kodifizieren. Der Rechtsanwender würde in Folge mit einer schier unüberschaubaren Vielzahl divergierender Schutzfristen und komplizierter Abgrenzungsprobleme konfrontiert. Die bereits heute unter dem Gesichtspunkt des Nutzerschutzes problematische urheberrechtliche Überregulierung würde sich noch verschlimmern. Eine dergestalt vollzogene und wegen der beschriebenen empirischen Nöte notwendigerweise letztlich willkürlich bleibende Ausdifferenzierung der Schutzfristlänge ist mithin abzulehnen.

c) *Formulierungsvorschlag für eine fünfjährige Schutzfrist mit Verlängerungsoption*

Wenn sich empirisch nicht befriedigend ermitteln lässt, wie lang der urheberrechtliche Schutz bemessen sein muss, um die Schaffung und Verbreitung von Geisteswerken zu stimulieren, dann ist es vorzugswürdig, das empirische Quantifizierungsproblem dadurch zu umgehen, dass man die Marktteilnehmer weitgehend selbst darüber entscheiden lässt, wie lange sie den urheberrechtlichen

1432 Für den unverzichtbaren Kern persönlichkeitsrechtlicher Befugnisse (Veröffentlichungsrecht, Namensnennungsrecht, Entstellungsschutz) wäre dann möglicherweise eine eigene Lösung mit einem tendenziell länger dauernden Schutz zu finden.

Schutz jeweils in Anspruch nehmen wollen. Erreichen lässt sich dies – unter Abänderung europäischen und internationalen Urheberrechts (dazu nachfolgend) – durch eine radikale Verkürzung auf eine beispielsweise *fünffährige Schutzfrist ab Veröffentlichung mit anschließender, gebührenpflichtiger mehrmaliger Verlängerungsoption*<sup>1433</sup>. Als alternative Anknüpfungspunkte für den Schutzfristbeginn kämen neben dem Zeitpunkt der Veröffentlichung prinzipiell auch der Zeitpunkt

- 1433 Einen ähnlichen Ansatz verfolgt u.a. *Lessig, The Future of Ideas*, S. 251 ff. (ebenfalls 5jährige Schutzfrist, Schutzbeginn allerdings *erst mit Registrierung*, für bestimmte unveröffentlichte Werke – wie etwa private Emailkorrespondenz – möchte *Lessig* das bisherige Schutzsystem dabei unverändert aufrechterhalten); es ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass ein »renewal system« in den USA mit einer Schutzfrist von 28 Jahren (ab Erstveröffentlichung oder Registrierung) und einer Verlängerungsmöglichkeit um weitere 28 Jahre bis zum 01.01.1978 in Kraft war. Auch *Towse, Copyright and Cultural Policy for the Creative Industries*, in: *Economics, Law and Intellectual Property*, Hg. v. *Granstrand* S. 419, 436, tritt für eine verlängerbare Schutzfrist von zunächst 15-20 Jahren ein, »so that the market can revalue copyrights«. In diesem Sinne auch schon *Plant*, 1 *Economica* 167, 194 f. (1934); *Landes/Posner*, 70 *U. Chi. L. Rev.* 471 ff. (2003), machen sich nunmehr für ein »indefinitely renewable copyright« stark. Auch wenn dieses Schlagwort es nahelegen würde, plädieren *Landes/Posner* keineswegs für einen gänzlich unbegrenzten Schutz. Sie schlagen vielmehr vor (S. 473): »an initial term of twenty years and a maximum of six renewal terms of ten years each, for a maximum duration of eighty years«. In einem früheren »working paper«, das online unter <http://ssrn.com/abstract=319321> frei verfügbar ist und offenbar deshalb häufiger zitiert wird, hatten sie interessanterweise sogar eine maximal 100jährige Schutzfrist vertreten (s. *Landes/Posner*, *U Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper No. 154 (2002) S. 2). Sie argumentieren (S. 473 f. u. 497 ff.), dass in empirischer Hinsicht trotz nur geringfügiger Verlängerungsgebühren nur für *weniger als 11 %* der zwischen 1883 und 1964 in den USA registrierten Werke der Schutz nach Auslaufen der Regelschutzfrist von 28 Jahren verlängert worden sei. Weil zudem (S. 501 ff.) die große Mehrzahl der schutzfähigen Werke einer raschen Wertminderung unterliege, sei anzunehmen, dass nur wenige Rechteinhaber von der Verlängerungsoption Gebrauch machen würden, so dass auch bei einem verlängerbaren Schutzfristregime übermäßige Zugangs-, Such- und Informationskosten nicht zu befürchten seien. *Landes/Posner* folgt z.B. *Khong*, 15 *Int'l J. L. & Info. Tech.* 54, 87 ff. (2007), der allerdings für eine kürzere Eingangsschutzfrist von zehn Jahren plädiert und den Schutz für unveröffentlichte Werke fünf Jahre nach dem Tode des Urhebers auslaufen lassen möchte, es sei denn, das Werk ist innerhalb dieser Frist veröffentlicht worden. Eine radikale Verkürzung der Schutzdauer verfiert demgegenüber beispielsweise *Stallman, Free Software, Free Society*, S. 84 f.: grds. einmalig 10 Jahre (ohne Verlängerungsoption), länger für Bearbeitungsrecht, Filme mit einer Spiellänge von über 1 Std.: 20 Jahre; Computerprogramme: 3 Jahre. *Stallman* will den Schutz dabei jeweils erst ab Veröffentlichung gewähren, »(b)ecause copyright on *unpublished* works does not directly limit readers' freedom; whether we are free to copy a work is moot when we do not have copies« (Hervorhebung durch den Verf.); auch *Hilty*, *GRUR Int.* 2003, 201, 203 ff., hat anlässlich der US-Supreme Court-Entscheidung *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), ein generelles Überdenken des Schutzfristregimes angemahnt und jüngst nunmehr ebenfalls ein Modell vorgeschlagen, mit einer

der Schaffung oder der der Registrierung des jeweiligen Werks in Betracht<sup>1434</sup>. Der Zeitpunkt der Werkschöpfung ist aber häufig nur unzureichend bestimmbar (zumindest schlechter als der der Veröffentlichung<sup>1435</sup>) und die Registrierung bürdete v.a. dem Urheber, der keine kommerzielle Verwertungsabsicht verfolgt, für das Einsetzen des ersten Schutzfristintervalls eine zu große Last auf<sup>1436</sup>. Viele Urheber, die von einer Registrierung absähen, entweder weil sie von einem Registrierungserfordernis keine Kenntnis hatten oder diese bei der Veröffentlichung schlicht vergessen haben, stünden plötzlich schutzlos da. Die Anknüpfung an den Zeitpunkt der Veröffentlichung für den Schutzfristbeginn (nicht den Schutzbeginn) ist dem nationalen, europäischen und internationalen Urheberrecht abgesehen davon in Sonderfällen keineswegs völlig fremd; auf den Veröffentlichungszeitpunkt wird zum Beispiel im Falle von anonymen oder pseudonymen Werken zurückgegriffen<sup>1437</sup>. Sowohl für eine genaue Bestimmung des Schutzfristbeginns und des Schutzfristendes sowie darüber hinausgehend sogar für die Neugestaltung der Schutzfristregelung könnte man sich daher an bereits vorhandenen Regelungen wie § 66 Abs. 1<sup>1438</sup> i.V.m. § 6 Abs. 1 (Begriff der Veröffentlichung)<sup>1439</sup>

ersten »relativ kurz bemessene(n)« Schutzperiode mit anschließender, entgeltpflichtiger Verlängerungsoption, s. *Hilty, Sündenbock Urheberrecht?*, in: *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Hg. v. *Ohly/Klippel*, S. 107, 132 f.; Pointiert *Grassmuck*, *Freie Software. Zwischen Privat- und Gemeineigentum*, S. 407: »Da die Informationsmenge immer schneller wächst und damit Wissen immer schneller veraltet, wäre es nur folgerichtig, die Schutzfrist zu verkürzen. Die absurde Schutzdauer für das Monopolrecht an geistigem Eigentum von 70 Jahren nach dem Tod des Autors müsste zurückgeschraubt werden. Eine selbstbewusste zivile Wissensgesellschaft würde sich nicht – weitgehend ohne es auch nur zu bemerken – von Mickey Mouse auf der Nase herumtanzen lassen.«.

- 1434 Für letzteren plädiert z.B. *Lessig, The Future of Ideas*, S. 251. Allgemein zu den verschiedenen, theoretisch sich anbietenden Möglichkeiten der Anknüpfung für den Schutzfristbeginn *Beier, Die urheberrechtliche Schutzfrist*, S. 119 ff.
- 1435 So auch *Schricker-Katzenberger, Urheberrecht*, § 66, Rn. 2, im Kontext der Spezialregelung für anonyme und pseudonyme Werke: »Der Zeitpunkt der ersten Veröffentlichung als Anknüpfungspunkt der Schutzdauerberechnung besitzt gegenüber der Alternative, die Schutzdauer von der Entstehung des Werkes an zu berechnen, den Vorzug der leichteren Feststellbarkeit.«.
- 1436 Wenn dieser Urhebertypus nach Ablauf des ersten, ipso iure gewährten Schutzfristintervalls ausnahmsweise das Bedürfnis nach einer Verlängerung des vermögensrechtlichen Schutzes verspürt (obwohl er ihn bislang gar nicht in Anspruch genommen hat, er sich aber für die Zukunft absichern will), dann ist ihm eine – vergleichsweise einfach über das Internet abzuwickelnde – Registrierung zuzumuten.
- 1437 S. § 66 Abs. 1 Satz 1 UrhG; Art. 1 Abs. 3 Schutzdauer-Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 sowie Art. 7 Abs. 3 RBÜ.
- 1438 § 66 Abs. 1 UrhG lautet: »Bei anonymen und pseudonymen Werken erlischt das Urheberrecht siebenzig Jahre nach der Veröffentlichung. Es erlischt jedoch bereits siebenzig Jahre nach der Schaffung des Werkes, wenn das Werk innerhalb dieser Frist nicht veröffentlicht worden ist.«.
- 1439 S. dazu *Dreier-Schulze-Dreier, UrhG*, § 66, Rn. 4: »Der Begriff der Veröffentlichung entspricht § 6 Abs. 1. Er umfasst mithin sowohl die öffentliche Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 als auch das Erscheinen als einen qualifizierten Fall der Veröffentlichung«; s.a. *Schricker-Katzenberger, Urheberrecht*, § 66, Rn. 12.

sowie § 69 (Fristberechnung) UrhG orientieren<sup>1440</sup>. § 64 UrhG bzw. die jeweilige nationale urheberrechtliche Schutzfristbestimmung könnte *de lege ferenda* dann – unter Ausklammerung der möglicherweise abweichend zu regulierenden Dauer des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Entstellungsschutzes und Namensnennungsrechts – beispielsweise lauten:

- (1) Das Urheberrecht erlischt fünf Jahre nach der gestatteten Erstveröffentlichung des Werkes. Der Schutz für unveröffentlichte Werke erlischt endgültig mit dem Tode des Urhebers<sup>1441</sup>.
- (2) Die Fristen gemäß Abs. 1 sind Jahresfristen gemäß § 69 UrhG. Sie beginnen mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem das für den Beginn der Frist maßgebende Ereignis eingetreten ist<sup>1442</sup>.
- (3) Die Schutzfrist gemäß Abs. 1 Satz 1 kann um jeweils fünf Jahre verlängert werden.

1440 Für die gesetzestechnische Ausgestaltung des Verlängerungsverfahrens kann man sich beispielsweise an § 47 MarkenG oder an §§ 27, 28 Geschmacksmustergesetz orientieren (in letzterem Fall wäre dann die Rede von einer Aufrechterhaltung und nicht einer Verlängerung des Schutzes). Für die Bestimmung des maßgeblichen Veröffentlichungszeitpunktes und die Probleme, die dabei auftreten können, ist auch die patentrechtliche Diskussion über eine mögliche (Wieder-) Einführung der patentrechtlichen Neuheitsschonfrist aufschlussreich, siehe zu den Pro- und Contraargumenten einer Neuheitsschonfrist gerade auch angesichts der komplizierten Situation bei Internetpublikationen *Straus*, *Grace Period and the European and International Patent Law*, S. 51 ff. und v.a. 84 f. Der denkbare Rückgriff auf die Ausgestaltung der Verlängerungsverfahren in anderen Schutzrechtsgesetzen zeigt generell, dass wir prinzipiell bereits über grundlegende Erfahrungen im Umgang mit solchen Verfahren verfügen; *Hilty*, *Stundenbock Urheberrecht?*, in: *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Hg. v. *Ohly/Klippel*, S. 107, 133, bringt diesen Gesichtspunkt treffend auf den Punkt: »Der gewerbliche Rechtsschutz beweist, dass es geht.«

1441 Verzichtete man in Satz 2 auf das »endgültig«, also die Feststellung, dass das Erlöschen des Schutzes irreversibel ist, wäre ein Wiederaufleben des Schutzes nicht ausgeschlossen. Verwerter, die nach § 1 Satz 2 gemeinfrei gewordene Werke veröffentlichen, erhielten dann mit Veröffentlichung gemäß Abs. 1 Satz 1 scheinbar einen erneuten Schutz. Um diesem möglichen Missverständnis vorzubeugen, wird in Abs. 1 explizit an die *Erstveröffentlichung* angeknüpft und in Abs. 1 Satz 2 das Auslaufen des Schutzes ausdrücklich für endgültig erklärt. Der urheberrechtliche Schutz als solcher beginnt auch in diesem Schutzfristregime mit der Schaffung des Werkes und nicht mit dessen Veröffentlichung. Die Veröffentlichung setzt nur die Schutzfrist in Gang. Unter rein dogmatischen Gesichtspunkten wäre die vorstehend erläuterte Klarstellung daher an sich entbehrlich.

1442 Satz 2 hat hier eigentlich nur deklaratorische Bedeutung. Er wurde allein aus Gründen der leichteren Verständlichkeit eingefügt. S.a. den Hinweis von *Dreier-Schulze-Dreier*, *UrhG*, § 69, Rn. 2, zu einem möglichen Missverständnis des § 69 UrhG. Danach sei der in § 69 UrhG vorgesehene »Fristbeginn (...) nicht zu verwechseln mit dem Beginn des urheberrechtlichen Schutzes als solchem.«. Letzteren genießt der Urheber wie gesagt auch in dem hier vorgeschlagenen Lösungsmodell *ipso iure* ab dem Zeitpunkt, zu dem er das Werk geschaffen hat. Im Ergebnis wäre also das Kalenderjahr, in dem das jeweilige Werk veröffentlicht wurde, bei der Bestimmung der Schutzfrist nicht mitzurechnen. Konkret begönne die fünfjährige Frist des Abs. 1 Satz 1 also erst am 1. Januar des auf die Veröf-

- (4) Die Verlängerung der Schutzfrist wird dadurch bewirkt, dass eine Verlängerungsgebühr gezahlt wird.
- (5) Die Verlängerung der Schutzfrist wird am Tag nach dem Ablauf der Schutzfrist wirksam. Sie wird in ein Register eingetragen und veröffentlicht. Zur Ermöglichung von Lizenzverhandlungen hat der Urheber oder Rechteinhaber geeignete Angaben zu machen, die potentielle Nutzer in die Lage versetzen, mit ihm in Kontakt zu treten.
- (6) Zur Sicherung seiner Rechte kann der Urheber oder Rechteinhaber das Werk auch schon vor Ablauf der gemäß Abs. 1 bereits kraft Gesetzes vorgesehenen fünfjährigen Schutzfrist seit Erstveröffentlichung vorsorglich in das Register eintragen lassen<sup>1443</sup>.
- (7) Wird die Schutzfrist nicht verlängert, so wird das Werk gemeinfrei.

Zur Erläuterung: Aus Abs. 1 geht hervor, dass für veröffentlichte und unveröffentlichte Werke in dem hier verfolgten Lösungsmodell ein unterschiedliches Schutzfristregime gelten soll. Für veröffentlichte Werke läuft der urheberrechtliche Schutz fünf Jahre nach Erstveröffentlichung ab, sofern der Urheber bzw. Rechteinhaber nicht von der Verlängerungsoption Gebrauch macht. Der ab Werkschöpfung gewährte Schutz für unveröffentlichte Werke läuft gemäß Abs. 1 Satz 2 hingegen erst mit Ablauf des Kalenderjahres aus, in dem der Urheber verstorben ist. Damit soll dem urheberpersönlichkeitsrechtlich basierten Erstveröffentlichungsrecht des Urhebers (§ 12 Abs. 1 UrhG) Rechnung getragen werden. Es würde zu weit gehen, dem Urheber zu Lebzeiten das Recht zu nehmen, darüber entscheiden zu dürfen, ob, wo und wie sein Werk veröffentlicht wird<sup>1444</sup>. Insoweit wird hier ausdrücklich einer traditionell-personalistischen Sichtweise gefolgt<sup>1445</sup>.

fentlichung folgenden Jahres zu laufen und endete mit dem 31. Dezember des 5. Jahres, vgl. Schricke-Katzenberger, Urheberrecht, § 66, Rn. 18; Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 66, Rn. 4 u. § 69, Rn. 3. Für die Ermittlung der Schutzfrist, wäre also immer nur das Jahr (und nicht etwa der Tag) der Erstveröffentlichung festzustellen. Dadurch würde die Rechtsanwendung ganz erheblich erleichtert.

- 1443 Überlegenswert wäre, diese freiwillige Vorab-Registrierungsmöglichkeit ggf. gebührenfrei auszugestalten, um möglichst viele Urheber bzw. Rechteinhaber zu einer frühzeitigen Eintragung in die Online-Datenbank zu animieren. Zu finanzieren wäre die erforderliche Infrastruktur durch eine von den Verlängerungsgebühren gespeiste Querfinanzierung.
- 1444 Die teilweise zu findende Argumentation, solange das Arbeitsergebnis einem Dritten noch gar nicht bekannt geworden sei, bestehe auch noch kein Schutzbedürfnis, ist verfehlt. Wenn Oberndörfer, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 125 f., 128, vertritt, der Schutz schöpferischer Leistung entbehre vor dem Zeitpunkt der Veröffentlichung, bis zu dem das Werk noch im Bereich der eigenpersönlichen Sphäre des Urhebers verbleibe und weder der Nutzung oder Veränderung durch Andere ausgesetzt sei, der Funktionalität, dann übersieht er für jenen Zeitraum, ab dem einzelne von der Existenz des Werkes Kenntnis haben bis zur Veröffentlichung des Werkes i.S.v. § 6 Abs. 1 UrhG, die erhebliche funktionale Bedeutung der *negativen Publikationsfreiheit*, wie sie durch § 12 Abs. 1 UrhG gewährt wird.
- 1445 Siehe zu deren Berücksichtigung im hier verfolgten integrativen Rechtfertigungsmodell Kap. 4 D. II.

Zugleich soll mit der vorgeschlagenen Regelung aber auch verhindert werden, dass durch eine unterbleibende Veröffentlichung ein theoretisch ewiger, post-mortaler urheberrechtlicher Schutz eintritt<sup>1446</sup>. Ein solcher wäre mit dem Gedanken des Nutzerschutzes und der Zielvorstellung einer offenen Kultur unvereinbar<sup>1447</sup>. Daher wird hier vorgeschlagen, dass der Schutz für unveröffentlichte Werke mit dem Tode des Urhebers erlischt<sup>1448</sup>.

Da die Urheberpersönlichkeitsrechte – und mit ihm das Veröffentlichungsrecht – bislang gemäß § 64 UrhG erst siebenzig Jahre p.m.a. im Gleichlauf mit den vermögensrechtlichen Befugnissen erlöschen, ist absehbar, dass dieser Vorschlag insbesondere in Ländern mit monistischer bzw. dualistischer Tradition provozieren muss<sup>1449</sup>. Es sei daher darauf hingewiesen, dass ein Erlöschen urheberpersön-

1446 Dieser Rechtsgedanke liegt letztlich auch § 66 Abs. 1 Satz 2 UrhG zugrunde, auch wenn im Gesetz an die Schaffung des Werkes und nicht den Todeszeitpunkt angeknüpft wird, s. dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 66, Rn. 5.

1447 Vgl. Schricker-Dietz, Urheberrecht, Vor §§ 12 ff., Rn. 34, der ein ewiges Urheberpersönlichkeitsrecht »im Hinblick auf das kulturpolitische Interesse an der Erhaltung der Lebendigkeit moderner Kultur und eines schöpferischen Freiraums für die schaffende Generation der Urheber« ablehnt; kritisch zu einem ewigen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutz anlässlich der *Victor-Hugo*-Entscheidung des Cour d'appel de Paris vom 31.03.2004 auch *Nérissou*, IIC 2005, 953, 961.

1448 Theoretisch ließe sich die endlose Perpetuierung des Schutzes gesetzestechnisch auch dadurch vermeiden, dass man Abs. 1 Satz 2 der vorgeschlagenen Schutzfristregelung – angelehnt an § 66, Abs. 1 Satz 2 UrhG und Art. 12 TRIPs – so formuliert, dass das Urheberrecht spätestens fünfzig Jahre *nach der Schaffung des Werkes* erlischt, wenn das Werk innerhalb dieser fünfzigjährigen Frist nicht veröffentlicht worden ist. Dies hätte jedoch den Nachteil, dass sich der Zeitpunkt, zu dem ein fünfzig Jahre unveröffentlicht gebliebenes Werk geschaffen worden ist, nur in Ausnahmefällen verlässlich ermitteln ließe. Die Anknüpfung an den Todeszeitpunkt hat demgegenüber den Vorzug, dass er in aller Regel dokumentiert und deshalb vergleichsweise gut feststellbar ist, s. *Beier*, Die urheberrechtliche Schutzfrist, S. 121.

1449 Der Verfasser ist sich darüber im Klaren, dass die in diesem Lösungsmodell angelegte Entkopplung der Schutzfristen für vermögensrechtliche und persönlichkeitsrechtliche Befugnisse auf eine Aufgabe des Monismus hinausläuft, s. kritisch zum Monismus bereits oben. Dies gilt erst recht dann, wenn man über den hier präsentierten Reformvorschlag hinausgeht und die Schutzfrist für einen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Entstellungsschutz und das urheberpersönlichkeitsrechtliche Namensnennungsrecht losgelöst und abweichend von der ab Werkveröffentlichung geltenden Schutzfrist für die vermögensrechtlichen Befugnisse regelte. Diesen Weg müsste man aber nicht zwangsläufig beschreiten. Man könnte sich nämlich ebenso gut auch am Wortlaut von Art. 6<sup>bis</sup> Abs. 2 Satz 1 RBÜ orientieren und den bisherigen Gleichlauf der Schutzfristen aufrechterhalten. Art. 6<sup>bis</sup> Abs. 2 Satz 1 RBÜ sieht vor, dass die dem Urheber nach Art. 6<sup>bis</sup> Abs. 1 gewährten Rechte (also das Namensnennungsrecht und der Schutz gegen Entstellung) »nach seinem Tod wenigstens bis zum Erlöschen der vermögensrechtlichen Befugnisse in Kraft« bleiben. Die Schutzfristbestimmung für den ideellen Interessenschutz wäre dann so zu formulieren, dass der urheberpersönlichkeitsrechtliche Schutz zusammen mit dem Erlöschen der vermögensrechtlichen Befugnisse ausläuft. Da dies aber im Extremfall zu einer sehr kurzen fünfjährigen Schutzfrist ab Veröffentlichung führen könnte, erscheint eine Entkopplung der Schutzfristen für den ideellen und materiellen Interessenschutz im Endeffekt vorzugswürdig.

lichkeitsrechtlicher Befugnisse mit dem Tode des Urhebers in anderen Rechtsordnungen keineswegs ungewöhnlich ist, so sind etwa in den USA die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse, die der Visual Artists Rights Act (VARA) aus dem Jahre 1990 vorsieht, auf die Lebenszeit des Betroffenen beschränkt<sup>1450</sup>. Selbst das deutsche UrhG ordnet ausnahmsweise in § 42 Abs. 1 Satz 2 mit dem Tode des Urhebers das grundsätzliche Erlöschen des personalistisch gerechtfertigten Rückrufsrechts wegen gewandelter Überzeugung an<sup>1451</sup>. Darüber hinaus endet auch der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts grundsätzlich mit dem Tode der jeweiligen Person<sup>1452</sup>. Durch den oben vorgeschlagenen Abs. 1 Satz 2 würde insofern eine unverhältnismäßige Besserstellung des Urhebers gegenüber seinen Mitmenschen abgemildert, man denke nur an Erfinder, Entdecker oder Politiker, deren allgemeines Persönlichkeitsrecht im Regelfall schnell dahinschwindet und nicht wie das *de lege lata* gewährte Urheberpersönlichkeitsrecht 70 p.m.a. fortbesteht<sup>1453</sup>.

Abgesehen davon steht selbst die RBÜ einem Erlöschen des Veröffentlichungsrechts mit dem Tode des Urhebers zumindest nicht ausdrücklich entgegen. Deren Art. 6<sup>bis</sup> Abs. 2, der die Dauer des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzes regelt, bezieht sich nämlich abschließend auf die in Art. 6<sup>bis</sup> Abs. 1 RBÜ vorgesehenen Rechte, zu denen das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und das Recht auf Schutz gegen Entstellung oder Beeinträchtigung des Werkes zählen, aber gerade nicht das Veröffentlichungsrecht<sup>1454</sup>. Art. 6<sup>bis</sup> RBÜ hat das Veröffentlichungsrecht des Urhebers nicht als Teilbefugnis des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzes anerkannt. Entsprechende Pläne zu einer expliziten

1450 S. Title 17 United States Code Chapter 1, § 106A (d) (1). Kritisch dazu *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 153, Fn. 23, der bemängelt, dass dies kaum mit Art. 6<sup>bis</sup> Abs. 2 Satz 2 RBÜ vereinbar sein dürfte. Art. 6<sup>bis</sup> Abs. 2 Satz 2 RBÜ sieht vor, dass die Länder, deren Rechtsvorschriften im Zeitpunkt der Ratifikation der RBÜ oder des Beitritts zu ihr keine Bestimmungen zum Schutz aller nach Art. 6<sup>bis</sup> Abs. 1 gewährten Urheberpersönlichkeitsrechte nach dem Tod des Urhebers enthalten, befugt sind vorzusehen, dass *einzelne* dieser Rechte *nach dem Tod des Urhebers nicht aufrechterhalten bleiben*. Kritisch zum «bemerkenswerten lockeren Umgang (der USA, Anm. des Verf.) mit dem persönlichkeitsrechtlichen Art. 6<sup>bis</sup> RBÜ«, auch *Hilty*, GRUR Int. 2003, 201, 203.

1451 Darauf weist auch *Schack*, GRUR 1985, 352, 354, hin.

1452 So Dreier-Schulze-Schulze, UrhG, Vor § 12, Rn. 7; näher zu dieser sehr umstrittenen Frage auch *Beier*, Die urheberrechtliche Schutzfrist, S. 148, mit Nachweisen zu den voneinander abweichenden Auffassungen der Rechtsprechung (einzelfallbezogene Sichtweise, keine einheitliche Schutzfrist) und der Literatur, die teilweise durchschnittliche Schutzfristen zwischen 10 und 50 Jahren post mortem als interessengerecht bewertet; s.a. ausführlich *Schack*, GRUR 1985, 352, 354 ff.

1453 Zu dieser problematischen Besserstellung des Urhebers, die sich letztlich aus der monetarischen Konzeption des deutschen Urheberrechts ergibt, *Schack*, GRUR 1985, 352, 360 f. Überwunden würde diese Privilegierung des Urhebers gegenüber »Normalsterblichen« erst, wenn man auch die übrigen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse mit dem Tode des Urhebers – oder zumindest zeitnah dazu – auslaufen ließe.

1454 Zum Fehlen des Veröffentlichungsrechts in der RBÜ *Schricker-Dietz*, Urheberrecht, Vor §§ 12 ff., Rn. 7 und 24 sowie § 12, Rn. 3.

Verankerung des Veröffentlichungsrechts waren fehlgeschlagen<sup>1455</sup>. Im Übrigen müsste das Erlöschen des urheberpersönlichkeitsrechtlich gerechtfertigten Veröffentlichungsrechts nicht zur völligen postmortalen Schutzlosigkeit des Betroffenen führen, denn schließlich ließe sich in dogmatischer Hinsicht erwägen, dass man zum Schutz der Geheim- bzw. Privatsphäre des Urhebers nach Ablauf des urheberrechtlichen Schutzes in besonders krassen Fällen (z.B. Veröffentlichung sämtlicher geheimer Tagebücher und Briefe des Verstorbenen) ausnahmsweise das sich aus der gleichen Quelle wie das Veröffentlichungsrecht speisende – nämlich Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Persönlichkeitsrecht wieder aufleben lassen könnte<sup>1456</sup>.

Durch die gewissermaßen selbstregulierende Herangehensweise des hier verfolgten Lösungsmodells würde ausgesprochen elegant eine Flexibilisierung der Schutzdauer erreicht. Zuzugestehen ist dabei freilich, dass die Festlegung auf eine »automatische« fünfjährige Schutzdauer kraft Gesetzes ebenfalls ein gewisses Element der Willkür enthält<sup>1457</sup>. Indem die Marktteilnehmer bei diesem Lösungsansatz ihr jeweiliges Schutzbedürfnis im Weiteren selber marktnah justieren können, wird dieses arbiträre Moment jedoch entscheidend abgemildert. Weil bei diesem Modell die tendenziell besser informierten Urheber und Rechteinhaber die letztendliche Schutzdauer selber in der Hand haben, ist es auch dem herkömmlichen starren Schutzdauer-Modell überlegen, bei dem Schutzdauer und Schutzfrist p.m.a. in personalistischer Rechtfertigungsstradition unter willkürli-

- 1455 Zum Scheitern einer expliziten Verankerung des Veröffentlichungsrechts auf der Rom-Konferenz 1928 *Mentha*, GRUR Int. 1973, 295; es erscheint fragwürdig, ob angesichts dieser Vorgeschichte und des klaren Wortlauts des Art. 6<sup>bis</sup> RBÜ tatsächlich davon ausgegangen werden kann, dass wegen der umfassenden Regelung der Verwertungsrechte in der RBÜ dennoch die grundsätzliche konventionsrechtliche Gewährleistung des Veröffentlichungsrechts angenommen werden kann, so aber Schrickler-*Dietz*, Urheberrecht, Vor §§ 12 ff., Rn. 24, § 12, Rn. 3.
- 1456 Allgemein dazu *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 155, Rn. 324; *Schack*, GRUR 1985, 352, 354, 359; s. zum Verhältnis von Urheberpersönlichkeitsrecht und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht auch Schrickler-*Dietz*, Urheberrecht, Vor §§ 12 ff., Rn. 14 ff.
- 1457 Es sei an dieser Stelle allerdings darauf hingewiesen, dass die exakte zeitliche Festlegung der urheberrechtlichen Schutzdauer bzw. Schutzfrist aufgrund des Fehlens vollständiger Information bis zu einem gewissen Maße stets willkürlich bleiben muss; weder die Rechtswissenschaft noch der Gesetzgeber sind über die im Urheberrecht auszugleichenden Interessen und die tatsächlichen Marktbedingungen vollständig informiert. Auch empirische Studien können daran nur begrenzt etwas ändern. Im Ergebnis ähnlich *Beier*, Die urheberrechtliche Schutzfrist, S. 136 (»Aus Sicht der beteiligten Interessen wird (...) der genauen Festlegung der urheberrechtlichen Schutzfrist stets etwas Willkürliches anhaften«), ähnlich auch bereits *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 209, Rn. 466: »Die zeitliche Beschränkung des Urheberrechts durch eine gesetzliche Schutzfrist hat nicht nur auf den ersten Blick etwas Willkürliches.«.

chem Rückgriff auf die Lebenszeit des Urhebers und die Lebenszeit zweier weiterer Generationen konstruiert werden<sup>1458</sup>.

Da von der Verlängerungsoption vermutlich vor allem Rechteinhaber mit einer kommerziellen Verwertungsabsicht Gebrauch machen würden<sup>1459</sup>, wäre der beste Vorteil einer solchen flexiblen Schutzdauerregelung unter Nutzerschutzgesichtspunkten, dass die große Zahl der Werke, für die eine kommerzielle Verwertung nicht (oder nicht mehr) angestrebt wird, gemeinfrei würde und potentiellen Nutzern (aber auch Wettbewerbern) vergleichsweise früher zur zustimmungs- und kostenfreien Nutzung zur Verfügung stünde<sup>1460</sup>.

Die für die technische Umsetzung eines solchen Modells erforderliche – und durch das Internet wesentlich erleichterte<sup>1461</sup> – Registrierung verlangte dabei freilich eine Änderung des europäischen und internationalen Urheberrechts. Gegen-

- 1458 Siehe hierzu Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (kodifizierte Fassung): »Die Mindestschutzdauer, die nach der Berner Übereinkunft fünfzig Jahre nach dem Tod des Urhebers umfasst, verfolgte den Zweck, den Urheber und die ersten beiden Generationen seiner Nachkommen zu schützen. Wegen der gestiegenen durchschnittlichen Lebenserwartung in der Gemeinschaft reicht diese Schutzdauer nicht mehr aus, um zwei Generationen zu erfassen.«; eingehend zur Rechtfertigung der 70jährigen Schutzfrist p.m.a. mittels des Generationengedankens *Beier*, Die urheberrechtliche Schutzfrist, S. 124 ff., 132 f.; kritisch zu diesem überholten Rechtfertigungsgedanken u.a. Dreier-Schulze-*Dreier*, UrhG, Vor §§ 64 ff., Rn. 1.
- 1459 Diese Annahme wird gestützt durch die empirische Studie von *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471 ff. (2003). Deren Untersuchung der Registrierung- und Verlängerungszahlen für im Zeitraum von 1883 bis 1964 in den USA registrierte Werke kommt zu dem Ergebnis (S. 517): »that copyright registration and renewals are indeed highly responsive to economic incentives (...) The shorter the expected life of a copyright and the higher the registration and renewal fees, the less likely are both registration and renewal.«.
- 1460 Voraussetzung dafür wäre freilich, dass neben dem vermögensrechtlichen Schutz auch der persönlichkeitsrechtliche Schutz nicht übermäßig lang ausgestaltet wird, und dass es nicht zu strategischen oder »missbräuchlichen« Verlängerungen kommt, ein Verhalten, wie wir es beispielsweise auch aus dem Patentrecht u.a. zur Ermöglichung von Cross-Licensing kennen. Bei voller Ausschöpfung sämtlicher oder auch nur mehrerer Verlängerungsoptionen bestünde das Risiko fort, dass die beispielsweise für Computerprogramme zu erreichende Schutzlänge sich weiterhin »als eine zu langfristige Markteintrittsbarriere für potentielle Wettbewerber« erweist, so die bereits zur jetzigen Gesetzeslage geübte Kritik von Dreier-Schulze-*Dreier*, UrhG, Vor §§ 64 ff., Rn. 1.
- 1461 Dies betont auch *Lessig*, The Future of Ideas, S. 251 f., dem eine vom U.S. Copyright Office betriebene und von den Verlängerungsgebühren finanzierte Website vorschwebt. Unter Nutzerschutzgesichtspunkten interessant ist auch *Lessigs* Überlegung, dieser Website zugleich eine Art Archivierungsfunktion für digitale Versionen sämtlicher urheberrechtlich geschützter Werke zuzuweisen (dies liefe in Deutschland auf eine Änderung der Pflichtexemplargesetzgebung hinaus). Der Vorzug eines solchen Online-Repositoriums liegt auf der Hand (*Lessig*, a.a.O., S. 252): »this repository of data about what work is protected would lower the costs of licensing copyrighted works significantly. Because the database would be relatively fresh – with a requirement that contact information be kept current – creators who want to license other creator’s work would have a simple tool to do so.«.

wärtig steht einer (Wieder-) Einführung einer Registrierung als Voraussetzung einer Schutzgewährung bzw. -verlängerung nämlich Art. 5 Abs. 2 der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) entgegen<sup>1462</sup>, ein Gesichtspunkt, der in der US-amerikanischen Diskussion leider häufig sträflich vernachlässigt wird<sup>1463</sup>. Abgesehen davon sieht die RBÜ in Art. 7 eine Mindestschutzdauer von fünfzig Jahren nach dem Tod des Urhebers vor<sup>1464</sup>, Art. 12 TRIPs gewährleistet eine Mindestschutzdauer von fünfzig Jahre ab dem Ende des Kalenderjahrs der gestatteten Veröffentlichung<sup>1465</sup> und die europäische Schutzdauer-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft sogar zu einer siebzehnjährigen

1462 S. Art. 5 Abs. 2 RBÜ: »Der Genuß und die Ausübung dieser Rechte sind nicht an die Erfüllung irgendwelcher Förmlichkeiten gebunden.«.

1463 Dies ist namentlich *Lessig, The Future of Ideas*, vorzuwerfen, dessen diesbezügliche, allgemein gehaltene Ausführungen in Fn. 14 auf S. 251 zu unspezifisch sind und den Kern des Problems nicht treffen.

1464 Vgl. zu den eng begrenzten Ausnahmen den Wortlaut von Art. 7 RBÜ: »(1) Die Dauer des durch diese Übereinkunft gewährten Schutzes umfaßt das Leben des Urhebers und fünfzig Jahre nach seinem Tod.

(2) Für Filmwerke sind die Verbandsländer jedoch befugt vorzusehen, daß die Schutzdauer fünfzig Jahre nach dem Zeitpunkt endet, in dem das Werk mit Zustimmung des Urhebers der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist, oder, wenn ein solches Ereignis nicht innerhalb von fünfzig Jahren nach der Herstellung eines solchen Werkes eintritt, fünfzig Jahre nach der Herstellung.

(3) Für anonyme und pseudonyme Werke endet die durch diese Übereinkunft gewährte Schutzdauer fünfzig Jahre, nachdem das Werk erlaubterweise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist. (...)

(4) Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt vorbehalten, die Schutzdauer für Werke der Photographie und für als Kunstwerke geschützte Werke der angewandten Kunst festzusetzen; diese Dauer darf jedoch nicht weniger als fünfundzwanzig Jahre seit der Herstellung eines solchen Werkes betragen.

(5) Die sich an den Tod des Urhebers anschließende Schutzfrist und die in den Absätzen 2, 3 und 4 vorgesehenen Fristen beginnen mit dem Tod oder dem in diesen Absätzen angegebenen Ereignis zu laufen, doch wird die Dauer dieser Fristen erst vom 1. Januar des Jahres an gerechnet, das auf den Tod oder das genannte Ereignis folgt.

(6) Die Verbandsländer sind befugt, eine längere als die in den vorhergehenden Absätzen vorgesehene Schutzdauer zu gewähren.

(7) Die Verbandsländer, die durch die Fassung von Rom dieser Übereinkunft gebunden sind und die in ihren bei der Unterzeichnung der vorliegenden Fassung der Übereinkunft geltenden Rechtsvorschriften kürzere Schutzfristen gewähren, als in den vorhergehenden Absätzen vorgesehen sind, sind befugt, sie beim Beitritt zu dieser Fassung oder bei deren Ratifikation beizubehalten.«.

1465 S. Art. 12 TRIPs: »Wird die Dauer des Schutzes eines Werkes, das kein photographisches Werk und kein Werk der angewandten Kunst ist, auf einer anderen Grundlage als der Lebensdauer einer natürlichen Person berechnet, so darf die Schutzdauer nicht weniger als 50 Jahre ab dem Ende des Kalenderjahrs der gestatteten Veröffentlichung und, wenn es innerhalb von 50 Jahren ab der Herstellung des Werkes zu keiner gestatteten Veröffentlichung kommt, nicht weniger als 50 Jahre ab dem Ende des Kalenderjahrs der Herstellung betragen.«.

Schutzfrist p.m.a.<sup>1466</sup>. Es bedürfte für die hier verfolgte Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzfrist also evidenterweise einer Änderung des europäischen und internationalen Urheberrechts, denn bei unterbleibender Verlängerung des Schutzes durch den Urheber bzw. Rechteinhaber kann der urheberrechtliche Schutz schon weit vor dem Tode des Urhebers enden. Mit diesem Lösungsansatz würde also sowohl die in Art. 7 RBÜ und Art. 1 Abs. 1 Schutzdauer-Richtlinie vorgesehene urheberrechtliche Mindestschutzdauer zu Lebzeiten, als auch die post mortem auctoris einsetzende Schutzfrist von fünfzig bzw. siebzig Jahren unterlaufen. Die erforderliche Revision europäischen und internationalen Rechts stellt unter rechtspolitischen Gesichtspunkten zweifellos ein erhebliches Umsetzungs Hindernis dar. Wenn man sich die gegenwärtigen Bemühungen der Musikindustrie in Erinnerung ruft, den Schutz für Tonträgeraufnahmen sogar auf 95 Jahre p.m.a. auszudehnen, braucht man kein Prophet zu sein, um sich auszumalen, wie es um die rechtspolitische Durchsetzbarkeit einer solchen Revision bestellt ist. Um überhaupt den Hauch einer rechtspolitischen Realisierungschance zu wahren, erscheint es geboten, zumindest die Option auf eine insgesamt siebzig Jahre nicht unterschreitende Schutzdauer zu erhalten. Dies würde bedeuten, dass der Urheber bzw. Rechteinhaber den fünfjährigen Schutz insgesamt dreizehn Mal verlängern dürfte<sup>1467</sup>. Einem unbegrenzt verlängerbaren, »ewigen« Urheberrecht<sup>1468</sup> ist demgegenüber eine klare Absage zu erteilen, dies gilt auch und gerade für ein ewiges *droit moral*<sup>1469</sup>. Beides wäre mit dem in dieser Arbeit verfolgten Paradigma des Nutzerschutzes unvereinbar, weil dann zum einen die Identifikation der Rechteinhaber und damit eine potentielle Nutzungsrechtseinräumung über die Maßen erschwert würde und zum anderen, weil durch prohibitiv hohe »costs of expression«<sup>1470</sup> die kreativ-schöpferische Partizipation potentieller Nut-

1466 S. Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte: »Die Schutzdauer des Urheberrechts an Werken der Literatur und Kunst im Sinne des Artikels 2 der Berner Übereinkunft umfasst das Leben des Urhebers und siebzig Jahre nach seinem Tod, unabhängig von dem Zeitpunkt, zu dem das Werk erlaubterweise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist.«.

1467 Lessig, *The Future of Ideas*, S. 251, schlägt eine fünfzehnmalige Verlängerungsoption für jeweils fünf Jahre vor, er will den ersten Schutzintervall aber nicht – wie hier vertreten – ipso iure mit dem Akt der Schöpfung beginnen lassen, sondern erst mit der Registrierung; summa summarum kommt Lessig insofern auf eine maximale Schutzdauer von 75 Jahren.

1468 Ein solches fordern auch *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471 ff. (2003), nicht ausdrücklich ein, obwohl der Titel ihres Beitrag – »Indefinitely Renewable Copyright« – diesen Schluss an sich nahelegen würde. Ganz eindeutig ist ihre Position indes auch nicht. So erwägen sie auf S. 473 in expliziter Abgrenzung zu einem buchstäblich unbegrenzt verlängerbaren Schutzsystem eine maximale Schutzfrist von 80 Jahren, während sie auf S. 518 irritierend unentschieden zwischen beiden Alternativen lavieren.

1469 Kritisch dazu auch *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, S. 153 ff.; *Schricker-Dietz*, *Urheberrecht*, Vor §§ 12 ff., Rn. 34.

1470 Diesen Terminus haben *Landes/Posner*, 18 *Journal of Legal Studies* 325, 326 f. und 335 (1989) geprägt.

zer in einem Maße behindert würde, die der wünschenswerten Verwirklichung einer ebenso lebendigen wie vielfältigen, sprich: offenen Kultur, abträglich wäre.

### 3. Schutz für die Nutzer von »orphan works«

Trotz der aufgezeigten Vorzüge bringt die vorstehend verfolgte Schutzdauerverkürzung bzw. -flexibilisierung aus Nutzersicht letztlich nur bedingt eine Entlastung, zumal v.a. die ersten Jahre des urheberrechtlichen Schutzes, beispielsweise bei Film-, Musik- und Sprachwerken, besonders nutzungsintensiv sind, und der für diesen Zeitraum bestehende Schutzzumfang sich besonders dramatisch auswirkt. Eine Schutzfristverkürzung ist daher kein Allheilmittel. Mindestens ebenso wichtig ist es, die überschießenden Schutzwirkungen insbesondere technischer Schutzmaßnahmen durch eine rechtliche Technikgestaltung und eine stärker nutzerorientierte Schrankenauslegung und -ausgestaltung zu bändigen (dazu eingehend nachfolgend unter 4. und 5.).

Da sich darüber hinaus die positiven Wirkungen einer Schutzfristverkürzung bzw. -flexibilisierung erst in der Zukunft nach und nach zeigen würden, wäre für »Altfälle« mit einer unverändert langen, starren Schutzdauer von 70 Jahren p.m.a. eine Lösung zu finden. Zumindest für die Fälle, in denen der urheberrechtliche Schutz noch fortbesteht, der Urheber bzw. Rechteinhaber aber trotz sorgfältiger Suche nicht mehr identifizierbar bzw. auffindbar, das Werk also verwaist ist, weist die in den USA in den vergangenen Jahren geführte Diskussion über den Umgang mit »orphan works«<sup>1471</sup> den Weg auf, wie sich die Symptome einer überlangen Schutzdauer zumindest lindern lassen.

#### a) In den USA diskutierte Regulierungsvorschläge für die orphan works-Problemik

Um auf das Problem zu reagieren, dass potentielle Nutzer nicht die Urheber bzw. Rechteinhaber eines urheberrechtlich geschützten Werkes ausfindig machen können (diese Gefahr steigt erfahrungsgemäß im Regelfall mit zunehmender Schutzdauer<sup>1472</sup>), ist in den USA mit dem am 22.05.2006 in das Repräsentantenhaus ein-

1471 Einen instruktiven Überblick vermittelt der »Report on Orphan Works« des U.S. Copyright Office aus dem Januar 2006, online verfügbar unter: <http://www.copyright.gov/orphan/>. Für eine europäische Sicht auf die orphan works-Problemik siehe *Hugenholtz et. al.*, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, S. 161 f. und 178 ff. sowie *van Gompel*, IIC 2007, 669 ff.

1472 Zum Zusammenhang von Schutzdauer und dem Verwaissen von Werken siehe etwa *Khong*, 15 Int'l J. L. & Info. Tech. 54, 59 ff. (2007) und *van Gompel*, IIC 2007, 669, 674 f.

gebrachten »Orphan Works Act of 2006«<sup>1473</sup> eine nutzerfreundliche Beschränkung derjenigen zivilrechtlichen Ansprüche vorgeschlagen worden, denen sich ein Nutzer eines (nur vermeintlich) verwaisten Werkes ausgesetzt sehen kann, wenn der Urheber bzw. Rechteinhaber trotz sorgfältiger Recherche wider Erwarten doch noch auftaucht. Der »Orphan Works Act of 2006« sieht konkret zweierlei vor: Unter der Voraussetzung, dass der gutgläubige Nutzer trotz einer angemessen sorgfältigen Suche nach dem Urheber bzw. Rechteinhaber diesen nicht hat ausfindig machen können und er bei der Werknutzung den Namen des Urhebers bzw. Rechteinhabers angegeben hat – sofern dieser ihm den Umständen entsprechend überhaupt mit ausreichender Bestimmtheit bekannt war –, soll zum einen der Schadensersatzanspruch auf eine »reasonable compensation« beschränkt werden. Gänzlich ausgeschlossen werden soll der Schadensersatzanspruch gemäß § 514(b) (1) (B) des Gesetzgebungsvorschlags dann, wenn die urheberrechtsverletzende Handlung weder unmittelbar noch mittelbar zu kommerziellen Zwecken erfolgt, sie vielmehr wohltätigen, religiösen, wissenschaftlichen oder erzieherischen Zwecken dient und die Werknutzung nach Aufforderung durch den Rechteinhaber seitens des Nutzers unverzüglich eingestellt wird. Neben dem Schadensersatzanspruch soll zum anderen auch der Anwendungsbereich des Unterlassungsanspruchs zu Gunsten der Nutzer reduziert werden. Eine Art Bestandsschutz soll der Nutzer dabei in den Fällen erhalten, in denen er als Verletzer eines fremden Urheberrechts das Werk des Verletzten bearbeitet oder in das von ihm neu geschaffene Werk integriert hat<sup>1474</sup>. Auch diese Regelung würde den Nutzer zwar nicht davon entbinden, den Urheber bzw. Rechteinhaber – soweit möglich – benennen und gegebenenfalls eine angemessene Vergütung zahlen zu müssen. Kreativ-schöpferische Werknutzer würden von dieser Regelung gleichwohl erheblich profitieren. Filmemacher beispielsweise, die für ihre Arbeit etwa verwaiste Lichtbild- oder Filmwerke verwenden wollen, erhielten ein größeres Maß an Rechtssicherheit, weil sie nicht mehr befürchten müssten, dass aufgrund der Verwendung nur vermeintlich verwaister Werke in ihrem Film plötzlich »aus heiterem Himmel« Unterlassungsansprüche gegen sie geltend gemacht werden.

1473 Orphan Works Act of 2006, 109th Congress, 2nd Session, H.R. 5439; eine weitere interessante und bereits in Kraft getretene Änderung des US-amerikanischen Urheberrechtsgesetzes ist in diesem Zusammenhang auch der aus einer Änderung eines Verweises in § 108(i) USC bestehende »Preservation of Orphan Works Act«, der Bibliotheken und Archiven eine erweiterte Privilegierung verschafft. *Peukert*, GRUR Int. 2005, 531, 532, fasst diese Neuregelung so zusammen, dass Bibliotheken und Archive »nunmehr auch die eigentlich von der Schranke ausgenommenen Musik- und Filmwerke während der letzten zwanzig Jahre der Schutzfrist zu Zwecken der Archivierung, Bildung und Forschung vielfältigen und verbreiten (dürfen), wenn das Werk nicht mehr gewerblich genutzt wird und nicht mehr im Handel erhältlich ist oder der Rechtsinhaber eine entsprechende Erklärung gegenüber dem Copyright Office abgegeben hat.«.

1474 S. § 514(b) (1) (B) Orphan Works Act of 2006, 109th Congress, 2nd Session, H.R. 5439: »SPECIAL RULE FOR NEW WORKS – In a case in which the infringer recasts, transforms, adapts, or integrates the infringed work with the infringer's original expression in a new work of authorship, the court may not, in granting injunctive relief, restrain the infringer's continued preparation or use of that new work (...)«.

b) *Eine Beschränkung der Schadensersatzansprüche auch in Deutschland bzw. Europa?*

Die Übernahme entsprechender *orphan works*-Vorschriften ins deutsche bzw. europäische Urheberrecht erweist sich als ein sehr ambivalentes Unterfangen. Zwar wäre die gesetzestechnische Umsetzung prinzipiell ein Leichtes. So wäre beispielsweise in einem neu einzufügenden § 97 Abs. 4 UrhG (oder alternativ in § 101 UrhG) vorzusehen, dass der Schadensersatzanspruch gemäß § 97 Abs. 1 UrhG in den Fällen auf eine angemessene Lizenzgebühr<sup>1475</sup> beschränkt ist, in denen der Urheber bzw. Rechteinhaber eines urheberrechtlich geschütztes Werkes trotz angemessen sorgfältiger Suche durch den Verletzer vor Aufnahme der Werknutzung nicht mehr identifizierbar oder auffindbar war<sup>1476</sup>. Klarzustellen wäre neben der Namensnennungspflicht weiter, dass der Nutzer (bzw. in der Gesetzesterminologie: der Verletzer) die Beweislast trägt, dass er seiner Nachforschungspflicht nachgekommen ist. Eine solche Beschränkung auf eine angemessene Lizenzgebühr wäre im deutschen Urheberrecht aus Nutzersicht aber nur von begrenztem Wert, schließlich ist hier die gewohnheitsrechtlich anerkannte Lizenzanalogie ohnehin die gebräuchlichste Methode der Schadensberechnung<sup>1477</sup>. Nur in zwei vereinzelt Ausnahmefällen hat die Rechtsprechung einen 100%igen Aufschlag zur angemessenen Lizenzgebühr zugestanden<sup>1478</sup>. Mit einer gesetzlichen Festlegung auf eine angemessene Lizenzgebühr würde solchen Rechtsprechungsentscheidungen in der hier beschriebenen Konstellation in Zukunft der

1475 S.a. den Wortlaut von § 101 Abs. 1 Satz 2 UrhG: »Als Entschädigung ist der Betrag zu bezahlen, der im Falle einer vertraglichen Einräumung des Rechts als Vergütung angemessen gewesen wäre.«.

1476 Zusätzlich zu einer solchen Beschränkung der zivilrechtlichen Sanktionen wäre auch eine entsprechende Anpassung der strafrechtlichen Sanktionen, §§ 106 ff UrhG, zu erwägen.

1477 St. Rspr. s. nur BGH GRUR 1956, 427, 429; BGH GRUR 1990, 1008, 1009; Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 97, Rn. 58 f.; Schrickler-Wild, Urheberrecht, § 97, Rn. 60 (siehe dort auch Rn. 57 ff. allgemein zur dreifachen Schadensberechnung). Auch Hugenholtz et al., *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, S. 190, bezweifeln, dass eine Beschränkung des Schadensersatzanspruchs die Nutzer verwaister Werke wirklich besser stellen würde: »when it comes to the financial damages that a user may incur, the (civil) law in the Member States is much more benevolent to the user than in the US. A liability rule, therefore, would not alleviate the situation for users as such. It would, at the most, encourage more users to use orphan works.«.

1478 Siehe den der GEMA vom BGH zuerkannten pauschalen Kontrollzuschlag i.H.v. 100 % des normalen Tarifsatzes, BGH GRUR 1973, 379 – *Doppelte Tarifgebühr*, dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 97, Rn. 71 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen; Schrickler-Wild, Urheberrecht, § 97, Rn. 64. Die zweite Ausnahme zur sonst üblichen einfachen Lizenzanalogie stellt eine bislang offenbar vereinzelt gebliebene Entscheidung des LG Düsseldorf dar, s. GRUR 1993, 664, wonach bei unterbliebener Urheberbenennung der Urheber bei rechtswidriger Veröffentlichung einer Photographie außer der für die Nutzung üblichen Lizenzgebühr einen Zuschlag von 100 % auf diese Gebühr als Schadensersatz verlangen kann, dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 97, Rn. 59 mit weiteren Nachweisen zu gegen einen solchen Zuschlag gerichteten Rechtsprechungsentscheidungen.

Weg verbaut und weitergehenden Forderungen aus dem Schrifttum nach einer doppelten Lizenzgebühr<sup>1479</sup> ein Riegel vorgeschoben. Abgesehen davon wäre insbesondere die Herausgabe des Verletzergewinns ausgeschlossen (s. § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG). Ob aber allein deswegen eine Gesetzesänderung angestrengt werden sollte, erscheint zumindest fraglich.

Weitergehender und von unbestreitbarem Nutzen für viele Nutzer wäre es indes, wenn man sich nach dem Vorbild des US-amerikanischen Gesetzgebungsvorschlags dazu durchränge, den Schadensersatzanspruch sogar ganz auszuschließen, wenn die urheberrechtsverletzende Nutzung eines »verwaisten Werkes« zu nicht-kommerziellen Zwecken erfolgt und die Nutzung nach Aufforderung durch den Urheber bzw. Rechtsinhaber seitens des Verletzers unverzüglich eingestellt wird. Ein solcher Ausschluss des Schadensersatzanspruches erscheint grundsätzlich wünschenswert. Durch ihn erhielten etwa Blogger oder die Betreiber privater Websites Schutz, wenn sie – nur vermeintlich – verwaiste Photos oder Texte verwenden und sie die erforderlichen Recherchebemühungen nachweisen können. Eine ersatzlose Streichung des Verbotsrechts wäre aber wohl kaum mit dem Verfassungsrecht vereinbar, denn Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gebietet laut Bundesverfassungsgericht die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber<sup>1480</sup>. Zwar ist es Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und sozialen Bedeutung des Urheberrechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG)<sup>1481</sup>. Für die ersatzlose Aufhebung des Verbotsrechts wäre aber in jedem Fall ein *gesteigertes öffentliches Interesse* notwendig<sup>1482</sup>, und es erscheint fraglich, ob sich diese Hürde mit der hier angeordneten Nutzerschutzregelung nehmen ließe. Abgesehen davon dürften durch eine ersatzlose Streichung des Schadensersatzanspruches jedenfalls Art. 13 Abs. 1 Durchsetzungs-Richtlinie<sup>1483</sup> und Art. 41 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 TRIPs ver-

1479 Siehe etwa *Wandtke*, GRUR 2000, 942, 945 ff., der die doppelte Lizenzgebühr als Grundsatz für die Schadensberechnung im Urheberrecht heranziehen möchte. S.a. *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, § 97, Rn. 59 und allgemein *Dreier*, Kompensation und Prävention, Kap. 14, S. 500 ff. für einen pauschalen Verletzerzuschlag.

1480 BVerfGE 31, 229, 240 f.; *Schricker-Melichar*, Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 8.

1481 BVerfGE, 31, 229, 241.

1482 BVerfGE 31, 229, 244 f.; *Schricker-Melichar*, Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 11, vgl. *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 15: »Eine gänzliche Zustimmung- und Vergütungsfreiheit kommt nur dort in Betracht, wo das Ausschließlichkeitsrecht unangemessen und unpraktisch wäre und wo darüber hinaus das Interesse des Urhebers, möglichst an jeder Verwertung seiner Werke zu partizipieren (...) ausnahmsweise hinter schützenswerten Belangen der Allgemeinheit zurücktreten muss.«.

1483 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.

letzt sein<sup>1484</sup>. Vor diesem Hintergrund erscheint es vorzugswürdig, sich bei der Etablierung einer orphan works-Regelung auf die Transformation des Verbotsrechts zu einem Vergütungsanspruch zu beschränken.

c) *Plädoyer für einen Ausschluss des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs im Falle bearbeitender Nutzungen von orphan works*

Die auch an anderen Stellen in dieser Arbeit propagierte weitgehende Umwandlung des Urheberrechts von einer Property Rule zu einer Liability Rule erscheint in besonderem Maße sinnvoll in den Konstellationen, in denen ein kreativ-schöpferischer Werknutzer ein verwaistes Werk bearbeitet und/oder in das von ihm geschaffene Werk eingefügt hat. In den Fällen, in denen eine an sich gemäß § 23 UrhG zustimmungsbedürftige Bearbeitung oder Umgestaltung und keine nach § 24 UrhG freie Benutzung oder vom Zitatrecht (§ 51 UrhG) gedeckte Nutzung vorliegt, wäre der Urheber bzw. Rechteinhaber dann lediglich auf einen Vergütungsanspruch zu verweisen – ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aber wäre ihm nicht zugestehen<sup>1485</sup>. Durch einen solchen *Ausschluss des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs im Falle bearbeitender Nutzungen* wären dann etwa diejenigen auf der sicheren Seite, die das Tagebuch oder den Roman eines beispielsweise im Zweiten Weltkrieg verstorbenen Autors dramatisieren oder verfilmen wollen, dessen Rechtsnachfolger aber nicht ausfindig machen können. Auch bei einem überraschenden Auftauchen des Rechtsinhabers (z.B. zur Unzeit kurz vor der Premiere) könnten sie die Verwertung des von ihnen geschaffenen Werkes fortsetzen.

Wem dieses Beispiel zu weit hergeholt erscheint, führe sich nur vor Augen, wie oft im Zusammenhang mit Phänomenen wie »user generated content« oder der zu beobachtenden »participatory culture«<sup>1486</sup> – oder wie immer man das durch ein hohes Maß aktiver Partizipation geprägte kreative Werkschaffen im digitalen Umfeld bezeichnen möchte – Private fremde Werke bearbeiten und anschließend über das Internet öffentlich zugänglich machen, ohne dass es ihnen gelänge, den jeweiligen Urheber bzw. Rechteinhaber des verwendeten Werks vorab ausfindig zu machen. Natürlich darf eine orphan works-Regelung nicht zu einem »Freifahrtschein« für bequeme und nachlässig agierende Werknutzer werden. An den

1484 S.a. Art. 14 Abs. 2 WCT und Art. 23 Abs. 2 WPPT, die hinsichtlich der durch die Mitgliedsstaaten vorzusehenden Bestimmungen aber weniger spezifisch sind; nicht gänzlich auszuschließen ist zudem ein Verstoß gegen den in Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-Richtlinie 2001/29/EG, Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS und Art. 10 WCT sowie Art. 16 Abs. 2 WPPT vorgesehenen Dreistufentest, auch wenn zu bezweifeln ist, dass die nicht-kommerzielle Nutzung eines verwaisten (also in aller Regel gerade nicht mehr ausgewerteten) Werkes die normale Auswertung des geschützten Werkes beeinträchtigt.

1485 Siehe dazu den oben erläuterten Vorschlag in § 514(b) (1) (B) Orphan Works Act of 2006, 109th Congress, 2nd Session, H.R. 5439.

1486 Siehe zu diesen Schlagworten oben in Kap. 4 C. IV. 2. a).

Nachweis angemessen sorgfältiger Recherchebemühungen (z.B. durch Vorlage des Schriftverkehrs mit einer Verwertungsgesellschaft oder einem Verwerter) wären daher strengere – aber mit Blick auf das Regelungsziel, verwaiste Werke einer Nutzung zuzuführen, auch nicht zu strengere – Anforderungen zu stellen<sup>1487</sup>. Auch dürfte die hier für Bearbeitungen verwaister Werke verfolgte Beschränkung des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs dann keine Anwendung finden, wenn der Nutzer den richtigen Urheber bzw. Rechteinhaber sehr wohl hat ausfindig machen können, dieser seine Kontaktaufnahme aber unbeantwortet gelassen hat. In diesen Fällen, in denen der Nutzer die notwendigen Kontaktinformationen für eine erforderliche Einwilligung in Erfahrung gebracht hat, der Urheber bzw. Rechteinhaber dessen Anfrage – aus welchen Gründen auch immer – aber ignoriert, wäre das jeweilige Werk schon nicht mehr verwaist<sup>1488</sup>.

1487 Um die Angemessenheit des Suchaufwands beurteilen zu können, sind im »Report on Orphan Works«, hg. v. U.S. Copyright Office im Januar 2006, online verfügbar unter: <http://www.copyright.gov/orphan/>, S. 9 f. und 96 ff. einige Kriterien entwickelt worden, die es verdienen, hier wiedergegeben zu werden – auch wenn sie in Deutschland bzw. Kontinentaleuropa in Ermangelung eines Registers für urheberrechtlich geschützte Werke nur bedingt Anwendung finden können (es sei denn, man entschließt sich zur Einrichtung einer freiwilligen Registrierungsmöglichkeit im Internet oder unter Abänderung von Art. 5 Abs. 2 RBÜ zu einem obligatorischen Registrierungserfordernis, s. dazu bereits vorstehend im Zusammenhang mit der hier propagierten optionalen Schutzfristverlängerung). Als zu berücksichtigende Faktoren werden genannt: »The amount of identifying information on the copy of the work itself, such as an author's name, copyright notice, or title; Whether the work had been made available to the public; The age of the work, or the dates on which it was created and made available to the public; Whether information about the work can be found in publicly available records, such as the Copyright Office records or other resources; Whether the author is still alive, or the corporate copyright owner still exists, and whether a record of any transfer of the copyright exists and is available to the user; (...) The nature and extent of the use, such as whether the use is commercial or noncommercial, and how prominently the work figures into the activity of the user.«.

1488 S. zu dieser «(...) situation where a user identifies and locates the owner and tries to contact the owner for permission, but receives no response from the owner» ganz in dem hier vertretenen Sinne bereits der »Report on Orphan Works« des U.S. Copyright Office aus dem Januar 2006, online verfügbar unter: <http://www.copyright.gov/orphan/>, S. 97: «This area touches upon some fundamental principles of copyright, namely, the right of an author or owner to say no to a particular permission request, including the right to ignore permission requests. As noted above, the primary goal of this study is to prompt owners and users to find each other and commence negotiation – it is *not* intended to allow use of works in disregard of the owner's wishes after that owner has been found. An owner might ignore a permission request for many legitimate reasons and in many situations: an individual author might not have the resources to respond to every request; a large corporate owner might receive thousands of such requests and it would be unduly burdensome to respond to all of them; the request may be outlandish, in that it seeks to use a valuable work for no payment or in a way clearly at odds with the manner in which the owner is exploiting the work. For this reason, once an owner is located, the orphan works provision becomes

d) *Vereinbarkeit mit verfassungs-, europa- und internationalrechtlichen Vorgaben*

Der hier für das deutsche und europäische Recht vorgeschlagene Ausschluss des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs im Falle der Bearbeitung von verwaisten Werken wäre bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Schadensersatzanspruchs (und zwar grundsätzlich auch für den Ersatz immaterieller Schäden, § 97 Abs. 2 UrhG<sup>1489</sup>) prinzipiell mit dem Verfassungsrecht vereinbar. Hinsichtlich des europäischen und internationalen Urheberrechts wäre für die Etablierung einer solchen Nutzerschutzmaßnahme insbesondere Art. 11 Durchsetzungs-Richtlinie und Art. 41 i.V.m. Art. 44 TRIPs zu beachten<sup>1490</sup>. Während Art. 44 Abs. 2 Satz 2 TRIPs den Mitgliedstaaten immerhin einen gewissen Freiraum lässt, den Unterlassungsanspruch in bestimmten Fällen auf einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung zu beschränken<sup>1491</sup>, erweist sich wieder einmal primär das geltende europäische Urheberrecht als Hindernis für eine nutzerfreundlichere Ausgestaltung des Urheberrechts. Gemäß Art. 11 Satz 1 der Durchsetzungs-Richtlinie sind die Mitgliedstaaten nämlich verpflichtet sicherzustellen, dass die zuständigen Gerichte bei Feststellung einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums eine Anordnung gegen den Verletzer erlassen können, die ihm die weitere Verletzung des betreffenden Rechts untersagt.

Von der Gewährleistung dieses Unterlassungsanspruchs dürfen die Mitgliedstaaten nur unter den strengen Voraussetzungen des Art. 12 Durchsetzungs-Richtlinie abweichen. So können die Mitgliedstaaten zwar gemäß Art. 12 Durchsetzungs-Richtlinie Regelungen vorsehen, die es dem Verletzer erlauben, den gegen

inapplicable.«. Siehe in diesem Zusammenhang auch die am Ende der Einleitung zu Kap. 5 D. II. angestellten Überlegungen zu einem denkbaren – letztlich aber wohl zu weitgehenden und in dieser Arbeit nicht weiter vertieften – individuellen zivilrechtlichen Anspruch auf Bearbeitung.

1489 Im Rahmen der Billigkeit, die über das Bestehen und die Höhe des Anspruchs auf Ersatz des immateriellen Schadens entscheidet (s. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 97, Rn. 75), sollte die Rechtsprechung dabei dann allerdings danach streben, die finanzielle Belastung für den gutgläubigen Werknutzer, der darauf vertraut hat, ein verwaistes Werk zu nutzen, möglichst gering zu halten, um so die grundsätzlich erwünschte, verstärkte Nutzung verwaister Werke zu stimulieren. Zugunsten des Nutzers verwaister Werke wären im konkreten Einzelfall namentlich zu berücksichtigen der Anlass und Beweggrund seines Handelns (war er guten Glaubens, ein verwaistes Werk zu nutzen?), der Grad des Verschuldens (sprich: der von ihm betriebene und dokumentierte Rechercheaufwand), die Schwierigkeit, den Urheber des verwaisten Werkes ausfindig zu machen (am Werk angebrachte Informationen zum Urheber, Zeitpunkt, zu dem das Werk geschaffen und ggf. veröffentlicht wurde, Nutzung zu Lebzeiten oder nach dem Tode des Urhebers), Bedeutung, Umfang, Intensität und Dauer des Eingriffs und dessen nachhaltige Folgen für die Interessen und den Ruf des Urhebers, vgl. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 97, Rn. 75.

1490 Siehe darüber hinaus die weniger spezifischen Art. 14 Abs. 2 WCT und Art. 23 Abs. 2 WPPT.

1491 Zu dem sich aus Art. 44 Abs. 2 Satz 2 TRIPs ergebenden Gestaltungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber *Correa*, Commentary on the TRIPs Agreement, S. 425.

ihn gerichteten Unterlassungsanspruch durch die Zahlung einer Abfindung an den Verletzten abzuwenden. Dies soll aber nur dann zulässig sein, »sofern die betreffende Person weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat, ihr aus der Durchführung der betreffenden Maßnahmen ein unverhältnismäßig großer Schaden entstehen würde und die Zahlung einer Abfindung an die geschädigte Partei als angemessene Entschädigung erscheint.« Innerhalb dieser engen europarechtlichen Vorgaben lässt sich der hier für die Fälle einer bearbeitenden Nutzung verwaister Werke angestrebte generelle Ausschluss des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs evidenterweise nur äußerst eingeschränkt realisieren. Der Nachteil einer auf Art. 12 Durchsetzungs-Richtlinie gestützten Konstruktion einer entsprechenden orphan works-Bestimmung wäre zum einen, dass der Nutzer eines verwaisten Werkes im Falle eines Rechtsstreits darlegungs- und beweispflichtig wäre für den unverhältnismäßig großen Schaden, der ihm bei erfolgreicher Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs durch den wiederaufgetauchten Urheber bzw. Rechteinhaber drohen würde. Zum anderen liefe die Abwendungsbefugnis des Verletzers in der Rechtspraxis vermutlich regelmäßig leer, weil der Verletzer den Beweis schuldig bliebe, dass er weder vorsätzlich noch fahrlässig, also schuldlos gehandelt hat<sup>1492</sup>. Art. 11 und Art. 12 der Durchsetzungs-Richtlinie lassen somit keinen ausreichenden Spielraum, um nach dem Vorbild des § 514(b) (1) (B) Orphan Works Act of 2006 einen vollwertigen Schutz für die bearbeitende Nutzung verwaister Werke zu erreichen. Im Ergebnis wäre also eine Änderung europäischen Urheberrechts unvermeidbar.

#### e) Zusammenfassung

Bevor man sich an die prinzipiell erstrebenswerte Umsetzung einer wie hier vorgeschlagenen Schutzvorschrift für die Bearbeiter verwaister Werke macht – die eine auch aus zahlreichen anderen Gründen erforderliche Revision des europäischen Urheberrechts voraussetzen würde<sup>1493</sup> – bedarf es noch weiterer Forschung mittels derer für den Nachweis einer angemessen sorgfältigen Suche nach dem Urheber bzw. Rechteinhaber eines verwaisten Werkes nach Möglichkeit bereichsspezifische Prüfungsschritte, Leitlinien und ggf. standardisierte (freiwillige oder unter Abänderung von Art. 5 Abs. 2 RBÜ obligatorische) Registrierungs- und Benachrichtigungsverfahren möglichst auch unter Einbeziehung der Verwer-

1492 Genau darin besteht heute bereits das Problem bei der in § 101 UrhG vorgesehenen Ablösungsbefugnis (dem nationalen Pendant zu Art. 12 Durchsetzungs-Richtlinie), s. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 101, Rn. 3: »Angesichts der nur geringen Anforderungen, welche die Rechtsprechung an das Verschulden stellt (...), kommt der Vorschrift jedoch kaum praktische Bedeutung zu«.

1493 Siehe allein etwa die obigen Ausführungen zur revisionsbedürftigen Schutzdauer-Richtlinie oder die nachfolgend thematisierte Problematik des gemäß Erwägungsgrund 32 der Informationsgesellschafts-Richtlinie abschließenden Schrankenkatalogs.

tungsgesellschaften zu erarbeiten sind<sup>1494</sup>. Andernfalls stünde angesichts der überaus strengen Anforderungen, die die Rechtsprechung im Bereich des Urheberrechts an das erforderliche Maß der Sorgfalt stellt<sup>1495</sup>, zu befürchten, dass die geschaffene »safe-harbor«-Bestimmung<sup>1496</sup> ein Papiertiger bliebe, weil der Nutzer eines verwaisten Werkes im Regelfall nicht beweisen könnte, dass er möglicherweise zu einem weit zurückliegenden Zeitpunkt mit der erforderlichen Sorgfalt nach dem Urheber bzw. Rechteinhaber gesucht hat<sup>1497</sup>. Ganz abgesehen

1494 Siehe zu den insoweit bereits vorhandenen Ansätzen oben.

1495 S. BGH GRUR 1999, 49, 51 – Bruce Springsteen and his Band; Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 97, Rn. 57.

1496 So würde man eine den gutgläubigen Nutzer eines verwaisten Werkes schützende Haftungsbeschränkung zumindest im amerikanischen Recht bezeichnen.

1497 Wegen dieser potentiellen Schwäche dieses Regulierungsansatzes sind im Zuge weiterer Forschungsbemühungen dann auch alternative bzw. ergänzende Lösungsansätze – wie sie etwa *Hugenholtz et al.*, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, S. 178 ff.; *Khong*, 15 *Int'l J. L. & Info. Tech.* 54, 72 ff. (2007) und *van Gompel*, *IIC* 2007, 669, 681 ff. erörtern – einer vertieften Analyse zuzuführen. *Hugenholtz et al.* untersuchen neben dem auch hier diskutierten Lösungsansatz (kritisch dazu auf S. 189 f.), der, wie gesehen, im Wesentlichen durch den US-amerikanischen orphan works-Gesetzgebungsvorschlag aus dem Jahre 2006 inspiriert ist, fünf weitere theoretisch denkbare (Teil-) Lösungsmöglichkeiten für die orphan works-Problematik: 1. Förderung der freiwilligen Bereitstellung von der Allgemeinheit zugänglichen »copyright ownership or rights management information (metadata)«. In diesem Zusammenhang machen *Hugenholtz et al.* insbesondere den interessanten Vorschlag, Art. 7 der Informationsgesellschafts-Richtlinie so abzuändern, dass der Schutz für »rights management information« nur noch dann gewährt wird, wenn diese elektronischen Informationen einer öffentlich zugänglichen Datenbank zur Verfügung gestellt werden (S. 179 ff., 195); 2. Förderung kollektiver Rechtswahrnehmung, und zwar entweder durch eine obligatorische kollektive Rechtswahrnehmung oder durch eine Ausdehnung des skandinavischen Modells der »extended collective license«, bei dem Verwertungsgesellschaften auch für Nicht-Mitglieder zur Rechtswahrnehmung berechtigt sind, der Urheber des verwaisten Werkes wäre in diesem Modell dann allerdings mit einem »Opt-Out«-Recht ausgestattet (S. 183 ff.), näher zum Modell der »Extended Collective License« allgemein *Koskinen-Olsson*, *Collective Management in the Nordic Countries*, in: *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Hg. v. *Gervais*, S. 257, 264 ff.; 3. Etablierung repräsentativer privater Einrichtungen, die nach dem Vorbild von *Foto Anoniem* in den Niederlanden (s. <http://www.fotoanoniem.nl/>) die Suche nach dem Rechteinhaber übernehmen und für den Fall, das auch sie ihn nicht ausfindig machen können, anbieten, den prospektiven Nutzer des verwaisten Werkes gegen Entrichtung einer angemessenen Gebühr (die mit der Höhe der jeweils üblichen Lizenzgebühr korreliert) gegenüber Ansprüchen des Rechteinhabers freizustellen (vgl. »*Foto Anoniem* will grant the user legal protection by means of an indemnity. In the indemnity clause, *Foto Anoniem* commits itself to protect the user against liability for copyright infringement.«, S. 184 f.). 4. Ermächtigung einer Behörde, im Wege der Zwangslizenz gegen eine angemessene Lizenzgebühr einfache Nutzungsrechte an veröffentlichen, aber verwaisten Werken einzuräumen (S. 185 ff.); 5. Schaffung einer Schrankenregelung für bestimmte Nutzungen verwaister Werke (S. 187 f.). Die von *Hugenholtz et al.* prinzipiell präferierte Variante 4. (S. 193 f.), die eine ex ante Rechteabklärung durch eine staatliche

davon wartet auch hinsichtlich der tatsächlichen praktischen Relevanz der orphan works-Problematik noch weitere Arbeit auf die Urheberrechtswissenschaft<sup>1498</sup>.

#### 4. *Auslegung und Ausgestaltung der Schranken im Lichte eines normzweckorientierten Ansatzes*

Das mit dieser Arbeit auf Grundlage eines integrativen Rechtfertigungsmodells verfolgte bipolare Normzweckkonzept lässt sich sowohl für die Auslegung (dazu unter a)), als auch für die Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen (dazu unter b)) fruchtbar machen.

##### a) *Normzweckorientierte Schrankenauslegung*

Schranken sind weder eng noch weit, sondern, wie andere Rechtsvorschriften auch, unter Anwendung des allgemein üblichen »Auslegungskanons« auszulegen<sup>1499</sup>. Neben der grammatischen (wörtlichen), der historischen und der systematisch-logischen Auslegung kommt dabei der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode im Urheberrecht eine hervorgehobene Bedeutung zu<sup>1500</sup>. Was wie eine pure Selbstverständlichkeit klingt, ist in der deutschen Urheberrechtslehre keineswegs immer so selbstverständlich gewesen. Lange Zeit herrschte hier nämlich mit dem Dogma der engen Schrankenauslegung eine starre Auslegungsregel vor, die das Ergebnis der Auslegung bereits mehr oder weniger vorgab<sup>1501</sup>. Im Folgenden soll daher unter aa) kurz darauf eingegangen werden, warum starre, sche-

Einrichtung vorsieht, kann dabei nicht überzeugen, da sie letztlich zu kosten- und zeintensiv sein dürfte (mit dieser Kritik auch *Khong*, 15 Int'l J. L. & Info. Tech. 54, 75 (2007): »costly process involving a certain amount of delay«) und weil die Anhäufung von vorab zu leistenden Lizenzgebühren, die sich vermutlich auch im Nachhinein zumeist nicht an den rechtmäßigen Urheber bzw. Rechteinhaber ausschütten ließen, ineffizient wäre.

1498 So auch *Hugenholz et. al.*, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, S. 193 f.: »So far, it has not been demonstrated that the orphan works problem has a noticeable impact on the internal market. In fact, the exact scale of the orphan works problem remains largely unknown, as quantitative data on the degree to which orphan works actually present a problem for the reutilisation of these works or on the frequency with which orphan works impede creative efforts have not yet been presented.«

1499 So auch u.a. *Hilty*, *Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch*, in: FS Schrickler II, S. 325, 326 ff.; *Pahud*, *Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit*, UFITA 2000/I, S. 99, 136; *Raue*, *Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen*, in: FS Nordemann, S. 327, 339; *Rigamonti*, GRUR Int. 2004, 278, 284.

1500 Siehe zu diesen Auslegungskriterien allgemein etwa *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre*, S. 133 ff. oder *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. IV., S. 361 ff.

1501 Ähnlich kritisch etwa *Rigamonti*, GRUR Int. 2004, 278, 284, aus dessen Sicht der Grundsatz der engen Auslegung nichts anderes sei als eine befangene Auslegung »in dubio pro auctore«.

matische Auslegungsregeln nach dem Motto »in dubio pro auctore«<sup>1502</sup> oder »in dubio pro libertate«<sup>1503</sup> bereits nach geltender Rechtslage weder in verfassungsrechtlicher noch in methodologischer Hinsicht überzeugen können. Im Anschluss wird sodann unter bb) zu skizzieren sein, welche Vorzüge eine stärker normzweckorientierte Auslegung im Lichte der in Kap. 5 D. II. 1. vorgeschlagenen Normzweckklausel und der darin enthaltenen Zielvorstellungen de lege ferenda mit sich brächte.

aa) *Das überholte Dogma der engen Schrankenauslegung und die Rechtsnatur der Schranken*

Das Dogma von der engen Schrankenauslegung hat sich in der deutschen Lehre jahrzehntelang mit einer erstaunlichen Hartnäckigkeit gehalten<sup>1504</sup> und auch in der Rechtsprechung über lange Zeit hinweg Bestand gehabt<sup>1505</sup> – auch wenn sich

- 1502 Für eine Auslegung »in dubio pro auctore« spricht sich etwa aus Fromm-Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, § 1, Rn. 1: bei der Auslegung sei »allgemein im Zweifel zugunsten des Urhebers zu entscheiden«. Diese Auslegungsregel kritisiert auch Schrickler-Schricker, Urheberrecht, Einl. Rn. 17, als zu »schematisch«.
- 1503 Für eine Auslegung »in dubio pro libertate« tritt ein Hoeren, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: FS Sandrock, S. 357, 370, ders., MMR 2000, 3. Hoeren zufolge sei das Urheberrecht »nicht der Grundsatz, sondern die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme«. Schrankenregelungen gäben »somit der Öffentlichkeit nur die Freiheit zurück, die ihr ohnehin immer schon zustand.«, von daher seien die Schranken auch nicht eng auszulegen; ähnlich Kröger, MMR 2002, 18, 20.
- 1504 S. Fromm-Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, § 1, Rn. 1; v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, § 45, Rn. 4; Katzenberger, Elektronische Printmedien und Urheberrecht, S. 50; Loewenheim, GRUR 1996, 636, 641; Loewenheim-Götting, Handbuch des Urheberrechts, § 30, Rn. 4; Möhring-Nicolini-Nicolini, UrhG, § 45, Rn. 2; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 86 u. 480; Schack, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511, 515 (»Geboten ist (...) eine enge und verfassungskonforme Auslegung der Schranken, die sich streng an deren jeweiligem Privilegierungszweck orientieren muss.«); abgewogen Schrickler-Melichar, Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 15 ff., der im Gegensatz zur Voraufgabe (2. Aufl., München 1999) eine deutlich weniger strikte Auffassung vertritt und nunmehr in begründeten Einzelfällen eine erweiternde bzw. flexible Auslegung zulassen will, damit »das Urheberrechtsgesetz mit der dynamischen technischen Entwicklung Schritt halten kann«. Abgesehen davon will Melichar (angelehnt an BGH GRUR 2002, 963, 966 – *Elektronischer Pressespiegel*) dann vom Grundsatz der engen Schrankenauslegung abrücken, wenn eine enge Auslegung wirtschaftlich nicht den Urhebern selbst, sondern den Erstverwertern wie z.B. Zeitungsverlegern zugutekommt; Wandtke-Bullinger-Lüft, Praxiskommentar zum Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 1.
- 1505 RGZ 130, 196, 202 – *Codex aureus*; RGZ 140, 231, 239 = GRUR 1933, 586, 590; RGZ 153, 1, 23 = GRUR 1937, 73, 82 – *Rundfunksendung von Schallplatten*; BGHZ 11, 135, 143 = GRUR 1954, 216, 219 – *Lautsprecherübertragung*; BGHZ 17, 266, 282 = GRUR 1955, 492, 497 – *Grundig-Reporter*; BGHZ 50, 147, 152 = GRUR 1968, 607, 608 – *Kandinsky*; BGHZ 58, 262, 265 = GRUR 1972, 614, 615 – *Landesversicherungsanstalt*; BGHZ 85, 1, 4 = GRUR 1983, 28, 29 – *Presseberichterstattung und Kunstwerkwiedergabe II*;

die Rechtsprechung nicht immer strikt an diese Urheberrechtsdoktrin gehalten hat<sup>1506</sup>. Die Befürworter einer engen SchrankenAuslegung argumentieren, die in §§ 44a ff. UrhG niedergelegten Schranken seien als Ausnahmebestimmungen zum urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht grundsätzlich eng auszulegen<sup>1507</sup>. Der Ausnahmecharakter der Schranken ergebe sich aus dem internationalrechtlich vorgesehenen Dreistufentest und der verfassungsrechtlichen Verankerung des Urheberrechts in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, der die Kernaussage zu entnehmen sei, dass die Zuordnung von Ausschließlichkeitsrechten an den Urheber die Regel darstelle<sup>1508</sup>.

Nachdem inzwischen das Bundesverfassungsgericht<sup>1509</sup> und der Bundesgerichtshof<sup>1510</sup> in einer Reihe jüngerer Entscheidungen von einer per se engen SchrankenAuslegung abgerückt sind und dieses Dogma erheblich aufgeweicht haben, beginnen nunmehr auch in der Literatur die Stimmen zu überwiegen, die

- i BGH, GRUR 1985, 874, 875 – *Schulfunksendung*; BGHZ 134, 250, 263 = GRUR 1997, 459, 462 – *CB-Infobank I*; BGHZ 144, 232, 235 f. = GRUR 2001, 51, 52 – *Parfumflakon*.
- 1505 Dies betonen namentlich *Hoeren*, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: FS Sandrock, S. 357, 369 f. und *Schweikart*, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 106 unter Verweis auf BGH GRUR 1983, 562, 564 – *Zoll und Finanzschulen* (analoge Anwendung von § 52 Abs. 1 UrhG immerhin in Erwägung gezogen); BGHZ 99, 162, 164 = GRUR 1987, 362, 363 – *Filmzitat* (analoge Anwendung des § 51 Nr. 2 UrhG auf Filmwerke) und BGH GRUR 1994, 45, 47 – *Verteileranlagen* (Schranken »einer entsprechenden Anwendung nur in seltenen Fällen zugänglich«).
- 1507 Fromm-Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, Vor § 45, Rn. 3; Loewenheim-Götting, Handbuch des Urheberrechts, § 30, Rn. 4; Möhring-Nicolini-Nicolini, UrhG, § 45, Rn. 2; Schrickler-Melichar, Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 15 ff. m.w.N. (der dieser Maxime nunmehr nur noch mit Einschränkungen folgen möchte, sie sei »cum grano salis zu nehmen«).
- 1508 Loewenheim-Götting, Handbuch des Urheberrechts, § 30, Rn. 4; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 86.
- 1509 BVerfGE GRUR 2001, 149 ff. – *Germania III*. Zustimmend *Raue*, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen, in: FS Nordemann, S. 327, 331 ff. und 339; kritisch: *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511, 518.
- 1510 So hält der BGH in seiner viel beachteten Entscheidung BGHZ 151, 300, 312 = GRUR 2002, 963, 966 – *Elektronischer Pressespiegel*, s. dazu etwa *Hoeren*, GRUR 2002, 1022 ff.; *Raue*, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen, in: FS Nordemann, S. 327, 329 ff. sowie *Wandtke*, GRUR 2002, 1, 6, im Grundsatz zwar äußerlich an einer engen SchrankenAuslegung fest, will aber bei der Frage einer *ausnahmsweise extensiven Auslegung* einer Schrankenbestimmung insbesondere berücksichtigen, wie sich die Geltung der Schranke auf die Interessen des Urhebers auswirkt. Danach spiele es für die Auslegung der Schrankenregelung auch eine Rolle, wenn ausnahmsweise die Anwendung der Schranke (durch Gewährung eines kollektiv wahrgenommenen Vergütungsanspruchs) den Urheber besser stelle als die Geltung des Ausschließlichkeitsrechts. Laut BGH kann daher eine extensive SchrankenAuslegung in Betracht kommen, wenn in der Rechtswirklichkeit eine enge Auslegung der Schrankenbestimmung im Allgemeinen dazu führen würde, »dass dem Urheber weder der Vergütungsanspruch noch das Ausschließlichkeitsrecht zustünde«. Darüber hinaus seien in »jedem Fall (...) neben den Interessen des Urhebers die durch die Schrankenbestimmungen geschützten Interessen zu

eine enge Schrankenauslegung infragestellen<sup>1511</sup>. Die von den Kritiker einer engen Schrankenauslegung vorgebrachten Einwände sind dabei sowohl verfassungsrechtlicher als auch methodologischer Natur. In verfassungsrechtlicher Hinsicht argumentieren sie, dass die wirtschaftliche Partizipation des Urhebers an der Werknutzung zwar zu den konstituierenden Merkmalen des Urheberrechts als Eigentum im Sinne der Verfassung gehören mag, dass umgekehrt aber auch an der Nutzung eines geschützten Werkes verfassungsrechtlich verankerte Interessen der Nutzer bzw. der Allgemeinheit bestehen können<sup>1512</sup>. Diese gegenläufigen Verfassungsrechtspositionen stünden zur Eigentumsgarantie in einem »Verhältnis

beachten und ihrem Gewicht entsprechend für die Auslegung der gesetzlichen Regelung heranzuziehen.«. Schon mit der Entscheidung BGHZ 150, 6, 8 = GRUR 2002, 605 f. – *Verhüllter Reichstag*, hatte der BGH klargestellt, dass die grundsätzlich enge Schrankenauslegung ihren Grund weniger darin habe, dass Ausnahmevorschriften generell eng auszulegen wären. Vielmehr beruhe dieser Grundsatz darauf, dass der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke tunlichst angemessen zu beteiligen sei und daher die ihm hinsichtlich der Werkverwertung zustehenden Ausschließlichkeitsrechte nicht übermäßig beschränkt werden dürften. Bestehe aber »beispielsweise an der Wiedergabe eines geschützten Werkes ein gesteigertes öffentliches Interesse, ist dies bei der Auslegung der Schrankenbestimmungen zu berücksichtigen und kann im Einzelfall dazu führen, dass die enge, am Wortlaut orientierte Auslegung einer großzügigeren, der verfassungsrechtlich geschützten Position des VerwerTERS Rechnung tragenden Interpretation weichen muss«. Mit der sog. *Gies-Adler*-Entscheidung hat der BGH diese Rechtsprechung fortgesetzt, s. BGHZ 154, 265 = GRUR 2003, 956, 957, und dort festgestellt, involvierte Drittinteressen müssten »schon bei der Auslegung der dem Urheber zustehenden Befugnisse, in jedem Fall aber bei der Auslegung der Schrankenbestimmungen berücksichtigt werden«; dies könne »im Einzelfall dazu führen, dass eine enge, am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung einer großzügigeren, dem Informations- und Nutzungsinteresse der Allgemeinheit Rechnung tragenden Interpretation weichen muss«.

- 1511 v. *Becker*, GRUR Int. 2004, 104, 107 f.; differenziert *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 7 (grds. enge Auslegung, ggf. aber extensive Auslegung im Lichte der jüngeren BGH-Rspr.); *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rn. 225 f.; *ders.*, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 143, 152 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 815, 819; *Hilty*, Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch, in: *FS Schrickler II*, S. 325, 327 f.; *Hoeren*, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: *FS Sandrock*, S. 357, 369; *Kröger*, MMR 2002, 18 ff.; früh schon *Löffler*, NJW 1980, 201, 204; *Möhring-Nicolini-Hoeren*, UrhG, § 69d, Rn. 2; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 109 ff.; *ders.*, Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, S. 99, 130 ff.; *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 45; *Raue*, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen, in: *FS Nordemann*, S. 327, 330 f. und 339; *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 136; *Rigamonti*, GRUR Int. 2004, 278, 284; *Schrickler-Wild*, Urheberrecht, § 97, Rn. 23; *Schweikart*, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 109 ff.; *Senftleben*, Dreistufentest, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 177.
- 1512 v. *Becker*, GRUR Int. 2004, 104, 108; *Kröger*, MMR 2002, 18, 20 (der in diesem Zusammenhang auf die eminente Bedeutung der in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verankerten Informationsfreiheit verweist); *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 109 f.; *Schweikart*, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 108, 110.

abstrakter Gleichrangigkeit«, weshalb sich folglich aus der Eigentumsgarantie eine grundsätzlich enge Schrankenauslegung nicht herleiten lasse<sup>1513</sup>.

In methodologischer Hinsicht verweisen die Kritiker einer engen Schrankenauslegung darauf, dass die zivilrechtliche Methodenlehre erstens einen allgemeinen Grundsatz einer engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen nicht kenne<sup>1514</sup>, und dass es sich zweitens bei Schranken von ihrer Rechtsnatur her bereits gar nicht um Ausnahmenvorschriften handle. Es müsse vielmehr zunächst durch Auslegung ermittelt werden, ob es sich bei der jeweiligen Schranke um eine Ausnahmenvorschrift im Sinne dieser Auslegungsregel handle oder nicht<sup>1515</sup>. Der Wortlaut des Gesetzes gebe insoweit nur bedingt Aufschluss<sup>1516</sup>. Denn nicht selten sei es nur eine Frage der Gesetzestechnik, ob der Gesetzgeber eine von ihm beabsichtigte Einschränkung des Anwendungsbereichs einer Norm sogleich in einer quasi allumfassenden Norm vorsehe, oder ob er diese Einschränkung erst nachträglich mittels eines einschränkenden Rechtsatzes realisiere<sup>1517</sup>. Im letzteren Fall wird der Anwendungsbereich der Norm dann durch eine positive und eine gleichwertige »negative Geltungsanordnung« definiert<sup>1518</sup>.

- 1513 *Pahud*, Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, S. 99, 134 f. Das Gleiche muss dann konsequenterweise auch für eine Auslegung »in dubio pro libertate« gelten. Diese ist aus verfassungsrechtlicher Sicht ebenso wenig haltbar wie eine Auslegung »in dubio pro auctore«, dazu auch *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 107.
- 1514 Gegen einen allgemeinen Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen sprechen sich beispielsweise folgende Vertreter der heutigen Methodenlehre aus: *Bydlin-ski*, Methodenlehre, S. 81, 232, 440; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 129 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 175 f. Auch die jüngere BGH-Rechtsprechung weist regelmäßig darauf hin, dass der Grundsatz der engen Schrankenauslegung seinen Grund weniger darin habe, dass Ausnahmenvorschriften generell eng auszulegen wären, vielmehr beruhe dieser Grundsatz darauf, dass der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke tunlichst angemessen sei und daher die ihm hinsichtlich der Werkverwertung zustehenden Ausschließlichkeitsrechte nicht übermäßig beschränkt werden dürften, s. z.B. BGHZ 150, 6, 8 = GRUR 2002, 605 f. – *Verhüllter Reichstag*. Siehe aus der Urheberrechtswissenschaft dazu: Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 7; *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 328 m.w.N.; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 109 ff.; *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511, 514; Schrickler-Melichar, Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 15a.
- 1515 *Pahud*, Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, S. 99, 135; *Schweikart*, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 108 f.; vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 175 f.
- 1516 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 175.
- 1517 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 175 f.; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 110. Vgl. BVerfGE 49, 382, 393 – *Kirchenmusik* = GRUR 1980, 44, 46: »Das Verwertungsrecht der öffentlichen Wiedergabe steht dem Urheber von vornherein nur in den durch § 52 Abs. 1 gezogenen Grenzen zu. Es handelt sich um eine Frage der Gesetzestechnik, wenn das Gesetz das Verwertungsrecht zunächst als umfassend formuliert, die »Schranken« dieses Rechts aber in § 52 Abs. 1 normiert.«
- 1518 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 175 f.

So gesehen lässt sich für das Urheberrecht die Auffassung vertreten, dass sich die vom Gesetzgeber mit den weit gefassten Verwertungsrechten und den einschränkenden Schrankenbestimmungen verfolgte Konzeption erst dann richtig erschließt, wenn man sie als Kombination zweier Rechtsgedanken begreift, nämlich dem des Urheber- und dem des parallel dazu erfolgenden Nutzerschutzes<sup>1519</sup>. Bei dieser Sichtweise sind *Schranken* dann nicht Ausnahmen vom urheberrechtlichen Schutz, sondern lediglich *Bestimmungen, die Inhalt und immanente Grenzen des Urheberrechts festlegen*<sup>1520</sup>.

1519 Eine Kombination dieser beiden Rechtsgedanken findet sich dabei nicht allein im Rahmen der Schranken. Wie in der Einleitung zu Kap. 5 D. II. bereits festgestellt, kann man in zahlreichen weiteren urheberrechtlichen Bestimmungen und Dogmen einen Ausgleich des Urheber- und des Nutzerschutzgedankens erkennen. Genannt seien hier die Idee-/Form-Dichotomie, die Unterscheidung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung (s. im deutschen Recht §§ 23/24 UrhG), § 95b Abs. 2 UrhG und nicht zuletzt die begrenzte Schutzdauer als solche. Daran anknüpfend kann der mit der Auslegung des geltenden Urheberrechts befasste Rechtsanwender nach der hier vertretenen Auffassung schon heute davon ausgehen, dass das Urheberrecht sowohl den Schutz des Urhebers als auch den des Nutzers bezweckt. Bei Zugrundelegung einer *auch* objektiven Auslegungsmethode (dazu noch näher unten) ist es nicht ungewöhnlich, dass der dem Gesetz innewohnende Sinn und Zweck reicher und weiter sein kann, als sich der historische Gesetzgeber seinerzeit gedacht haben mag, vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 115. Die Zwecke eines Gesetzes sind nicht statisch, sondern einem steten Wandel unterworfen. Als objektiv-teleologische Kriterien müssen sie dem Gesetzgeber selbst dabei nicht von vornherein bewusst gewesen sein. Es ist nicht unüblich, dass solche Regelungsprinzipien mitunter auch erst nachträglich von der Wissenschaft herausgearbeitet werden, vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 154 u. 157.

1520 In diesem Sinne etwa *Dusollier*, IIC 2003, 62, 73 (»the exception is a natural boundary to the monopoly power of the author. Many European copyright acts formulate exceptions as «the author is not entitled to prohibit ...«. In my view, it should mean that the author does not have the power to interfere with the legitimate exercise of an exception, be it by enforcement of her rights before a court, by a contract or with a technical device. Her exclusive rights stop where the exception starts.«); *Geiger*, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 143, 150 f.; *Hugenholz*, Adapting Copyright to the Information Superhighway: in: *The Future of Copyright in a Digital Environment*, S. 81, 94 f.; vgl. auch *Schricker*, GRUR 1992, 242, 246, demzufolge das Allgemeininteresse »nicht nur Schranke, sondern auch Schutzgrund des Urheberrechts« zu sein hat. Eine interessante Frage in diesem Zusammenhang ist, inwiefern sich diese immanenten Beschränkungen des Urheberrechts aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums ableiten lassen. So könnte man sich fragen, ob nicht bereits die Vorstellung an sich unbeschränkter ausschließlicher Nutzungsrechte, die von außen her Einschränkungen erfahren, der Idee von der Sozialpflichtigkeit des Eigentums widerspricht. Mittels dieser Argumentation ließe sich unter Umständen nachweisen, dass alle im Interesse der Nutzer bzw. der Allgemeinheit gesetzten urheberrechtlichen Schrankenregelungen im Urheberrecht als Eigentum im Sinne der Verfassung selbst angelegt sind und seinem innersten Wesen entstammen, vgl. in diese Richtung schon *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 15 f., in einem 1889 gehaltenen Vortrag im Streit um die eher individualistische oder stärker sozialbezogene Ausrichtung des BGB, siehe dazu auch *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 11 ff, 154.

Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass es sich bei einer Schranke im Einzelfall nicht nur um eine Ausnahme »der Formulierung, sondern auch der Sache nach« handelt<sup>1521</sup>. Von einer Ausnahme »der Sache nach« sprechen *Larenz/Canaris* dort, »wo das Gesetz eine Regel, der es in möglichst weitem Umfang Geltung zu verschaffen sucht, für bestimmte, meist eng umgrenzte Fälle durchbrochen hat, weil ihre Durchführung auch in diesen Fällen dem Gesetzgeber wenig praktikabel oder als unangebracht erschien und er deshalb hier glaubte, darauf verzichten zu können.«<sup>1522</sup>. Nur in diesem Fall wollen *Larenz/Canaris* der Regel von der grundsätzlich engen Auslegung von Ausnahmen einen »beschränkten Wert« zuerkennen<sup>1523</sup>. Es müsse »vermieden werden, daß durch eine allzu weite Auslegung der Ausnahmebestimmungen oder durch deren analoge Anwendung die Regelungsabsicht des Gesetzgebers schließlich in ihr Gegenteil verkehrt wird.«<sup>1524</sup>. *Larenz/Canaris* betonen, dass dies aber gerade nicht bedeute, dass die Ausnahmebestimmung »so eng wie möglich« auszulegen oder selbige nicht analogiefähig sei<sup>1525</sup>. Auch bei einer Ausnahmevorschrift sei der Sinn und Zweck der jeweiligen Norm zu bestimmen<sup>1526</sup>.

Das Gebot, ein vom Gesetzgeber vorgesehenes Regel-Ausnahme-Verhältnis zu wahren, darf daher nicht dazu verleiten, den formalen Ausnahmecharakter einer Schranke als Ausdruck einer Wertung zugunsten der Urheberinteressen misszuverstehen<sup>1527</sup>. Ein Gesetzgeber erlässt eine Ausnahmebestimmung schließlich nicht deshalb, weil er das dadurch geschützte Interesse der Nutzer bzw. der Allgemeinheit von vornherein als minderwertig erachtet<sup>1528</sup>. Vielmehr kann es sein, dass der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen gerade das durch eine Ausnahmebestimmung geschützte Interesse als wichtiger erachtet und ihm deshalb den Vorrang vor den Interessen des Urhebers bzw. Verwerters einräumt<sup>1529</sup>.

1521 Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176.

1522 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176. Mit Blick auf die Gründe, die den Gesetzgeber seinerzeit zur Statuierung der Privatkopierschranke bewogen haben (nämlich die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung eines Verbots der privaten Vervielfältigung, s. Schrickler-Loewenheim, Urheberrecht, § 53, Rn. 3 ff.), liegt es nahe, zumindest in dieser Schrankenregelung eine Ausnahme der Sache nach zu erkennen.

1523 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176.

1524 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176.

1525 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176.

1526 *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 440, demzufolge das »alte Rezept« verfehlt sei, Ausnahmevorschriften eng auszulegen. »Heute ist längst mit Recht anerkannt, daß auch Ausnahmeregeln (im Rahmen ihrer engeren »ratio legis«) der ausdehnenden Auslegung und auch der Analogie fähig sind.«; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176: »Entscheidend ist auch hier wieder der Grund, aus dem der Gesetzgeber gerade diese Fälle ausgenommen hat.«; *Pahud*, Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, S. 99, 136; *Raue*, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen, in: FS Nordemann, S. 327, 339.

1527 *Macciachini*, Urheberrecht und Meinungsfreiheit, S. 47.

1528 So *Macciachini*, Urheberrecht und Meinungsfreiheit, S. 47.

1529 *Macciachini*, Urheberrecht und Meinungsfreiheit, S. 47; *Pahud*, Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, S. 99, 136 f.

Ob im konkreten Einzelfall die Regel oder die Ausnahme gelten soll, ergibt sich daher immer erst im Wege der Auslegung. Durch sie – und nicht durch Anwendung der verfehlten starren Auslegungsregel »in dubio pro auctore« – ist unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Auslegungsgesichtspunkte der Sinn und Zweck der jeweiligen Schrankenbestimmung zu ermitteln<sup>1530</sup>.

Die Suche nach der »Ratio« einer Schranke (bzw. des Urheberrechts allgemein) muss dabei keineswegs retrospektiv beim Willen des historischen Gesetzgebers stehen bleiben<sup>1531</sup>. Ganz im Gegenteil: Der Rechtsanwender ist vielmehr aufgerufen, neben einer subjektiven auch eine objektive Auslegungsmethode anzustrengen<sup>1532</sup>, um auf diese Weise zu zeit- und sachgemäßen Auslegungsergebnissen zu gelangen. Ziel der Gesetzesauslegung ist demnach nicht allein die Ermittlung des »wirklichen Willens« des historischen Gesetzgebers, der schlechterdings nicht ahnen konnte, welchen Herausforderungen sich das Urheberrecht durch Digitalisierung und Internet eines Tages ausgesetzt sehen würde, sondern mit *Larenz/Canaris* der heute rechtlich maßgebliche, also normative Sinn des Gesetzes<sup>1533</sup>. Nur so kann das Urheberrechtsgesetz der dynamischen technischen Entwicklung gerecht werden.

- 1530 *Hilty*, Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 327 f.; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 111 f. (»Die Ausnahmevorschrift ist restriktiv, extensiv oder analog anzuwenden, je nachdem, was ihrem objektivem Sinn entspricht.«).
- 1531 Vgl. auch das in Kap. 2 A. II definierte Verständnis des Zweckbegriffs. Zweckorientiertes Denken wird danach in dieser Arbeit verstanden als die Suche sowohl nach der Ursache, als auch auf Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft ausgerichtet nach der Finalität des Urheberrechts, vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV., S. 365, im Anschluss an *Jherings* zweifaches Zweckverständnis (»causa efficiens« und »causa finalis«).
- 1532 Siehe zu der bereits seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts im Schrifttum andauernden, rechtsphilosophischen und -methodologischen Kontroverse zwischen den Vertretern der »subjektiven Theorie« (auch »Willenstheorie«) und den Vertretern der »objektiven Theorie« (auch »Theorie der immanenten Gesetzesdeutung«) näher *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 428 ff.; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 112 ff. und *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 137 ff. jeweils m.w.N., siehe v.a. S. 137 f. bei *Larenz/Canaris*, deren vermittelnde Sicht hier gefolgt wird: »Jeder der beiden Theorien liegt eine Teilwahrheit zugrunde (...) Die Wahrheit der objektiven Theorie ist, daß ein Gesetz, sobald es angewandt wird, eine ihm eigene Wirksamkeit entfaltet, die über das hinausgeht, was der Gesetzgeber beabsichtigt hatte. Das Gesetz greift in mannigfache und sich wandelnde Lebensverhältnisse ein, die der Gesetzgeber nicht alle zu übersehen vermochte; es gibt Antwort auf Fragen, die der Gesetzgeber sich noch nicht gestellt hat. Es gewinnt so mit der Länge der Zeit mehr und mehr gleichsam ein eigenes Leben und entfernt sich damit von den Vorstellungen seiner Urheber. Insoweit verhält es sich mit einem Gesetz nicht anders als mit anderen Geisteswerken.«.
- 1533 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 138 f., betonen aber (S. 139), dass sich dieser »rechtlich als maßgeblich zu erachtende Sinn des Gesetzes (...) nur unter Berücksichtigung auch der Regelungsabsichten und der konkreten Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers, keinesfalls unabhängig davon« feststellen lasse; s.a. *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 436, demzufolge ebenfalls »die heute rechtlich maßgebenden relevanten Sinngehalte der Norm zu suchen sind«. Im Sinne einer möglichst zeitgemäßen, flexiblen Auslegung auch *Hilty*, Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 328; *Kröger*, MMR 2002, 18, 20 f. (»Die digitale Technologie wird in der historischen Perspektive –

Wie gesehen bedürfen Schranken wie jede andere Norm auch der Auslegung. Die juristische Methodenlehre hat dafür mit der grammatischen, der historischen, der systematisch-logischen sowie der objektiv-teleologischen die geeigneten methodischen Gesichtspunkte entwickelt<sup>1534</sup>. Das objektiv-teleologische Auslegungselement kommt dabei vor allem dann ins Spiel, wenn der Wortsinn und der Bedeutungszusammenhang einer Schrankenregelung mehrere Deutungsmöglichkeiten offen lassen – oder sich durch die Technik neu eröffnete Nutzungsmöglichkeiten nicht unter dem im analogen Zeitalter formulierten Gesetzestext subsumieren lassen –, und sich ferner das Normverständnis des historischen Gesetzgebers nicht zweifelsfrei feststellen lässt<sup>1535</sup>. In diesen Fällen ist notwendigerweise der einer Schranke zugrundeliegende Sinn und Zweck zu ermitteln, wobei davon auszugehen ist, dass der Zweck von Schranke zu Schranke stark divergiert.

Will man verhindern, dass eine solche normzweckorientierte Auslegung der einzelnen Schrankenregelung nicht dem Gutdünken des Auslegenden anheimfällt, empfiehlt es sich, dem Rechtsanwender mittels einer Normzweckklausel<sup>1536</sup> die dem Urheberrecht allgemein zugrundeliegenden Normzwecke und Regelungsprinzipien als Auslegungskriterien an die Hand zu geben. Die auf diese Weise vermittelten Auslegungsparameter vermögen den Auslegungsprozess zu strukturieren und zu ordnen. Zugleich versetzen sie den Richter in die Lage, im

dies lässt sich schon heute sagen – eine besonders bahnbrechende Bedeutung haben. In einer derartigen Situation ist ein – geradezu nach außen getragenes – statisches Verständnis von Rechtsregeln ein Anachronismus, der der tatsächlichen Anpassungsfähigkeit von urheberrechtlichen Normen gegenüber dem technologischen Fortschritt nicht gerecht wird.«). Vorsichtig in diese Richtung neuerdings auch (im Gegensatz zur Voraufgabe) Schrickler-Melichar, *Urheberrecht*, Vor §§ 44a ff., Rn. 15b. Siehe aber die früher vorherrschende Meinung, BGHZ 17, 266 – *Grundig-Reporter* = GRUR 1955, 492, 497, wonach der mit einer Ausnahmebestimmung verfolgte Zweck »nur aus der tatsächlichen und rechtlichen Lage, die der Gesetzgeber bei Erlaß dieser Bestimmung vorfand, entnommen werden« könne.

1534 Siehe dazu statt vieler *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre*, S. 133 ff.

1535 Vgl. *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre*, S. 140.

1536 Ein Formulierungsvorschlag für eine solche Normzweckklausel wurden oben Kap. 5. D. II. 1. unterbreitet. Der Einfachheit halber sei dieser hier erneut wiederholt, § 1 Abs. 1 UrhG de lege ferenda: »Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst sowie deren Nutzer genießen Schutz aufgrund und nach Maßgabe dieses Gesetzes.«, § 1 Abs. 2 UrhG de lege ferenda: »Das Urheberrecht schützt die ideellen Interessen des Urhebers in Bezug auf sein Werk (*Prinzip der persönlichkeitsrechtlichen Interessenwahrung*) und dient zudem der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes (*Alimentations- und Amortisationsprinzip*). Zugleich schützt es das individuelle Selbstbestimmungs- sowie das Zugangs- und Verwendungsinteresse der Werknutzer, um auf diese Weise für jeden die aktive wie passive Teilnahme am kulturellen Leben der Gemeinschaft und die Teilhabe an den Errungenschaften der Wissenschaft zu ermöglichen (*Partizipationsprinzip*). Durch das Urheberrecht soll damit der kulturelle, wissenschaftliche und wirtschaftliche Fortschritt gefördert und eine offene, insbesondere durch autonome Selbstbestimmung, Pluralismus und kulturelle Vielfalt geprägte, Kultur verwirklicht werden.«.

konkreten Einzelfall Wertungsspielräume und Regelungslücken transparent und sachgerecht zu füllen<sup>1537</sup>. Eine explizite Benennung der bei einer Auslegung des Urheberrechts generell zu berücksichtigenden Gesichtspunkte verspricht zudem, die Rechtsanwendung zu vereinheitlichen und zu versachlichen<sup>1538</sup>. Insofern kann das Aufzeigen des über die einzelne Schrankenregelung hinausgehenden normativen Sinnzusammenhangs im Idealfall die Rechtssicherheit erhöhen und namentlich die mit großer Heftigkeit geführte Diskussion über die »richtige« Schranken- auslegung rationalisieren.

Bei der Anwendung der Normzweckklausel sind dabei die Positionen der einzelnen Normzwecksubjekte idealerweise zu einem schonenden Ausgleich zu bringen, so dass jedem Normzweck maximale Geltung widerfährt und – in verfassungsrechtlicher Terminologie gesprochen – »praktische Konkordanz« erreicht wird<sup>1539</sup>. Übergeordneter Maßstab für die einzelfallorientierte Abwägung der involvierten Interessen können dabei neben den Grund- und Menschenrechten<sup>1540</sup> diejenigen Wert- und Zielvorstellungen sein, die in der mit dieser Arbeit vorgeschlagenen Normzweckklausel bzw. Präambel aufgeführt werden. Im Zuge einer solchen normativ-normzweckorientierten Interessenabwägung darf allerdings nie aus den Augen verloren werden, dass die Schranken das Ergebnis einer vom Gesetzgeber vorgenommenen und damit grundsätzlich abschließenden Güterabwägung darstellen<sup>1541</sup>. Für eine freischwebende – letztlich systemsprengende – richterliche Güter- und Interessenabwägung im Lichte verfassungsrecht-

- 1537 Auch im UWG wird die Funktion der Schutzzweckbestimmung ganz ähnlich darin gesehen, den Richter in die Lage zu versetzen, Wertungen für die Beurteilung von Wettbewerbshandlungen mit sachgerechten Maßstäben transparent zu machen, s. Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 4; *Beater*, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 35. Abgesehen davon soll die wettbewerbsrechtliche Schutzzweckbestimmung dem Richter einen verlässlichen und zugleich bindenden Maßstab für die (teleologische) Auslegung und Fortbildung des UWG geben, Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 4.
- 1538 Vgl. auch insoweit die überaus aufschlussreiche Literatur zur wettbewerbsrechtlichen Schutzzweckklausel, siehe z.B. *Beater*, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 31: »Das Nachdenken darüber, welchen Schutzzwecken das UWG dient und welchen Inhalt diese Schutzzwecke haben, kann die Rechtsanwendung versachlichen und namentlich die Entscheidungen zu § 1 UWG (also der seinerzeitigen Generalklausel, Anm. d. Verf.) auf rationale Beine stellen.«, und *ders.* S. 212: »Schutzzwecke dienen in materiell-rechtlicher Hinsicht dazu, folgerichtige und auf einheitlichen Wertungen basierende Ergebnisse zu erreichen und deren Maßstab offenzulegen.«.
- 1539 Siehe so bereits oben im Zusammenhang mit der Frage, in welchem Verhältnis der Urheber- und der Nutzerschutz in dem hier verfolgten Modell zueinander stehen, s. Kap. 5 C. II. 2.
- 1540 Siehe dazu *Geiger*, GRUR Int. 2002, 330, 332 f. und *ders.*, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 143, 152 f.
- 1541 BGHZ 150, 6, 8 = GRUR 2002, 605, 606 – *Verhüllter Reichstag*; *Bornkamm*, Ungeschriebene Schranken des Urheberrechts?, in: FS Piper, S. 641, 648 f.; *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 518.

licher Vorgaben<sup>1542</sup> oder eine richterliche Rechtsfortbildung in Gestalt einer neuen, allgemeinen Schranke zugunsten der Werknutzungsinteressen der »Internetgemeinde«<sup>1543</sup> ist daher schon aus verfassungsrechtlichen Gründen kein Raum<sup>1544</sup>.

Vor diesem Hintergrund könnte man sich die Frage stellen, inwieweit de lege lata überhaupt ein Spielraum besteht für eine normzweckorientierte Auslegung. Die bloße Existenz der leidenschaftlich geführten Diskussion über die enge oder weite Schrankenauslegung im Urheberrecht ist zwar bereits ein starkes Indiz, dass ein gewisser Auslegungsspielraum innerhalb der vorgefundenen Schrankenbestimmungen gegeben sein muss. Andernfalls wäre dieser Meinungsstreit absurd. Gleichwohl erscheint es lohnend, darüber nachzudenken, ob die Ausweitung und zusätzliche Schaffung geeigneter Wertungsspielräume im Urheberrecht de lege ferenda nicht ein adäquates Mittel sein könnte, um letztlich der Rechtsprechung im Lichte der Normzweckklausel im konkreten Einzelfall eine zeitgemäße und situationsabhängige Konfliktlösung zu ermöglichen. Auch und gerade der immense Bedeutungszuwachs des Urheberrechts im digitalen Zeitalter mit sich stetig wandelnden Herausforderungen an das Urheberrecht lässt eine solche gesetzestechnische Vergrößerung der Angriffsfläche für eine Normzweckklausel (bzw. abstrakter gesprochen das Setzen auf einen dezentralen, dynamisch-evolutionistischen Lösungsansatz) sinnvoll erscheinen. Dahinter steht die Erwägung, dass die empirische Erfahrung der letzten Jahre – sowohl in den Vereinigten Staaten als auch im kontinentaleuropäischen *Droit d'auteur*-System – zeigt, dass mit

1542 Eine solche schwebt offenbar Schrickler-Wild, Urheberrecht, § 97, Rn. 20 mit seinem »verfassungskonformen Interessenausgleich« vor.

1543 So auch zu Recht das LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 313, 317 – *Thumbnails*; zustimmend auch Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 7.

1544 Dagegen auch Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 481b; Schack, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511, 517 f.: »Wer (...) die vom Gesetzgeber definierten Schranken des Urheberrechts links liegen lässt und eine als gerecht empfundene Lösung des Einzelfalls allein durch eine verfassungsrechtliche Güterabwägung gewinnen will, macht es sich zu einfach. (...) Die Zivilgerichte sind an das Gesetz gebunden (Art. 20 III GG), auch wenn ihre Auslegung des UrhG nicht zu dem gewünschten, von ihnen allein für verfassungsgemäß gehaltenen Ergebnis führt. In solchen Fällen ist eine Vorlage an das BVerfG gemäß Art. 100 I GG geboten.« Das bedeutet aber nicht, dass den Gerichten eine verfassungskonforme Auslegung der existierenden gesetzlichen Schrankenbestimmungen verwehrt wäre (dies betont auch Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 481b). Generell ist spätestens seit der BVerfGE *Germania III*, GRUR 2001, 149 ff., davon auszugehen, dass das Urheberrecht gegenüber grundrechtlichen Wertungen nicht immun ist, s. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 7; Geiger, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Hilty/Peukert, S. 143, 152 f.; Peukert, GRUR Int. 2002, 1012, 1020, mit der folgenden Beobachtung: »Sind die Gerichte vermehrt gezwungen, die Interessen der Allgemeinheit über verfassungsrechtliche Erwägungen zur Geltung zu bringen, dann könnte dies ein Indiz dafür sein, dass die gesetzlichen Schranken die veränderten gesellschaftlichen und technischen Gegebenheiten nicht mehr ausreichend berücksichtigen.«.

Blick auf eine vielfach diagnostizierte Störung des Interessenausgleichs im Urheberrecht in Reaktion auf die technologische Entwicklung die Tätigkeit des Gesetzgebers weitaus problematischer gewesen ist als die Tätigkeit der Gerichte, die im Rahmen der ihnen zur Verfügung stehenden Spielräume *ad hoc* im Regelfall angemessen austarierte Lösungen gefunden haben. Dies führt zu der doppelten Fragestellung, wie die Qualität der Gesetzgebung in diesem Bereich verbessert werden kann<sup>1545</sup> und wie die Gesetzestchnik gestaltet sein müsste, um den Gerichten Spielraum zur Annäherung an ausbalancierte Lösungen einzuräumen (dazu nun nachfolgend)<sup>1546</sup>.

### *b) Stärker nutzerorientierte Ausgestaltung der Schrankenbestimmungen*

Wesensgemäß bieten vor allem die Schranken zahlreiche Möglichkeiten, das Urheberrecht stärker nutzerorientiert auszugestalten. Im Folgenden soll mit der *Öffnung des bislang abschließenden Schrankenkatalogs* gleichwohl nur eine denkbare, nutzerschützende Gestaltungsoption exemplarisch auf ihre Vor- und Nachteile untersucht werden, da der Entwurf einer umfassenden Reformagenda für die Schranken den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Bevor nachfolgend also die Frage vertieft wird, wie sich die Schrankensystematik wertungsöffener und flexibler ausgestalten lässt, sollen aber einige generelle Überlegungen zu einer nutzerfreundlicheren Schrankenausgestaltung vorangestellt werden.

#### *aa) Allgemeine Überlegungen zu einer nutzerfreundlicheren Schrankengestaltung*

Eine nutzerfreundlichere Schrankenkonzeption verlangt sowohl eine formale, gesetzestechnische Bereinigung als auch eine sachlich-inhaltliche Revision der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen.

Die bestehenden Schranken des deutschen Urheberrechts<sup>1547</sup> sind *in formaler Hinsicht revisionsbedürftig*, weil sie über die Jahre zu komplex und kasuistisch geraten sind. Durch die Einfügung neuer, teils sprachlich verunglückter Schranken wie § 52a UrhG oder das Hinzufügen immer neuer Tatbestandsmerkmale, wie etwa in § 53 Abs. 1 und 2 UrhG, sind die Schrankenbestimmungen zu lang, zu

1545 Dieser Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Siehe dazu aber *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 485.

1546 Vgl. *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 486 ff..

1547 Die in Art. 5 der Informationsgesellschafts-Richtlinie vorgesehenen »Ausnahmen und Beschränkungen« sind insoweit freilich wenig besser.

ausdifferenziert und damit auch zu kompliziert geworden<sup>1548</sup>. Die missglückte Regelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG dürfte daher nach den letzten beiden Gesetzesnovellierungen für den juristischen Laien (und vermutlich nicht nur für ihn) kaum noch verständlich sein. Die allzu problem- und interessensspezifischen Schrankenbestimmungen, die immer weniger auf einer wohlwogenen Gesetzgebungstechnik, denn auf der Durchsetzungskraft der jeweiligen Lobbys beruhen<sup>1549</sup>, bedürfen daher im Interesse des Nutzerschutzes dringend einer grundlegenden Neuordnung<sup>1550</sup>. Sie sind zu straffen, zu vereinfachen und allgemeinverständlicher zu gestalten<sup>1551</sup>. Ein jeder Werknutzer sollte in der Lage sein, stets eindeutig zu erkennen, welche Nutzung noch legal und welche nicht mehr legal ist. Ein Recht, dass diese Entscheidung dem juristischen Laien nicht mehr erlaubt oder maßgeblich erschwert, verliert zwangsläufig an Legitimität. Nutzerschutz heißt somit auch Abbau von Verständnisbarrieren und Erhöhung von Transparenz und Nachvollziehbarkeit für den einfachen Rechtsanwender<sup>1552</sup>.

Zugleich sind die Schranken – sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene – knapper und wertungsoffener zu gestalten, damit im Konfliktfall die Rechtsprechung im Rahmen des ihr zur Verfügung stehenden Spielraums zeitge-

- 1548 Kritisch auch *Lehmann*, Ausschließlichkeitsrechte, Vergütungsansprüche und zwingende Mindestnutzerrechte in einer digitalen Welt, in: FS Nordemann, S. 43, 47; *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 520, der in diesem Zusammenhang vollkommen zu Recht beklagt, dass sich dadurch der »Auslegungsspielraum der Gerichte stetig weiter verkleinert« hat.
- 1549 *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 520 f. Siehe zu den Anforderungen an eine qualitativ hochwertige Gesetzgebungstechnik aus historischer Sicht *Mertens*, Gesetzgebungstechnik im Zeitalter der Kodifikationen, 268 ff., 354 ff., 380 ff.
- 1550 Vgl. Dreier-Schulze-*Dreier*, UrhG, Einl. Rn. 28, der einen »Verlust der Gesetzssystematik durch allzu problem- und interessensspezifische Regelungen« befürchtet und angesichts der Krise des Urheberrechts »sachgerechte, hinreichend transparente und in ihrer Ausdifferenzierung nicht zu komplexe Regelungen« anmahnt. *Lehmann*, Ausschließlichkeitsrechte, Vergütungsansprüche und zwingende Mindestnutzerrechte in einer digitalen Welt, in: FS Nordemann, S. 43, 47 f., kritisiert ebenfalls die »aktuelle Flickschusterei« und mahnt eine partielle »Neukodifikation unseres Urheberrechts« an, also »eine klare, unzweideutige Einteilung der Ausschließlichkeitsrechte der Schutzrechtsinhaber einerseits, und eine positive, für jeden normalen Nutzer nachvollziehbare Festlegung seiner Mindestrechte andererseits«.
- 1551 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 487.
- 1552 Die Forderung, Verständnisbarrieren abzubauen, ist dabei keineswegs neu. Ihr sieht sich der Gesetzgeber schon seit Längerem ausgesetzt. Bereits 1911 wies *Hansen* auf die schwierige Zugänglichkeit der Materie hin. *Hansen* kritisierte die damalige urheberrechtliche Regulierung folgendermaßen: »(...) sehr lange dauert es und außerordentlich schwer wird es dem gewissenhaften Richter gemacht, weil er plötzlich abseits von der schönen grünen Wiese des Bürgerlichen Gesetzbuches in einem ihm völlig fremden, urwaldartigen, undurchdringlichen und undurchsichtigen Gehölz spazieren gehen soll.«, *Hansen*, Urheber-, Verlags- und Preßrecht, S. IV.

mäße und einzelfallgerechte Lösungen herbeiführen kann<sup>1553</sup>. Diese Forderung nach einer stärkeren Flexibilisierung der bislang allzu statischen Schranken<sup>1554</sup>, die angesichts des rasanten technischen Wandels mehr denn je erforderlich ist, wird nachfolgend anhand des Vorschlags einer generalklauselartigen Öffnung des Schranken catalogs noch zu vertiefen sein.

Darin sollte sich die sachlich-inhaltliche Revision aus Nutzersicht aber freilich nicht erschöpfen. Hinsichtlich der digitalen Privatkopie (§ 53 UrhG) beispielsweise wird der Gesetzgeber auf Dauer nicht umhin kommen, die digitale private Vervielfältigung in eng begrenztem Umfang als Nutzerrecht auszugestalten<sup>1555</sup>. Dies gilt zumindest dann, wenn man sich das hier zugrundegelegte normative Leitbild des aktiven und *selbstbestimmten* Nutzers zu eigen macht<sup>1556</sup>. Dieses zielt schließlich nicht allein auf die Schutzbedürfnisse der aktiven, kreativ-schöpferischen Werknutzer, sondern auch und gerade im digitalen Umfeld auf die Schutzbedürfnisse eher konsumtiver Nutzer. Ihrem schutzwürdigen Interesse an autonomer Selbstbestimmung und individueller Selbstenfaltung, an kreativer Auseinandersetzung und »communicative« bzw. »social consumption« (*Liu*<sup>1557</sup>) wird sich der Gesetzgeber auf kurz oder lang nicht verschließen können<sup>1558</sup>. Da diese Problematik angesichts technischer Nutzungsrestriktionen zunehmend eine Frage der rechtlichen Technikgestaltung ist, wird unter Kap. 5 D. II. 5. erneut auf sie zurückzukommen sein. Damit das Urheberrecht sowohl den Schutzbedürfnissen der Urheber als auch der aktiven und selbstbestimmten Nutzer angemessen Rechnung tragen kann, kann es sich zu guter Letzt sogar empfehlen, soweit als möglich Vergütungsansprüche anstelle von Verbotsrechten vorzusehen (Vergütungs-

1553 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 486 ff.

1554 *Hoeren*, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: FS Sandrock, S. 357, 369, bezeichnet die Schranken aufgrund ihres statischen Charakters gar als »gesetzgeberisches Fossil«. In ihnen werde ein »einmal erzielter Kompromiß (...) für alle Zeiten fixiert.«. Die Schrankenregelungen spiegelten insoweit immer noch »den Konsens der sechziger Jahre über die Wertigkeit einzelner gesellschaftlicher Interessen« wider. S.a. *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 7.

1555 *Geiger*, 1 Computer Law Review international, 7, 9 f. (2005); vgl. *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, Übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511, 520.

1556 S.o. Kap. 4 C. IV. 2. b).

1557 *Liu*, 44 B. C. L. Rev. 397, 411 ff. (2003): »Copyrighted works are thus not only individual consumer goods, but also social goods, consumed in a social manner. That is, to make sense of and interpret many copyrighted works meaningfully, it is sometimes necessary to communicate with others about the works; to share viewpoints, to debate, and to argue. (...) The ability to communicate about copyrighted works enriches our understanding of those works and enables us to get much more out of them.«, »Such communication may sometimes involve an element of sharing.«.

1558 Näher dazu in Kap. 4 C. IV. 2. b).

anspruch als Regel, Verbotsrecht als Ausnahme)<sup>1559</sup>. Auf diese Weise ließe sich am ehesten die Zielvorstellung einer *offenen Kultur* verwirklichen, in der möglichst viele Inhalte erlaubnis-, aber nicht kostenfrei zugänglich sind, eine Kultur also, in der Urheber vergütet werden, aber kreatives Schaffen Dritter auch nicht unnötig und unverhältnismäßig durch urheberrechtliche Verbotsrechte be- oder verhindert wird<sup>1560</sup>. Eine offene, partizipative Kultur kann nur dann funktionieren, wenn Nutzer frei bzw. zumindest freier als bislang sind, vorhandene Werke insbesondere kreativ-schöpferisch verwenden zu dürfen. Diesen Freiraum gewähren Liability Rules<sup>1561</sup>.

## bb) *Öffnung des abschließenden Schrankenkatalogs*

In Übereinstimmung mit dem herkömmlichen urheberzentrierten und letztlich verwerterfreundlichen Paradigma ist der bestehende urheberrechtliche Schrankenkatalog nicht offen, sondern abschließend konzipiert. Der deutsche Gesetzgeber hat sich damit gegenwärtig für das Enumerationsprinzip und nicht für eine Schrankengeneralklausel entschieden. Gleiches gilt für das europäische Urheberrecht. So heißt es in Erwägungsgrund 32 der sog. »Informationsgesellschafts-Richtlinie«<sup>1562</sup>: »Die Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe sind in dieser Richtlinie erschöpfend aufgeführt.«<sup>1563</sup>.

Vor dem Hintergrund des hier verfolgten normativ-normzweckorientierten Ansatzes, der den Schutz der Urheber- und Nutzerinteressen prinzipiell auf eine Stufe stellt und deren Ausgleich im Einzelfall über die in der vorgeschlagenen Normzweckklausel aufgeführten Ziel- und Wertvorstellungen sucht, erscheint fragwürdig, ob sich diese hermetische Konzeption aufrechterhalten lässt. Denn wenn mit diesem Lösungsansatz das Ziel verfolgt wird, die gegenläufigen Interessen von Urhebern und Nutzern im verfassungsrechtlich zulässigen Rahmen so zuzuordnen, dass jedes Normzwecksubjekt die tatsächliche Chance auf eine Rea-

1559 Vgl. *Huuskonen*, Copyright, Mass Use and Exclusivity, S. 243: »The compensation has become the core. Although not attempted here, it would be feasible to outline a copyright system with compensation as the core and exclusivity as an exception.«. Siehe zur Diskussion Property Rule versus Liability Rule auch schon ausführlich oben in Kap. 4 C. I. 4. b) aa) (2).

1560 S. zur Zielvorstellung einer offenen Kultur oben Kap. 4 C. IV. 2. a).

1561 Für die weiteren Pro- und Contra-Argumente in Bezug auf Liability Rules wird hier vollumfänglich verwiesen auf Kap. 4 C. I. 4. b) aa) (2).

1562 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

1563 Der Bestandsschutz für einige bereits existierende nationale Schranken von geringer Bedeutung, die nur die analoge Nutzung betreffen, über die »kleine Generalklausel« in Art. 5 Abs. 3 lit. o) der Informationsgesellschafts-Richtlinie 2001/29/EG soll hier der Vollständigkeit halber zwar erwähnt, aber nicht weiter verfolgt werden.

lisierung seiner berechtigten Interessen erhält, dann spricht dies für eine Öffnung des Schranken catalogs, damit die Gerichte ggf. flexibel und einzelfallgerecht entscheiden können. Eine stärkere Rolle für die unabhängige Richterschaft erscheint dabei im Interesse der Nutzer und der Allgemeinheit auch in rechtspolitischer Hinsicht erstrebenswert, da ein gerechter Interessenausgleich durch die – von gut organisierten Lobbyverbänden der Verwerterindustrie vielfach einseitig beeinflusste – Gesetzgebung offenbar immer weniger gewährleistet ist<sup>1564</sup>.

### (1) Vor- und Nachteile eines abschließenden Schranken catalogs

Der abschließende Charakter des Schranken catalogs ist vielfach auf Kritik gestoßen und seine Öffnung gefordert worden<sup>1565</sup>. Zwar spricht für das Enumerationsprinzip das Argument der Rechtssicherheit<sup>1566</sup>. Dieser Vorzug geht allerdings zu

1564 Vgl. *Hilty*, Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 328, der ebenfalls die Auffassung vertritt, dass primär die Rechtsprechung die Last zu tragen habe, das entstandene Interessenungleichgewicht wieder ins Lot zu bringen. Wenn in Zukunft somit verstärkt die Judikative gefordert sein wird, den Interessenausgleich herbeizuführen, den die Legislative nicht oder nur zur unzureichend zustande gebracht hat, dann schließt sich daran die Frage an, ob man diese Herkulesaufgabe nicht einer stärker spezialisierten Richterschaft überantworten sollte. Dies würde für die ausschließliche erstinstanzliche sachliche Zuständigkeit spezialisierter Urheberrechtskammern bei den Landgerichten sprechen. Zu erwägen ist daher im deutschen Recht eine Änderung des § 105 UrhG bzw. eine Ergänzung des § 71 Abs. 2 GVG, der die Landgerichte für urheberrechtliche Streitigkeiten dann ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes für ausschließlich zuständig erklären müsste. Siehe gegen eine verstärkte Verlagerung des Interessenausgleichs auf die Judikative aber z.B. *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 510.

1565 *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rn. 420; *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 386; *Hilty*, MMR 2004, 713, 714; *Hoeren*, MMR 2000, 3, 5; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 486 ff.; *Senfleben*, Three-Step Test, S. 310; siehe auch die Evaluierungsstudie zur Informationsgesellschafts-Richtlinie von *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hugenholtz et al.*, Study on the implementation and effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, S. 168. Gegen eine generalklauselartige Öffnung des Schranken catalogs aber etwa *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 507 ff. mit einem (nicht mehr ganz aktuellen) Überblick zum Diskussionsstand (S. 491, Fn. 1222, und S. 495 f.).

1566 *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511, sieht darin seinen entscheidenden Vorteil. Auch *Hilty* begründet seine »Zurückhaltung gegenüber einem »fair-use-Ansatz« amerikanischer Spielart« damit, »dass bei einer fair-use-Klausel aus Angst vor Rechtsstreitigkeiten mangels Rechtssicherheit erwünschte Werknutzungen unterblieben«, siehe zu diesem Problem auch schon *Beldiman*, The Role of Copyright Limiting Doctrines in the Digital Age – Can their Vigor be Restored? In: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 187, 193 f. *Hilty* will daraus aber nicht die Konsequenz ziehen, dass man deshalb einen absolut geschlossenen Schranken catalog vorsehen müsse. *Hilty* plädiert vielmehr »für ein gemischtes System mit einem Katalog zwingender Schranken, der auch begrenztes

Lasten der immer nötiger werdenden Flexibilität und den gesteigerten Adaptionsnotwendigkeiten im Bereich der Schranken. Es erscheint fraglich, ob eine starre und schwerfällige Schrankenkonzeption in Zeiten sich ständig wandelnder Anforderungen an das Urheberrecht – zumal bei langwierigen gesetzgeberischen Novellierungsprozessen – noch die adäquate Regelungstechnik ist. Die immer kürzer werdenden Intervalle, in denen der Gesetzgeber tätig werden muss, um den Herausforderungen des digitalen Wandels durch Nachbesserungen im Bereich der Schranken Rechnung zu tragen, sprechen insoweit eine deutliche Sprache.

Darüber hinaus ist – wie *Hilty* zu Recht bemerkt hat<sup>1567</sup> – die Frage der Methodenehrlichkeit aufgeworfen, wenn man sich, wie etwa in Deutschland zu beobachten, einerseits auf den Standpunkt eines geschlossenen und damit erschöpfenden Schrankenkatalogs stellt, andererseits dann aber die Gerichte einzelne Schranken maßlos ausweiten lässt, bis der entsprechende Sachverhalt von der Schrankenregelung erfasst ist.

Auch erscheint die Frage berechtigt, ob das Festzurren des Schrankenkatalogs auf europäischer Ebene in rechtspolitischer Hinsicht die richtige Entscheidung gewesen ist. Natürlich soll durch eine möglichst weitgehende Schrankenvereinheitlichung die Harmonisierung des europäischen Urheberrechts vorangetrieben werden. Ob dies angesichts einer mehr oder weniger zerfaserten Aufzählung von mehr als zwanzig nicht zwingenden Schrankenregelungen gelingen kann, darf mit Fug und Recht bezweifelt werden<sup>1568</sup>. Die Konsequenz dieser halbherzig versuchten Schrankenvereinheitlichung dürfte vielmehr das Ausbleiben des angestrebten Harmonisierungseffekts bei gleichzeitiger Einengung des Gestaltungsspielraums für den nationalen Gesetzgeber sein. Anstatt insbesondere bei der gewaltigen Herausforderung der Digitalisierung dem nationalen Gesetzgeber ein begrenztes Feld für kreatives »Experimentieren« mit neuartigen Schrankenregelungen zu belassen<sup>1569</sup>, um so mittelfristig über einen Wettbewerb der Konzepte auch zu innovativen Lösungen für alle Mitgliedstaaten zu gelangen, schöpft Europa inso-

Wachstum zulassen müsse, so dass nicht für jeden neuen Sachverhalt jedes Mal der Gesetzgeber bemüht werden müsse«, so *Hilty* im Rahmen der Abschlussveranstaltung einer deutsch-französischen Vortragsreihe zum Urheberrecht am 13. Januar 2006 im Europäischen Patentamt in München, s. den Tagungsbericht von *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475, 493.

1567 *Hilty* zit. nach *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475, 493.

1568 *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 512, sieht in der seiner Ansicht nach schier endlosen Auflistung zulässiger Schranken ein Zeugnis »der fehlenden Harmonisierungskraft des EG-Gesetzgebers«; auch *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, Einl. Rn. 28, spricht von einer fehlgeschlagenen Harmonisierung der Schrankenbestimmungen auf EU-Ebene.

1569 Beispiele dafür finden sich bei *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 383 f. mit dem Vorschlag eines neuen § 52c UrhG betreffend die öffentliche Zugänglichmachung von wissenschaftlichen Periodikabeiträgen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind; s.a. *Hansen*, GRUR Int. 2005, 580 f. In letzterem Konferenzbericht geht es u.a. um die Schaffung einer neuartigen »Suchmaschinenschranke« vor dem Hintergrund des »Google Print Library«-Projekts. Diese Idee soll nachfolgend noch aufgegriffen werden. Nicht vertieft

fern nicht aus seiner Vielfalt, sondern setzt auf starre Uniformität und die Zementierung des Status quo. Vor diesem Hintergrund erscheint es vorzugswürdig, auf europäischer Ebene einen kürzeren, aber zwingenden Schrankenkatolog festzulegen, der den Mitgliedsstaaten zugleich den erforderlichen Freiraum lässt, um ggf. zusätzliche Schranken vorzusehen<sup>1570</sup>.

(2) *Formulierungsvorschlag für eine den Schrankenkatolog ergänzende Auffangklausel*

Der Spielraum für die Öffnung des Schrankenkatologs ist – ganz abgesehen von den (bislang) strikten europa- und internationalrechtlichen Vorgaben<sup>1571</sup> – im deutschen Recht insbesondere durch verfassungsrechtliche Vorgaben eng begrenzt<sup>1572</sup>. So werden die Schranken des Urheberrechts gemäß dem in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG verankerten Gesetzesvorbehalt »durch die Gesetze bestimmt«, d.h. die materiell-rechtliche Inhaltsbestimmung des Eigentums obliegt der Legislative und kann grundsätzlich nicht der Judikative überlassen werden<sup>1573</sup>. Es bedarf somit einer präzisen materiell-rechtlichen Festlegung der Grenzen urheberrechtlichen Schutzes durch den Gesetzgeber. Dies muss angesichts der Vielgestaltigkeit potentiell privilegierungswürdiger Nutzungshandlungen aber nicht notwendig heißen, dass die Einfügung einer Auffangklausel von vornherein ausgeschlossen ist<sup>1574</sup>, vorausgesetzt, ihr Anwendungsbereich ist ausreichend konkret bestimmt und durch geeignete Kriterien eingegrenzt. Ein vollständiger Weg-

werden kann hier die soweit ersichtlich erstmals von *Hilty*, s. *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski* GRUR Int. 2006, 475, 493 angeregte Differenzierungsmöglichkeit zwischen Schranken zu Lasten der Urheber und neuartigen Schranken zu Lasten der Verwerter.

1569 Genau in diese Richtung gehen nunmehr auch die Vorschläge in der Evaluierungsstudie zur »Informationsgesellschafts-Richtlinie«, s. *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hugenholtz et al.*, Study on the implementation and effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, S. 168: «To remedy the lack of harmonisation with respect to limitations on copyright and related rights, the EC legislator might follow a two-tiered approach, which would take into account the principles of subsidiarity and proportionality. First, the current 'optional' list would need to be replaced by a shorter enumeration of mandatory limitations, reflecting fundamental freedoms, internal market considerations and the rights of European consumers. The second tier would be the adoption of an open norm leaving Member States the freedom to provide for additional limitations, subject to the three-step test and on condition that these freedoms would not have a noticeable impact on the Internal Market.«. S.a. *Senfleben*, Three-Step Test, S. 310.

1571 Siehe allein Erwägungsgrund 32 der sog. Informationsgesellschafts-Richtlinie.

1572 Ausführlich hierzu *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 499 ff.

1573 *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511.

1574 Vgl. *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 500 ff.

fall des Schranken catalogs und seine Ersetzung durch eine allgemein gehaltene Schranken-Generalklausel – wie sie etwa *Hoeren* vorschlägt<sup>1575</sup> – würde vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund definitiv zu weit führen und brächte ein zu hohes Maß an Rechtsunsicherheit mit sich<sup>1576</sup>. In Betracht kommt mithin in verfassungsrechtlicher Hinsicht allenfalls eine Straffung der bestehenden Schranken (siehe dazu schon vorstehend unter aa)) sowie eine Ergänzung der dann knapper ausfallenden Schrankenaufzählung um eine Auffangklausel<sup>1577</sup>. Das Zusammenspiel beider Maßnahmen würde der Schrankensystematik die erforderliche Flexibilität verleihen, um im Interesse der Nutzer und der Allgemeinheit insbesondere auch auf jene neuartigen, teils unvorhersehbaren Problemstellungen reagieren zu können, die durch den technologischen Wandel aufgeworfen werden<sup>1578</sup>. Für die konkrete Ausgestaltung der Auffangklausel könnte man sich am Dreistufentest orientieren<sup>1579</sup>. Er – bzw. vor allem dessen dritte Prüfungsstufe, die als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu verstehen ist –, ließe sich zu diesem Zweck als Flexibilisierungsinstrument umfunktionieren, ähnlich wie dies namentlich bereits *Geiger*<sup>1580</sup> oder *Senftleben*<sup>1581</sup> vorgeschlagen haben<sup>1582</sup>. Um

- 1575 Angelehnt an die Formulierung des Dreistufentests (bzw. genauer: dessen beiden letzten Stufen) schlägt *Hoeren*, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: FS Sandrock, S. 357, 371, *ders.*, MMR 2000, 3, 5, eine »Megaschranke« (sic!) vor: »Jede Nutzung von Werken sollte ohne Zustimmung des Rechteinhabers zulässig sein, die weder die berechtigten Interessen des Rechteinhabers unzumutbar beeinträchtigt noch der normalen Auswertung des Werks zuwiderläuft.«
- 1576 Ablehnend zu dem Vorschlag von *Hoeren* auch *Spindler*, GRUR 2002, 105, 115, danach gäbe die *Hoeren* vorschwebende »Megaschranke (...) den Vorteil kontinental-europäischer Systeme preis, nicht mit einer verschwommenen, kaum von den Beteiligten zu prognostizierenden Interessenabwägung konfrontiert zu sein.«
- 1577 Auch *Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 503, geht von der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit einer Auffangklausel bei Fortbestehen der »bisherigen (überarbeiteten) Schranken« aus. Ein solches »gemischtes System« befürwortet in ähnlicher Form auch *Hilty*, s. *Hilty* gemäß eines Tagungsberichts von *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475, 493.
- 1578 Als Beispiel lässt sich hier die Zulässigkeit sog. »Thumbnails« anführen, dazu noch nachfolgend.
- 1579 Siehe Art. 5 Abs. 5 der Informationsgesellschafts-Richtlinie 2001/29/EG, Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPs, Art. 10 WCT und Art. 16 Abs. 2 WPPT. Alternativ kommt eine Ausrichtung an der in § 107 US-Copyright Act geregelten Fair Use-Doktrin in Betracht, s. mit einem daran angelehnten, denkbaren Formulierungsvorschlag *Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 491 f., der diesen Ansatz ebenso wie einen am Dreistufentest angelehnten Lösungsansatz im Ergebnis aber verwirft.
- 1580 *Geiger*, Droit d'auteur et droit public à l'information, Rn. 420; *Geiger*, 1 Computer Law Review international, 7, 12 (2005), der auch m.w.N. auf das damit verbundene Risiko eingeht, dass namentlich die Verwerterindustrie den Dreistufentest für ihre Zwecke instrumentalisiert.
- 1581 *Senftleben*, Three-Step Test, S. 309 f.; *ders.*, Dreistufentest, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 174 ff.
- 1582 Siehe ganz in diesem Sinne jüngst auch die Evaluierungsstudie zur Informationsgesellschaftsrichtlinie, s. *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hughenoltz et al.*, Study on the implementation and effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the har-

dem Bestimmtheitsgebot des Dreistufentests zu genügen<sup>1583</sup>, bedürfte es dabei einer hinreichenden Präzisierung der Privilegierungszwecke<sup>1584</sup>. Eine Auffangklausel, die sich etwa in § 61 *UrhG de lege ferenda* einfügen ließe<sup>1585</sup>, könnte daher – eine Änderung europäischen Rechts vorausgesetzt – beispielsweise folgenden Wortlaut haben:

Sofern nicht der Anwendungsbereich einer speziellen in den §§ 44a ff. UrhG geregelten Schrankenbestimmung eröffnet ist, kann eine Vervielfältigung oder öffentliche Zugänglichmachung eines veröffentlichten Werkes auch dann zulässig sein, wenn sie der Berichterstattung, der Veranschaulichung im Unterricht, der

monisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, S. 168: »(...) the European legislator could consider clarifying that national lawmakers and, where relevant, national courts apply the three-step test in a flexible and forward-looking manner. This could be achieved by not interpreting the first and second steps too narrowly, and thereby making the third step, which allows a certain balancing between the interests of right holders and the needs of society, the focal point of the three-step analysis.«. Für eine solche Verlagerung des Prüfungsschwerpunkts auf die letzte Teststufe bereits *Senfleben*, Dreistufentest, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 176.

1582 An diesem scheitert der Vorschlag von *Hoeren*, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: FS Sandrock, S. 357, 371, *ders.*, MMR 2000, 3, 5, da er keinen Privilegierungszweck benennt und die von ihm verfolgte »Megaschranke« für jede Nutzung von Werken gelten lassen möchte.

1584 Siehe zu den insoweit bestehenden Anforderungen *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 385; *Hilty*, Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricke II, S. 325, 343 f.; *Poeppl*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 497 ff.; *Senfleben*, Dreistufentest, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 176 ff. (S. 177: »Gegen das Bestimmtheitsgebot des Dreistufentests verstoßen Schranken des Urheberrechts (...) nur dann, wenn sie derart unklar umrissen sind, dass nicht erkennbar wird, welchem Zweck sie zu dienen bestimmt sind.«. S.a. *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricke II, S. 511, 513, der hinsichtlich der in § 107 des US-amerikanischen Copyright Act privilegierten Zwecke »such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research« die Auffassung vertritt, dass diese zwar »nicht sonderlich konkret« seien, sie »aber im Zusammenspiel mit der interpretierenden Rechtsprechung und den anschließenden speziellen Schranken für die erste Stufe des Dreistufentests« genügten. Insoweit abweichend allerdings *Bornkamm*, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung, in: FS Erdmann, S. 29, 45 f.; *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 2001, 807, 808.

1585 § 61 UrhG ist im Zuge des Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.09.2003 aufgehoben worden. Die früher in § 61 UrhG vorgesehene Zwangslizenz zur Herstellung von Tonträgern ist nunmehr in § 42a UrhG geregelt, s. Dreier-Schulze-Schulze, UrhG, § 61, Rn. 1. In gesetzessystematischer Hinsicht ist der insofern »freigewordene« § 61 UrhG von seiner Stellung her ideal für eine Auffangklausel, da er nahtlos an die letzte Schrankeneinzelregelung anschließt und noch innerhalb des 6. Abschnitts unmittelbar vor den eher allgemeinen Vorschriften bzgl. des Änderungsverbots (§ 62 UrhG) und der Quellenangabe (§ 63 UrhG) steht. Auch *Poeppl*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 491, will für die von ihm erörterten – letztlich aber verworfenen – Generalklauseln bei § 61 UrhG ansetzen.

wissenschaftlichen Forschung oder der nicht unmittelbar zu kommerziellen Zwecken erfolgenden Bereitstellung oder Präsentation von Informationen insbesondere durch Bibliotheken, Archive und Suchmaschinen dient, und durch sie die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt wird sowie die berechtigten Interessen der Urheber und Rechteinhaber nicht ungebührlich verletzt werden.

Zur Erläuterung: Der Anwendungsbereich der hier vorgeschlagenen Auffangklausel wäre ganz offensichtlich deutlich begrenzt. Sie würde nur für bestimmte, aber längst nicht für sämtliche Verwertungshandlungen Anwendung finden. Vor allem aber würde sie dann nicht greifen, wenn an sich eine spezielle Schrankenregelung einschlägig ist, deren Anwendung nur daran scheitert, dass ein Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt ist. Sobald also einmal der Anwendungsbereich einer jenen speziellen Einzelatbestände eröffnet ist, die die Werknutzung insbesondere zu Zwecken der Berichterstattung, der Veranschaulichung im Unterricht und der wissenschaftlichen Forschung privilegieren, wäre für einen ergänzenden Rückgriff auf die Auffangklausel kein Raum mehr. Die spezielleren Schranken gingen der Auffangklausel als *lex specialis* zwingend vor<sup>1586</sup>. Die Sorge, dass eine Auffangklausel aufgrund dieses beschränkten Anwendungsbereichs nur eine geringe Wirkung entfalten würde<sup>1587</sup> oder in der Rechtspraxis gar leerlaufen würde, ist dabei unbegründet. So wird in dem hier verfolgten Lösungsansatz die Flexibilisierung der Schranken nicht nur mittels der vorgeschlagenen Auffangklausel, sondern zusätzlich durch die Straffung und wertungsoffenere Ausgestaltung der auch weiterhin bestehenden Schrankeneinzelregelungen angestrebt. Je weniger »detailversessen« und problemspezifisch aber diese Einzelatbestände konzipiert sind – und je enger damit auch die jeweiligen Privilegierungszwecke ausfallen –, desto häufiger wird daher der Rechtsanwender auch auf die Auffangklausel zurückgreifen müssen. Zum anderen aber käme eine Auffangklausel vor allem dann zum Tragen, wenn sich neuartige privilegierungswürdige Nutzungsanliegen erst im Zuge der technischen Entwicklung bzw. des allgemeinen digitalen Wandels ergeben. Indem die Rechtsprechung hierauf situationsabhängig reagieren könnte, hätte eine Auffangklausel den Vorzug, dass nicht der Gesetzgeber für je-

1586 Vgl. *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 503 u. 509; *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511, 513.

1587 S. *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511, 513. *Schack* zufolge sei eine den Schrankenkatalog »bloß ergänzende Auffangklausel (...) letztlich nicht geeignet, größere Flexibilität zu verbürgen, da die konkreten Schrankentatbestände als *leges speciales* nach wie vor Vorrang hätten.«; s. in diesem Sinne auch schon *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 509: »Die entscheidenden Vorteile einer Generalklausel (...) kämen in Bezug auf die weiterhin speziell geregelten, praktisch bedeutenden Verwertungssituationen nicht zum Tragen. Denn ein ergänzender Rückgriff auf die flexible Generalklausel zur Lösung verwertungstechnisch unbefriedigender Ergebnisse der Einzelatbestände wäre wegen des *lex specialis* Grundsatzes regelmäßig unzulässig.«.

den neuen, unter Umständen unvorhersehbaren Interessenkonflikt bemüht werden müsste.

Zur Anwendung gelangen könnte die Auffangklausel daher zum Beispiel, wenn eine Suchmaschine wie Google oder Yahoo die Suchergebnisse zur leichteren Orientierung mittels sog. »*Thumbnails*« illustrieren möchte<sup>1588</sup> oder im Rahmen der Google Buchsuche »Textschnipsel« (sog. »*snippets*«) eines urheberrechtlich geschützten Werkes dem Suchenden zur Verfügung stellen möchte<sup>1589</sup>. In letzterem Fall möchte Google kurze Textauszüge rund um den jeweiligen Suchbegriff über den Suchmaschinenindex öffentlich zugänglich machen. Nach geltendem deutschen Urheberrecht dürfte dies eine Urheberrechtsverletzung dar-

1588 *Thumbnails* (engl.: Daumennagel) sind zur Illustration u.a. von Links bzw. Suchmaschinenergebnissen verwendet und damit zugleich zur Erleichterung der Orientierung und Verkürzung der Ladezeiten genutzte Miniatur- und Vorschaubilder, die gegenüber dem Original stark verkleinert sind und in aller Regel mit einer viel größeren Auflösung zum Abruf bereitgehalten werden. Aufgrund der Art und Weise der öffentlichen Zugänglichmachung der *Thumbnails* ist im Regelfall (also wenn der Thumbnail aufgrund seiner Größe oder Pixeldichte die Nutzung des Originals nicht substituiert) nicht mit einer Beeinträchtigung der normalen Werkverwertung zu Lasten der Urheber- bzw. Rechteinhaber zu rechnen, so dass die Bereitstellung der *Thumbnails* im Interesse der über das Internet Bilder suchenden Nutzer durch eine Auffangklausel grundsätzlich ermöglicht werden sollte, zumal die Transaktionskosten andernfalls prohibitiv hoch wären. Siehe zu diesem Problemkreis die Entscheidung des LG Hamburg, Urteil v. 05.09.2003 – Az.: 308 O 449/03 = GRUR-RR 2004, 313, 317 – *Thumbnails*, siehe dort v.a. Leitsatz 5: »Angesichts der abschließenden gesetzlichen Schrankensystematik der §§ 45 ff. UrhG (Fassung vor dem 13. 9. 2003) ist es nicht möglich, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung eine allgemeine Schranke im Sinne einer erlaubten »Nutzung im Interesse der Internetgemeinde« einzuführen«, zustimmend dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 7; *Berberich*, MMR 2005, 145 ff.; zur Rechtsprechungssituation in den USA *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 566 f. Vgl. demgegenüber die überaus fragwürdige Entscheidung des LG Erfurt, Urteil v. 15.03.2007 – Az.: 3 O 1108/05 = MMR 2007, 393 f., die das nach geltendem Recht bestehende Zustimmungserfordernis mittels der Annahme einer konkludenten Einwilligung umschiffte. Kritisch dazu auch *Schack*, GRUR 2007, 639, 643. Eine solche Annahme einer konkludenten Einwilligung durch Einstellen suchbarer Bilder in das Internet hingegen befürwortend: *Berberich*, MMR 2005, 145, 147 f. und *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565 (»vertretbar«).

1589 Bei dem Projekt »Google Book Search« soll weltweit in einigen ausgewählten Bibliotheken (darunter seit März 2007 auch die Bayerische Staatsbibliothek) der Buchbestand eingescannt werden, um die Bücher anschließend in den Index der Google-Suchmaschine aufzunehmen, siehe <http://books.google.de/>; dazu *Kubis*, ZUM 2006, 370, 371 f.; *Hansen*, Angst vor digitaler Landnahme. Google plant ein gigantisches Digitalisierungsprojekt. In Europa regt sich Widerstand, Der Tagesspiegel vom 30.03.2005, online verfügbar unter: <http://archiv.tagesspiegel.de/archiv/30.03.2005/1727330.asp>. Kritisch zu diesem Digitalisierungs-Projekt *Jeanneney*, Googles Herausforderung. Bei diesem Projekt verhindert das Ausschlussrecht nicht nur die Bereitstellung von »Textschnipseln«, siehe dazu auch schon *Hansen*, GRUR Int. 2005, 579, 580 f., sondern auch das Verfügbarmachen der zahlreichen Werke, deren Schutzfrist noch nicht abgelaufen ist, die aber nicht mehr lieferbar sind oder bei denen sich der Rechteinhaber nicht mehr identifizieren lässt. In dem Moment, in dem der Menschheitstraum von der universellen und für alle weltweit zugänglichen Bibliothek aufgrund des digitalen Wandels in greifbare Nähe gerückt ist, scheint er

stellen, die insbesondere nicht durch die §§ 51 oder 52a UrhG privilegiert ist. Auch die sog. Archivschränke (§ 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG) erlaubt selbst Bibliotheken nur die digitale Archivierung zu Zwecken der Bestandssicherung, nicht aber die Zugänglichmachung für Dritte über das Internet<sup>1590</sup>. Wenn man davon ausgeht, dass diese Textschnipsel zumindest teilweise urheberrechtlichen Schutz genießen, dann behindert der bislang abschließende Schranken-katalog also den von Google angestrebten Service nachhaltig<sup>1591</sup>. Eine wie vorstehend vorgeschlagene Auffangklausel würde dieses privilegierungswürdige Nutzungsanliegen von Suchmaschinen wie Google demgegenüber ermöglichen und beispielsweise Wissenschaftlern oder auch – in möglicherweise sogar verkaufsfördernder Weise<sup>1592</sup> – Konsumenten die Entscheidung darüber erleichtern, ob ein Buch für sie relevant und von Interesse ist oder nicht. Bibliotheken und Archive, die prinzipiell mit vergleichbaren Problemen bei der öffentlichen Zugänglichmachung von Informationen zu kämpfen haben (z.B. wenn sie verwaiste oder nicht mehr verlegte, aber viel benutzte Bücher einem breiteren Nutzerkreis zugänglich machen wollen), würden in ähnlicher Weise von einer Auffangklausel profitieren. Diese denkbaren Anwendungsbeispiele unterstreichen die Notwendigkeit und die Sinnhaftigkeit einer den Schranken-katalog ergänzenden Auffangklausel.

Dass die infolge des hier verfolgten Reformvorschlags geringere Konkretisierungsdichte der Schranken unter Umständen in Schwellen- und Entwicklungsländern zu einer höheren Missbrauchs- und Korruptionsanfälligkeit führen könnte – vorausgesetzt, sie orientierten sich zukünftig bei der Ausgestaltung ihrer Urheberrechtsgesetze überhaupt am »deutschen bzw. europäischen Modell« –, kann für die ansonsten engmaschig kodifizierten kontinentaleuropäischen Urheber-

durch das urheberrechtliche Verbotsrechtsparadigma also schon wieder beendet zu sein. Es ist wenig nachvollziehbar, wenn auch in Fällen wie diesen schematisch am Verbotsrechtsdenken (anstelle eines Liability Rule-Modells) bzw. der starren Schutzfristdauer von siebzig Jahren p.m.a. festgehalten wird.

1589 S. GRUR 1997, 459 ff. – *CB-infobank I*; GRUR 1997, 464 ff. – *CB-infobank II*.

1591 Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564 f. Zwar wird die Schutzfähigkeit keineswegs immer gegeben sein, s.a. *Hansen*, GRUR Int. 2005, 579, 581; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 376: »Ein einzelner Satzteil wird diese Hürde kaum überwinden; doch schon bei mehreren aufeinander folgenden Sätzen kann die öffentliche Zugänglichmachung eines Werkteils zu bejahen sein.« Wenige oder auch nur vereinzelte urheberrechtsfähige Snippets dürften letztlich genügen, um die Urheber bzw. Rechteinhaber in die Lage zu versetzen, das Suchangebot von Google empfindlich zu stören, so *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564. Zwar könnten selbige Google an sich nur dazu auffordern, die öffentliche Zugänglichmachung urheberrechtsfähiger Snippets zu unterlassen. Wegen der damit verbundenen Abgrenzungs- und Umsetzungsprobleme dürfte dies in der Praxis aber darauf hinauslaufen, dass die Urheber bzw. Rechteinhaber Google regelmäßig gleich dazu auffordern werden, ihr Werk überhaupt nicht mehr zu verwenden, *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564.

1592 *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565: »Sofern nicht das Werk als ganzes angezeigt wird, besteht realistisch betrachtet aber keine Gefahr, dass Nutzer aufgrund der Snippets nicht mehr das ganze Buch im Laden erwerben könnten, wenn sie dies ohnehin beabsichtigen. Vielmehr könnte das Gegenteil eintreten und die Verkaufszahlen steigen.«

rechtsordnungen kein schlagendes Argument gegen eine behutsame Straffung und Öffnung des Schranken catalogs sein. Im Gegenteil: In Europa ist eher eine von der – letztlich zu zufallsabhängigen – Durchsetzungskraft einzelner Lobbyverbände zeugende enumerative Überregulierung das eigentliche Problem.

Gewichtiger ist da schon der Einwand, dass die durch eine Auffangklausel ausgelösten Rechtsstreitigkeiten zu steigenden Transaktionskosten führen würden, die unter Umständen auf den kreativen Schaffensprozess zurückwirken können und letztlich primär diejenigen Marktteilnehmer privilegieren, die finanziell vor Rechtsstreitigkeiten nicht zurückschrecken müssen<sup>1593</sup>. Insoweit ist zuzugestehen, dass private Werknutzer vermutlich nur selten willens und in der Lage sein dürften, die entsprechenden Prozesse zu führen. Es wäre aber falsch, allein aus diesem Grund die notwendige Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken zu verwerfen. Denn wenn wie in den oben angeführten Beispielen ein Suchmaschinenunternehmen wie Google auf Grundlage der hier vorgeschlagenen Auffangklausel den Einsatz von Thumbnails oder die Verwendung von Textschnipseln im Rahmen des Google Buchsuche-Projekts erfolgreich vor Gericht durchsetzen könnte, dann würden davon nicht zuletzt private Werknutzer profitieren, deren Internet-Recherche dadurch erheblich erleichtert würde.

## 5. Nutzerschützende Gestaltungsoptionen hinsichtlich technischer Nutzungsrestriktionen

Die Verwirklichung des Nutzerschutzgedankens angesichts technischer Nutzungsrestriktionen ist die wohl schwierigste Aufgabe, der sich Urheberrechtswissenschaft, Gesetzgebung und nicht zuletzt die IT-Branche ausgesetzt sehen. Sie wird vor allem dadurch erschwert, dass Einsatz, Art und Ausmaß technischer Nutzungsrestriktionen in den verschiedenen Verwertungssektoren einem rasanten Wandel unterliegen<sup>1594</sup>. Während in weiten Bereichen der Verwerterindustrie in den vergangenen Jahren große Hoffnungen in technische Schutzmaßnahmen und digitales Rechtemanagement gesetzt wurden – und selbige beispielsweise im Musikbereich auch verstärkt zum Einsatz kamen –, lässt sich zuletzt eher ein Überdenken und sogar die teilweise Abkehr von dieser Verwertungsstrategie beobach-

1593 Zu vergleichbaren Problemen mit der freilich wesentlich weiteren Fair Use-Doktrin in den USA siehe etwa *Beldiman*, *The Role of Copyright Limiting Doctrines in the Digital Age – Can their Vigor be Restored?*, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peu-kert*, S. 187, 193 f.

1594 Auf die Problematik, inwiefern daher eine staatliche Regulierung der Nutzungsbedingungen einer Kontrolle durch den Konditionenwettbewerb überhaupt vorzuziehen ist, wurde oben in Kap. 4 C. I. 5. e) bb) im Rahmen der informationsökonomischen Rechtfertigung des urheberrechtlichen Nutzerschutzes bereits ausführlich eingegangen.

ten<sup>1595</sup>. Gründe dafür mögen die geringe Akzeptanz der Nutzungsrestriktionen seitens der Nutzer sowie vor allem aber auch die immer wieder gelingende Umgehung der technischen Nutzungsbeschränkungen sein.

Nichtsdestotrotz wird man auch künftig prinzipiell mit dem Einsatz von TPM bzw. DRM-Systemen rechnen müssen. Die Möglichkeit der (mehr oder minder wirkungsvollen) Nutzungskontrolle dürfte in Kombination mit den sich theoretisch bietenden Möglichkeiten der DRM-basierten Preisdiskriminierung und der Unterbindung sog. »Arbitrage-Geschäfte« weiterhin viele Verwerter zum TPM-bzw. DRM-Einsatz bewegen<sup>1596</sup>. Der von ihnen vielfach als Risiko und Kontrollverlust wahrgenommene digitale Wandel wird sie aller Voraussicht nach auch künftig ihr Heil in technischen Kontrollmöglichkeiten, z.B. in Kombination mit aus ihrer Sicht »vertrauenswürdiger« Hardware (Stichwort: Trusted Computing), suchen lassen. Selbst wenn damit zu rechnen ist, dass in den kommenden Jahren zugleich die Experimentierfreudigkeit mit alternativen Verwertungsmodellen steigen wird und viele Kreative (Musiker v.a.) unter Verzicht auf DRM-Systeme die Online-Verwertung ihrer Werke in die eigenen Hände nehmen werden, spricht viel dafür, dass DRM-Systeme nicht in sämtlichen Bereichen der digitalen Werkverwertung von heute auf morgen wieder verschwinden werden. Man darf insoweit nicht übersehen, dass der seit einiger Zeit in der Musikindustrie zu beobachtende Einstellungswandel in Sachen DRM die Verlags- und Filmindustrie bislang offenbar nicht erfasst hat. Gerade im Bereich der Filmverwertung, bei der erhebliche Investitionen amortisiert werden müssen, dürfte der Verzicht auf technikbasierte Kopierbeschränkungen in naher Zukunft relativ unwahrscheinlich sein.

Solange aber technische Nutzungsrestriktionen Verwendung finden, besteht die Gefahr, dass nutzerschützende Bestimmungen, die an sich Inhalt und immanente Grenzen des Urheberrechts verbindlich festlegen und dadurch Nutzungsfreiräume eröffnen sollen (wie etwa die zeitliche Begrenzung des Urheber-Schutzes oder die Schrankenregelungen), keine Beachtung finden. Grundlegende urheberrechtliche Wertungen (und nicht nur diese: man denke nur an den Datenschutz)

1595 Exemplarisch sei hier erneut auf die Äußerungen von *Steve Jobs*, Mitbegründer von Apple, verwiesen, die Anfang 2007 für viel Wirbel in der Musikindustrie und der interessierten Öffentlichkeit gesorgt haben und die Diskussion über die Sinnhaftigkeit von DRM weiter angefacht haben, *Jobs*, Thoughts on Music, veröffentlicht am 06.02.2007 auf der Apple-Unternehmenswebsite unter <http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/>. *Jobs* hatte erklärt, Apple sei bereit, bei iTunes auf den DRM-Einsatz zu verzichten, wenn die großen Musik-Labels dies denn zuließen. Seit Mai 2007 verzichtet EMI beim Online-Musikvertrieb tatsächlich auf den Einsatz von DRM-Systemen, siehe dazu die Presseerklärung von EMI vom 02.04.2007, online verfügbar unter: <http://www.emigroup.com/Press/2007/press18.htm>. Die Konkurrenz, also im Wesentlichen Universal, Warner und Sony BMG, scheint vorläufig mehr oder weniger skeptisch abzuwarten bzw. experimentiert – wie z.B. »Branchenprimus« Universal – ebenfalls mit DRM-freien Download-Angeboten (allerdings nicht via iTunes), siehe dazu die Presseerklärung der Universal Music Group vom 10.08.2007, online verfügbar unter: <http://new.umusic.com/News.aspx?NewsId=539>.

1596 Siehe dazu schon oben in Kap. 4 C. I. 5. e) aa).

drohen somit, durch den Einsatz der Technik zu Lasten der Nutzer unterlaufen zu werden. Von diesem vielfach diagnostizierten Problem ist ein anderer, eng damit verknüpfter Problemkreis zu unterscheiden, der erst in den vergangenen Jahren mit zunehmender tatsächlicher Verbreitung der DRM-Systeme größere Aufmerksamkeit erlangt hat. Er betrifft weniger die Sorge um die Durchsetzung bzw. Durchsetzbarkeit bestehender Urheberrechtsbeschränkungen, als vielmehr die Bedrohung, die der DRM-Einsatz für (bislang) nicht oder möglicherweise nur unzureichend privilegierte »Verbraucher«- bzw. Nutzerinteressen darstellen kann. So haben technische Nutzungsrestriktionen das Potential, Nutzer in ihrer Entscheidungsfreiheit darüber einzuschränken, ob, wann, wo, wie und wie oft sie digitale Inhalte hören, sehen, lesen, austauschen, abspeichern oder bearbeiten<sup>1597</sup>. Diese massive Einschränkung digitaler Nutzerfreiheiten hat die Frage aufgeworfen, welches Maß an Selbstbestimmung und aktiver Auseinandersetzung mit bestehenden Werken das Recht für die Nutzer digitaler Inhalte mit welchen gesetzgeberischen Mitteln gewährleisten sollte. Eine Antwort auf diese Frage ist bislang nicht in Sicht. Ungeklärt ist dabei bereits, welche Interessen oder Erwartungen der Nutzer überhaupt als schutzwürdig zu bewerten sind und ob es sich nicht ohnehin eher um eine Frage des Verbraucherschutzes, denn um eine Problematik des Urheberrechts handelt<sup>1598</sup>. Es überrascht wenig, dass vor diesem Hintergrund Unklarheit über das Ob und Wie der gesetzgeberischen Bewältigung dieser Nutzerschutzproblematik herrscht.

Im Folgenden sollen daher nur die theoretisch denkbaren Gestaltungsoptionen aufgezeigt werden, die in dem zuletzt geschilderten Problemfeld für eine Verwirklichung des mit dieser Arbeit verfolgten Nutzerschutzparadigmas in Betracht kommen. Unter besonderer Berücksichtigung der in Kap. 4 C. 5. d) und e) erarbeiteten informationsökonomischen Erkenntnisse wird dabei nachfolgend zunächst unter a) das Instrument der Informationspflichten näher beleuchtet, während unter b) weitergehende Regulierungsmöglichkeiten zur Wahrung digitaler Nutzerfreiheiten erörtert werden.

#### a) *Verschärfte und international einheitliche Informationspflichten*

Ein naheliegender Einwand gegen eine urheberrechtliche Regulierung allzu restriktiver Nutzungsbedingungen lautet, dass sich dieses Problem mittels des Marktmechanismus von alleine regeln wird, es also keines gesetzgeberischen Tätigwerdens bedarf. Im Rahmen der informationsökonomischen Rechtfertigung in Kap. 4 C. 5. e) hat sich aber gezeigt, dass der Wettbewerb um die Nutzungsbedingun-

1597 Vgl. *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33.

1598 Insbesondere *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33, 39, plädiert für eine, über das Urheberrecht hinausweisende »sektorspezifische« Verbraucherschutzagenda.

gen gerade im digitalen Umfeld aufgrund von Informationsasymmetrien, Lock-In- und Netzwerkeffekten leicht scheitern kann. Um insbesondere dem auf Informationsasymmetrie beruhenden Marktversagen entgegenzuwirken, empfiehlt es sich daher, seitens des Gesetzgebers für eine bessere Informiertheit der Nutzer Sorge zu tragen<sup>1599</sup>. Erreichen lässt sich dies beispielsweise durch Kennzeichnungspflichten wie sie der deutsche Gesetzgeber in noch optimierungsfähiger Form vorgesehen hat. Nach § 95d Abs. 1 UrhG sind Werke und andere Schutzgegenstände, die mit technischen Maßnahmen geschützt werden, deutlich sichtbar mit Angaben über die Eigenschaften der technischen Maßnahmen zu kennzeichnen.

Damit dieser Lösungsansatz in Zukunft seine volle Wirkung entfalten kann, ist eine international einheitliche Regelung<sup>1600</sup> und eine flächendeckende Durchset-

1599 Besser informierte Nutzer allein werden freilich nicht genügen, um über den Marktmechanismus zu akzeptableren Nutzungskonditionen für digitale Inhalte zu gelangen. *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33, 36, weist darauf hin: »Wenn der Ansatz über die Verbraucherautonomie funktionieren soll, ist genügend Wettbewerb eine Voraussetzung dafür, dass Wahlmöglichkeiten entstehen, also verschiedene Nutzungsoptionen zu differenzierten Preisen zur Auswahl stehen. Außerdem gehörte zum Wettbewerb, dass auf Inhalte über verschiedene Wege bzw. Medien zugegriffen werden kann. Beides ist heute nicht durchweg der Fall. Die Auswahlmöglichkeiten des Verbrauchers dürfen zudem nicht durch vertragliche (langfristige Abonnementverträge, mangelnde Vertragstransparenz) oder technische Bedingungen (nicht interoperable Verbrauchergeräte) behindert werden.«. Das Wettbewerbsrecht ist daher insbesondere aufgerufen, zu verhindern, dass der Wettbewerb »durch eine vertikale Integration von Inhabern, Diensteanbietern, Plattformbetreibern und Geräteherstellern ausgeschaltet wird«, so *Dreier*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 13, 17.

1600 Vgl. *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 595. Zwar kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass sich eine entsprechende Informationspflicht bereits aus Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern ergibt, wie vertreten von *Mazziotti*, EU Digital Copyright Law and the End-User, S. 160 ff. Dafür wäre gemäß Art. 7 Abs. 1 der RL u.a. erforderlich, dass der Verwender von TPM bzw. DRM-Systemen »wesentliche Informationen vorenthält, die der durchschnittliche Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die somit einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er sonst nicht getroffen hätte.«. *Mazziotti* setzt unausgesprochen voraus, dass der Durchschnittsverbraucher in positiver Kenntnis technischer bedingter Nutzungsrestriktionen eine andere Erwerbsentscheidung treffen würde. Ob dies tatsächlich eine zutreffende Annahme ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Man kann insoweit jedenfalls auch anderer Auffassung sein. Da sich nicht mit letzter Sicherheit sagen lässt, ob diese verbraucherschützenden Vorschriften bzw. deren ins nationale Recht umgesetzten Äquivalente einschlägig sind und dem Nutzer tatsächlich Schutz gewähren (schließlich würden sie das Vorenthalten entsprechender Informationen lediglich verbieten, aber nicht konkrete, einheitliche Vorgaben machen, wie stattdessen zu informieren ist),

zung dieser Informationspflicht anzustreben<sup>1601</sup>. Bislang werden etwa Verstöße gegen die in § 95d Abs. 1 UrhG vorgesehene Kennzeichnungspflicht weder nach § 108a UrhG strafrechtlich noch nach § 111a UrhG als Ordnungswidrigkeit geahndet. Die Verwender restriktiver technischer Maßnahmen können sich insoweit allenfalls Mängelgewährleistungsansprüchen gemäß §§ 434 ff. BGB ausgesetzt sehen<sup>1602</sup>. Abhängig vom tatsächlichen Einsatz technischer Nutzungsrestriktionen sollte hier insofern über wirkungsvolle Sanktionen sowie die Etablierung international einheitlicher Kennzeichnungspflichten nachgedacht werden, um dem Nutzer mittels flächendeckender Kennzeichnung Informationskosten zu ersparen.

## b) Etablierung bzw. Erhaltung digitaler Nutzerfreiheiten

Zur Verwirklichung des mit dieser Arbeit propagierten normativen Leitbilds des aktiven und selbstbestimmten Nutzers (s. Kap. 4 C. IV. 2. b)) und unter besonderer Berücksichtigung der informationsökonomischen Erkenntnisse in Kap. 4 C. I. 5. e) ist das UrhG richtigerweise auch – und nicht zuletzt – als ein Gesetz zur Sicherung der Qualität der vertraglichen wie technischen Nutzungsbedingungen für digitale Inhalte zu verstehen. Inspiriert durch Initiativen für eine »Consumer Technology Bill of Rights«<sup>1603</sup> lässt sich daher in Erweiterung des nach deutschen bzw. europäischen Rechts bestehenden Schranken catalogs die Etablierung eines Kanons obligatorischer digitaler Nutzerrechte erwägen. Dieser könnte beispiels-

erscheint eine positive Kodifizierung von Informations- bzw. Kennzeichnungspflichten – ähnlich wie sie der deutsche Gesetzgeber bereits vorgesehen hat – auf europäischer und internationaler Ebene in jedem Fall vorzugswürdig. Kritisch zur begrenzten Bedeutung der Unlautere-Geschäftspraktiken-Richtlinie auch *Guibault/Helberger*, Copyright Law and Consumer Protection, S. 15.

1601 *Kreutzer* ist in einer empirischen, im Auftrag der Verbraucherzentrale Bundesverband mit Blick auf den deutschen Markt erstellten Studie, zu dem Ergebnis gekommen, »dass die Kennzeichnungspflichten der Hersteller, auf den Einsatz technische (sic!) Schutzmaßnahmen hinzuweisen, häufig nicht oder nicht ausreichend eingehalten werden. Selbst wenn derartige Hinweise auf Verpackungen oder im Internet gegeben werden, sind diese oft so versteckt und unauffällig angebracht, dass von »deutlich sichtbaren Angaben« im Sinne des § 95d UrhG keine Rede sein kann.«, s. *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hg. v. VZBV, S. 10.

1602 So Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 95d, Rn. 4.

1603 Siehe die Verbraucherschutzinitiative für eine sog. »Consumer Technology Bill of Rights« unter: <http://www.digitalconsumer.org/bill.html>: »1. Users have the right to »time-shift« content that they have legally acquired. This gives you the right to record video or audio for later viewing or listening. For example, you can use a VCR to record a TV show and play it back later. 2. Users have the right to »space-shift« content that they have legally acquired. This gives you the right to use your content in different places (as long as each use is personal and non-commercial). For example, you can copy a CD to a portable music player so that you can listen to the songs while you're jogging. 3. Users have the right to make backup copies of their content. This gives you the right to make archival copies to

weise umfassen ein *Nutzerrecht auf digitale Privatkopie* (zumindest in einem näher zu bestimmenden Umfang, bei dem die Anzahl zulässiger Kopien beispielsweise auf fünf oder sieben Kopien festzulegen wäre), ein *Nutzerrecht auf räumlich und zeitliche versetzte Nutzung* (sog. »right to time-shift« bzw. »right to space-shift«<sup>1604</sup>), ein *Nutzerrecht auf die Erstellung von Sicherungskopien*<sup>1605</sup> sowie ein *Nutzerrecht auf Durchsetzung der Gemeinfreiheit*. Letztere Nutzerschutzmaßnahme würde darauf abzielen, dass die gesetzgeberischen Wertungen hin-

be used in the event that your original copies are destroyed. 4. Users have the right to use legally acquired content on the platform of their choice. This gives you the right to listen to music on your Rio, to watch TV on your iMac, and to view DVDs on your Linux computer. 5. Users have the right to translate legally acquired content into comparable formats. This gives you the right to modify content in order to make it more usable. For example, a blind person can modify an electronic book so that the content can be read out loud. 6. Users have the right to use technology in order to achieve the rights previously mentioned. This last right guarantees your ability to exercise your other rights. Certain recent copyright laws have paradoxical loopholes that claim to grant certain rights but then criminalize all technologies that could allow you to exercise those rights. In contrast, this Bill of Rights states that no technological barriers can deprive you of your other fair use rights.«. Gesetzesinitiativen, die entsprechende Nutzerrechte in den USA gewährleisten sollten, sind bislang fehlgeschlagen. Aktuell beschäftigt sich der 110-te Kongress mit dem »Freedom and Innovation Revitalizing U.S. Entrepreneurship Act of 2007«, H.R. 1201, 110th Cong. (2007), online verfügbar unter: [http://thomas.loc.gov/home/gpoxmlc110/h1201\\_jh.xml](http://thomas.loc.gov/home/gpoxmlc110/h1201_jh.xml). Diese Gesetzesinitiative unterscheidet sich von dem Digital Media Consumers' Rights Act of 2002 und dem Digital Media Consumers' Rights Act of 2005 darin, dass sie nicht mehr eine allgemeine fair use-Schranke zu den Umgehungsschutzregelungen vorsieht. Stattdessen erweitert der Gesetzesentwurf die im DMCA vorgesehenen ausdrücklich normierten Ausnahmen. Section 3 b) II der Gesetzesinitiative würde beispielsweise erlauben »an act of circumvention that is carried out solely for the purpose of enabling a person to skip past or to avoid commercial or personally objectionable content in an audiovisual work«. Diese Regelung würde somit auf ein »right to time-shift« hinauslaufen.

1604 Das »right to space-shift« zielt dabei auf die Möglichkeit, legal erworbene digitale Inhalte auf verschiedenen Computern bzw. Abspielgeräten abspeichern und abspielen zu können, um so am Ort meiner Wahl in den Genuss des Werkes zu kommen. Die komplexe Frage, ob daher zugunsten der Endnutzer (und nicht nur der Wettbewerber) ein *Recht auf Interoperabilität* oder *Kompatibilität* gewährt werden sollte, soll hier nicht weiter vertieft werden. In diesem Bereich ist größte Vorsicht und Zurückhaltung geboten, denn nicht wenige Geschäftsmodelle in diesem Umfeld basieren gerade auf Inkompatibilität, s. *Böhle*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 53, Fn. 1, der einen Blog-Beitrag *Feltens* vom 15.04.2004 zitiert: »Incompatibility isn't an unfortunate side-effect of deficient DRM systems – it's the goal of DRM.« (online verfügbar unter: <http://www.freedom-to-tinker.com/index.php?p=578>).

1605 Vorbild könnte hier sein: Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen sowie § 69d Abs. 2 UrhG.

sichtlich der Schutzvoraussetzungen und der Schutzdauer nicht durch den Einsatz von TPM bzw. DRM-Systemen unterlaufen werden<sup>1606</sup>.

Die Forderung nach solchen, sich teils überlagernden<sup>1607</sup> Nutzerrechten wirft zahlreiche Fragen auf. So stellt sich beispielsweise die Frage, ob Nutzerrechte überhaupt das richtige Instrument sind, um auf überbordende technische Nutzungsrestriktionen zu reagieren<sup>1608</sup>. Es steht nämlich zu befürchten, dass viele

1606 Siehe zu dieser Problematik auch *Peukert*, UFITA 2002/III, 689, 710. Vorbildcharakter könnte die in den USA in Section 3 b) IV des Entwurfs für den »Freedom and Innovation Revitalizing U.S. Entrepreneurship Act of 2007«, H.R. 1201, 110th Cong. (2007) vorgeschlagene Regelung haben. Danach wäre zulässig «an act of circumvention that is carried out solely for the purpose of gaining access to one or more works in the public domain that are included in a compilation consisting primarily of works in the public domain». Zwar ließe sich auf den ersten Blick gegen eine entsprechende Regelung zur Wahrung der Gemeinfreiheit im deutschen bzw. europäischen Urheberrecht einwenden, dass sich der rechtliche Umgehungsschutz ohnehin nur auf urheberrechtlich geschützte Werke beziehe, sich aber nicht auf Material erstrecke, das von vornherein keinen urheberrechtlichen Schutz genossen hat oder aber dessen urheberrechtlicher Schutz bereits abgelaufen ist, vgl. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 95b, Rn. 3. Wenn der rechtliche Umgehungsschutz in diesen Fällen ohnehin nicht greift, so ließe sich argumentieren, bedürfe es auch keines Nutzerrechts. Gegen diesen grundsätzlich berechtigten Einwand lässt sich aber wiederum vorbringen, dass die insoweit zulässige Umgehung technischer Schutzmaßnahmen den Einzelnen in aller Regel überfordern dürfte, weshalb ein Anspruch auf Zurverfügungstellung der benötigten Umgehungsmittel auch in diesen Fällen durchaus sinnvoll erscheint, siehe dazu noch näher nachfolgend.

1607 Bei einer durchsetzungsstark ausgestalteten digitalen Privatkopie scheint sich auf den ersten Blick die Forderung nach einem Nutzerrecht auf Erstellung von Sicherungskopien zu erübrigen. Wer in begrenztem Umfang digitale Privatkopien erstellen kann, ist auf Sicherungskopien an sich nicht mehr angewiesen. Dies ist aber nicht zwingend der Fall. So ist es theoretisch beispielsweise denkbar, etwa aus Investitionsschutzgründen die digitale Privatkopie seitens des Gesetzgebers nur für bestimmte Werkarten in begrenztem Umfang zuzulassen (beispielsweise nur für Musik-, nicht aber für Filmwerke – so wird es faktisch gegenwärtig von Apple bei iTunes gehandhabt: »Audio-Playlists« dürfen bis zu sieben Mal »gebrannt« werden, Videos hingegen nicht, s. Nr. 9 b) V. + VI. der iTunes-Nutzungsbedingungen, online verfügbar unter: <http://www.apple.com/legal/itunes/de/service.html>; Stand: 03.11.2007). Um die fortwährende künftige Nutzung eines rechtmäßig erworbenen Filmwerks zu gewährleisten, könnte in diesem Fall ein Nutzerinteresse an einer digitalen Back-Up-Kopie bestehen. Dieses Nutzerinteresse wäre freilich vom Gesetzgeber abzuwägen mit dem Verwertungsinteresse der Urheber bzw. Rechteinhaber, das zum Zwecke der Preisdiskriminierung gerade auf die einmalige Zurverfügungstellung des Werkes im Wege des Streamings bzw. die nur zeitlich begrenzte Nutzungsräumung gerichtet sein kann.

1608 Diese Frage stellt sich auch deshalb, weil der Einsatz der Technik nicht nur eine Nutzungs-, sondern auch eine Zugangskontrolle ermöglichen kann. Deswegen aber anstelle von Nutzerrechten Zugangsrechte (»right to access«) einzufordern, griffe jedoch zu kurz. Die Forderung nach einem »right to access« trägt zwar dem Umstand Rechnung, dass die Frage des Zugangs im digitalen Umfeld immer größere Bedeutung erlangt; ein Zugangsrecht allein beantwortet aber noch nicht die Frage, was ich mit dem Werk, zu dem ich Zugang bekomme, dann machen darf, inwieweit ich es also nutzen kann.

Nutzer mit der individuellen Durchsetzung ihrer Nutzerrechte in der Praxis überfordert wären und von ihnen kaum Gebrauch machen würden. Inwieweit sich auf dieses Problem der Nutzerrechtsdurchsetzung unter Umständen durch eine Ausweitung kollektiver Rechtsschutzmöglichkeiten, die z.B. durch Verbraucherverbände wahrgenommen werden, reagieren lässt, wird daher nachfolgend unter bb) zu vertiefen sein.

Zuvor soll aber unter aa) darauf eingegangen werden, inwieweit sich das Problem allzu restriktiver Nutzungsbedingungen möglicherweise bereits ex ante auf technischer Ebene entschärfen lässt. Zwar würde es zu weit führen, hier die technische Machbarkeit, Effektivität und rechtspolitische Realisierbarkeit dieser eher technisch ausgerichteten Lösungsansätze erschöpfend zu untersuchen. An dieser Stelle können daher nur die sich potentiell anbietenden Möglichkeiten für eine vom Nutzerschutzparadigma getragene rechtliche Technikgestaltung aufgezeigt werden.

#### aa) Optionen unmittelbarer Technikgestaltung

Namentlich *Bechtold* hat sich dafür stark gemacht, der Flexibilität und Gestaltbarkeit der DRM-Technik größeres Augenmerk zu schenken<sup>1609</sup>. Er möchte DRM-Systeme dazu nicht als unveränderliche Systeme verstehen, die immun sind gegenüber rechtspolitischer Gestaltung. Um DRM-Systeme in einem wertorientierten Gestaltungsprozess insbesondere unter Maßgabe des in dieser Arbeit propagierten Nutzerschutzparadigmas zu modifizieren, kommen dabei verschiedene Wege in Betracht. Einer davon ist die Verwendung sog. »rights expression languages« (RELS) in Kombination mit dem sie unterstützenden »rights messaging protocol« (RMP)<sup>1610</sup>. RELs eröffnen dabei die Möglichkeit, ein breites Spektrum zulässiger oder unzulässiger Nutzungsmöglichkeiten in maschinenlesbaren Metadaten auszudrücken<sup>1611</sup>. Üblicherweise werden diese Nutzungsbedingungen einseitig von Verwerterseite vorgegeben. Sogenannte »bi-direktionale RELs« könnten es künftig Nutzern aber ermöglichen, mit den DRM-einsetzenden

1609 *Bechtold*, *The Present and Future of Digital Rights Management*, in: *Digital Rights Management*, Hg. v. *Becker et. al.*, S. 597, 602; *Bechtold*, *Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis*, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47 ff. s.a. *Armstrong*, 20 *Harvard Journal of L. & Technology* 49 ff. (2006).

1610 *Bechtold*, *Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis*, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47 ff.; näher: *Mulligan/Burstein*, *Implementing Copyright Limitations in Rights Expression Languages*, in: *Digital Rights Management*, Hg. v. *Feigenbaum*, S. 137 ff.

1611 Siehe *Bechtold*, *Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis*, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47 f.: »Mit Hilfe einer REL (wie z. B. XrML) lassen sich etwa die Berechtigung zum Kopieren, Löschen, Ändern, Einbetten, Ausführen, Exportieren, Extrahieren, Annotieren, Anmerken, Installieren, Sichern, Verleihen, Verkaufen, Weitergeben, Vermieten, Abspielen, Drucken, Anzeigen, Lesen, Wiederherstellen, Übertragen, Deinstallieren, Verifizieren, Sichern, Erhalten, Herausgeben, Besitzen und Zurückholen des Inhalts in maschinenlesbarer Form ausdrücken.«.

Rechteinhabern in Verhandlungen darüber einzutreten, unter welchen Bedingungen ihnen die Nutzung erlaubt wird<sup>1612</sup>. Zudem könnte der Gesetzgeber die Verwender technischer Nutzungsrestriktionen dazu verpflichten, bestimmte Nutzungen von vornherein zu erlauben – soweit dies bei komplexen Schrankenbestimmungen überhaupt realisierbar ist<sup>1613</sup>.

Eine weitere technische Lösungsvariante ist möglicherweise in sog. »authorized domains« oder auch »rights locker architectures« zu erblicken. Bei der »authorized domain« ist der Nutzer innerhalb eines bestimmten Bereichs (z.B. innerhalb seiner Familie oder seines Wohnhauses) autorisiert, legal erworbene Inhalte auf sämtlichen Abspielgeräten zu nutzen. Die Autorisierung knüpft also nicht an einem bestimmten Gerät oder geschütztem Objekt, sondern am Nutzer selber an, dem es innerhalb der authorized domain dann freisteht, digitale Kopien herzustellen<sup>1614</sup>. Sollte sich diese verbreiteten Nutzerpräferenzen Rechnung tragende Verwertungsstrategie technisch realisieren und am Markt durchsetzen lassen, schrumpfte der Anwendungsbereich für eine durchsetzungsstark ausgestaltete digitale Privatkopie ersichtlich zusammen.

Bei sog. »rights locker architectures« werden demgegenüber rechtmäßig erworbene Inhalte von vornherein nicht auf dem Endgerät des Nutzer abgespeichert<sup>1615</sup>. Die urheberrechtlich geschützten Inhalte liegen vielmehr auf dem Server des Anbieters und der Nutzer erwirbt nur Zugangsrechte. Auf seine Nutzungsanfrage hin wird ihm im Rahmen seiner Lizenz der Inhalt dann per »streaming«

1612 Siehe grundlegend zu diesem Vorschlag *Mulligan/Burstein*, Implementing Copyright Limitations in Rights Expression Languages, in: Digital Rights Management, Hg. v. *Feigenbaum*, S. 137, 140 f. Dazu: *Bechtold*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47 f.; *Böhle*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 57.

1613 Vgl. *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 409: »Aus technischer Sicht ist es praktisch unmöglich, die diffizilen rechtlichen Einzelheiten herkömmlicher urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen in einer technischen Schutzmaßnahme vollständig zu berücksichtigen.«. Vergleichsweise einfache Nutzungsfreiräume lassen sich – wie das Beispiel iTunes zeigt – mittlerweile aber durchaus technisch implementieren. So ist es derzeit möglich und gemäß Nr. 9 b) der iTunes-Nutzungsbedingungen (online verfügbar unter: <http://www.apple.com/legal/itunes/de/service.html>; Stand: 03.11.2007) auch ausdrücklich erlaubt, die bei iTunes erworbenen Inhalte »jederzeit auf bis zu fünf von Apple freigegebenen Geräten zu nutzen« sowie »Produkte aus bis zu fünf verschiedenen Konten gleichzeitig auf bestimmten Geräten, beispielsweise iPods, zu speichern«. Gemäß Nr. 9 b) V der iTunes-Nutzungsbedingungen ist der Nutzer weiter berechtigt, »eine »Audio Playlist« bis zu sieben Mal zu brennen«, wobei dies für Videos nicht gelten soll.

1614 *Bechtold*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47, 48 f.

1615 Siehe zum Ganzen *Böhle*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 56; *Melzer*, Rights locker architecture – the next step? INDICARE Monitor Vol. 1, No 4, 24.09.2004, online verfügbar unter: [http://www.indicare.org/tiki-read\\_article.php?articleId=44](http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=44).

zur Verfügung gestellt<sup>1616</sup>. Auf diese Weise kann der »Nutzer« von überall und unabhängig vom Abspielgerät auf die von ihm erworbenen Inhalte zugreifen – ohne wohlgermerkt aber jemals ein Vervielfältigungsexemplar, also eine körperlich fixierte Werkspeicherung zu erhalten. Aus letzterem Grund – aber auch wegen der mit diesem Konzept verbundenen Gefahren für den Datenschutz – sind »rights locker architectures« kritisch zu bewerten.

Die Vor- und Nachteile dieser Optionen für eine unmittelbare Technikgestaltung können hier nicht abschließend gewürdigt werden. Es dürfte aber deutlich geworden sein, dass der DRM-Technik ein immenses Gestaltungspotential innewohnt, das sich zu Lasten, aber eben auch zu Gunsten der Nutzer im Wege einer rechtlichen Technikgestaltung fruchtbar machen lässt.

### *bb) Optionen mittelbarer Nutzerschutzdurchsetzung*

Um grundlegende nutzerschützende Bestimmungen des Urheberrechts nicht der freien Disposition der TPM-/DRM-Verwender anheimfallen zu lassen, bieten sich für den Gesetzgeber verschiedene Reaktionsmöglichkeiten an. Zu unterscheiden sind die individuelle und die kollektive Durchsetzung der Nutzerbefugnisse, wobei sich deren Geltendmachung dabei entweder unmittelbar gegen den Verwender technischer Nutzungsrestriktionen richten kann (dies ist prinzipiell das mit § 95b Abs. 2 UrhG vom deutschen Gesetzgeber verfolgte Modell) oder mittelbar durch Einbeziehung einer Dritt-Partei (sog. »trusted third party«) abgewickelt werden kann. Die zuletzt genannte Variante wird auch als »key escrow«<sup>1617</sup>-Ansatz bezeichnet, weil bei ihr autorisierte Dritt-Parteien die zur Verwirklichung der jeweiligen Befugnis benötigten technischen Mittel (Umgehungssoftware, Dechiffrierschlüssel u.ä.) bereitstellen<sup>1618</sup>. Dieser Ansatz ist aus zweierlei Gründen besonders nutzerfreundlich. Zum einem nimmt er Rücksicht darauf, dass die meisten schrankenprivilegierten Nutzungswilligen nicht die technischen Fähigkeiten besitzen, technische Schutzmaßnahmen selbst zu umgehen. Dadurch hebt sich der »key-escrow«-Ansatz ab von »Selbsthilfeansätzen«, bei denen dem einzelnen Nutzer lediglich ein »right to hack« zusteht (was gesetzes-technisch dadurch erreicht wird, dass der rechtliche Umgehungsschutz in den Fällen außer Kraft gesetzt wird, in denen technische Schutzmaßnahmen nutzerschützende Bestimmungen des Urheberrechts, z.B. Schranken oder die zeitliche Be-

1616 *Melzer*, Rights locker architecture – the next step? INDICARE Monitor Vol. 1, No 4, 24.09.2004, online verfügbar unter: [http://www.indicare.org/tiki-read\\_article.php?articleId=44](http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=44).

1617 »Key escrow« lässt sich am ehesten mit »treuhänderischer Schlüsselhinterlegung« übersetzen, s. *Bechtold*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47, 48.

1618 Grundlegend für den »key-escrow«-Ansatz ist der Beitrag von *Burk/Cohen*, 15 Harvard Journal of L. & Technology 41, 63 ff. (2001). Siehe dazu auch *Bechtold*, Vom Urheber zum Informationsrecht, S. 412 ff.; *Böhle*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 57.

grenzung des Schutzes, aushebeln<sup>1619</sup>). Nutzerfreundlich ist das key-escrow-Konzept zum anderen auch deshalb, weil es die Privatsphäre des Nutzungswilligen dadurch zu schützen hilft, dass dieser sich zur Verwirklichung seiner Nutzerbefugnisse nicht an den Inhaltenanbieter, sondern an eine neutrale dritte Instanz wenden kann<sup>1620</sup>.

Für welche Reaktionsmöglichkeit sich der Gesetzgeber auch entscheidet: Auf Grundlage des mit dieser Arbeit im Rahmen eines bipolaren Normzweckmodells verfolgten Nutzerschutzparadigmas ist – im Gegensatz zum tradierten, rein urheberzentrierten Paradigma – jede der genannten Regulierungsoptionen dogmatisch konsistent. Bislang nimmt sich etwa der in § 95b Abs. 2 UrhG gewährte individualrechtliche Anspruch auf Schrankendurchsetzung wie ein Fremdkörper aus, konterkariert er doch die vor dem Hintergrund eines traditionell urheber- und faktisch verwerterzentrierten Erklärungsmodells bestehende Erwartung, dass das Urheberrechtsgesetz den Urheber bzw. Rechteinhaber schützen solle. Indem das in dieser Arbeit vorgeschlagene Normzweckmodell den Nutzerschutz prinzipiell gleichberechtigt neben den Urheberschutz auf eine Stufe stellt, wird diese bislang bestehende Inkonsistenz überwunden.

Dass dabei in materiell-rechtlicher Sicht keine der beschriebenen Regulierungsoptionen eine Patentreue zu bieten vermag, steht auf einem anderen Blatt. So krankten die meisten nutzerschützenden Gestaltungsvorschläge daran, dass sie inhaltlich zu kurz greifen oder den einzelnen Nutzer überfordern und den Nutzerschutz dadurch faktisch wirkungslos werden lassen. Es ist hier nicht der Ort, sämtliche Regulierungsvarianten kritisch en détail durchzudeklinieren. Es soll an dieser Stelle aber zumindest auf einige gravierende Schwächen des bislang auf deutscher bzw. europäischer Ebene verfolgten Lösungsansatzes hingewiesen werden.

So leidet die in Art. 6 Abs. 4 der sog. »Informationsgesellschafts-Richtlinie«<sup>1621</sup> im Grundsatz vorgesehene Verpflichtung zur Bereitstellung von die Schrankenverwirklichung ermöglichenden Mitteln in eklatanter Weise darunter, dass sie gemäß Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 dann nicht gelten soll, wenn die technisch geschützten Werke »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«. Indem dadurch nur für offline, nicht aber für online zugänglich gemachte Werke entsprechende nutzerschützende Bestimmungen etabliert werden können, sind den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten im praktisch überaus bedeutsamen Bereich der

1619 Siehe zu diesem mit dem Digital Millennium Copyright Act (DMCA) in den USA verfolgten Ansatz *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 411 f.

1620 *Böhle*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 57.

1621 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

Online-Verwertung hinsichtlich überbordender technischer Nutzungsrestriktionen weitgehend die Hände gebunden. Der verbleibende gesetzgeberische Gestaltungsspielraum wird weiter durch den Vorrang »freiwilliger Maßnahmen« und die Beschränkung auf bestimmte Schrankenbestimmungen marginalisiert. So dürfen die Mitgliedstaaten erst aktiv werden und »geeignete Maßnahmen« vorsehen, wenn die Verwender technischer Nutzungsrestriktionen untätig geblieben sind und nicht auf freiwilliger Basis Maßnahmen ergriffen haben, um dem durch eine Schrankenbestimmung Privilegierten die Werknutzung zu ermöglichen. Dabei wird der bereits ohnehin erheblich eingeschränkte Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers noch weiter dadurch reduziert, dass die Mitgliedstaaten nur hinsichtlich bestimmter Schrankenbestimmungen verpflichtet oder teilweise auch nur optional berechtigt sind, um »geeignete Maßnahmen« zu ergreifen<sup>1622</sup>. Hinsichtlich grundlegender Schrankenbestimmungen wie etwa dem Zitatrecht oder der Werknutzung zu Zwecken der Berichterstattung, der Kritik oder Parodie ist der Umsetzungsgesetzgeber aber nicht einmal berechtigt, entsprechende Schrankenbestimmungen durchsetzungsstark auszugestalten<sup>1623</sup>. Die Vernachlässigung solch zentraler Nutzeranliegen lässt den aufgeblähten und schwer zu durchschauenden Art. 6 Abs. 4 der »Informationsgesellschafts-Richtlinie« vollends zur Farce werden. Dieses vermeintliche Korrektiv stellt in Wahrheit einen weitreichenden Interventionsverzicht dar, der der Privatisierung des Rechtsschutzes weiter Vorschub leistet<sup>1624</sup>. Es ist evident, dass sich auf dieser europarechtlichen Grundlage letztlich kein wirkungsvoller Nutzerschutz seitens des nationalen Gesetzgebers etablieren lässt. Auch aus diesem Grund ist daher dringend eine Revision der sog. »Informationsgesellschafts-Richtlinie« anzustreben.

Der deutsche Gesetzgeber hat derweil den ihm zur Verfügung stehenden Umsetzungsspielraum mehr oder weniger ausgeschöpft und mit § 95b Abs. 2 UrhG einen unmittelbar gegen den Verwender technischer Schutzmaßnahmen gerichteten, individualrechtlichen Anspruch auf Schrankendurchsetzung geschaffen, wobei er allerdings (auch im nunmehr »Zweiten Korb« der Urheberrechtsreform) darauf verzichtet hat, auch die digitale Privatkopie durchsetzungsstark auszugestalten. Aufgrund der wegen Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 »Informationsgesellschafts-Richtlinie« erforderlichen Beschränkung des Anwendungsbereichs auf offline zugänglich gemachte Werke (s. § 95b Abs. 3 UrhG) fehlt es dabei für den in der Praxis zunehmend wichtigeren Bereich der Online-Vermarktung an einem effektiven Nutzerschutz. Dieses Defizit wird sich, wie gesehen,

1622 Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 und 2 »Informationsgesellschafts-Richtlinie«.

1623 Kritisch dazu auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 425: »Die tiefere Logik einer Regelung, die unter gewissen Umständen die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen erlaubt, wenn dadurch Werke zu Forschungszwecken genutzt werden können, die aber die Umgehung verbietet, wenn es um die Kritik oder Parodie von Werken geht, bleibt unklar.«. Kritisch auch *Dreier*, ZUM 2002, 28, 37; *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, § 95b, Rn. 11.

1624 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 427.

erst im Zuge einer grundlegenden Revision des europäischen Urheberrechts überwinden lassen.

Bemerkenswert ist allerdings, dass der deutsche Gesetzgeber bemüht war, eine Antwort darauf zu finden, dass eine individualrechtliche Schutzgewährung, wie sie in § 95b Abs. 2 UrhG in eingeschränktem Maße vorhanden ist, viele Nutzungswillige überfordern dürfte. Die meisten Schrankenbegünstigten werden bei realitätsnaher Betrachtungsweise nämlich weder in der Lage noch willens sein, den individuellen zivilrechtlichen Anspruch auf Zurverfügungstellung geeigneter Mittel zur Umgehung des technischen Schutzes möglicherweise sogar vor Gericht (mit den damit verbundenen zeitlichen Verzögerungen) gegen den Rechteinhaber durchzufechten<sup>1625</sup>. Aus diesem Grund hat der deutsche Gesetzgeber mit § 2a i.V.m. § 3a UKlaG eine Verbandsklagemöglichkeit geschaffen, durch die »eine einheitliche Rechtspraxis gefördert und eine über den Einzelfall hinausgehende Verbindlichkeit von Entscheidungen erreicht« werden soll<sup>1626</sup>.

Ein solcher kollektiver Nutzerschutz, der durch repräsentative und unabhängige Verbraucherschutzverbände wahrgenommen werden kann<sup>1627</sup> und den Einzelnen entlastet, leuchtet von der Grundidee her durchaus ein<sup>1628</sup> – nur leider ist die Umsetzung gründlich misslungen und die Wirkung dieser Nutzerschutzmaßnahme begrenzt. So ist die Verankerung der Verbandsklage im Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) gesetzestechisch unzureichend realisiert, weil das auf eine Verbandsklage ergehende Urteil entgegen der in der amtlichen Begründung vertretenen Auffassung keine erga-omnes-Wirkung entfaltet; insbesondere ist § 11 UKlaG nicht analog anwendbar<sup>1629</sup>, so dass über § 5 UKlaG wie allgemein üblich die §§ 322 ff. ZPO Anwendung finden<sup>1630</sup>. Die Bedeutung der Verbandsklagemöglichkeit besteht insofern allenfalls darin, dass sich mit ihrer Hilfe prä-

1625 BT-Drucks. 15/38, S. 27: »Die Gewährung eines Individualanspruchs zugunsten des einzelnen Schrankenbegünstigten genügt aber nicht, um eine effektive Durchsetzung der Schranken zu gewährleisten. Die individuelle Durchsetzung bleibt nämlich für den einzelnen Begünstigten abgesehen vom allgemeinen Prozessrisiko stets mit erheblichem Aufwand verbunden. Sie wird vielfach erst mit deutlicher zeitlicher Verzögerung zu einer Entscheidung führen, die dann auch nur für den jeweiligen Einzelfall bindet.«; *Dreier*, ZUM 2002, 28, 39; *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, § 95b, Rn. 6; *Guibault/Helberger*, Copyright Law and Consumer Protection, S. 19: »it is unlikely that consumers will turn to the courts to claim the right to make a copy of a CD. Initiating court proceedings involves the risk of financial costs. Moreover, this very aspect makes it unlikely that consumers will be willing to make use of a «right to private copying» even if they had such a right.«.

1626 BT-Drucks. 15/38, S. 27.

1627 Siehe in Deutschland etwa die Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (VZBV), online unter: <http://www.vzbv.de/go/>.

1628 In diesem Zusammenhang ließe sich – über die Problematik technischer Nutzungsrestriktionen hinausgehend – auch daran denken, die Verbraucherschutzverbände mit der Wahrnehmung neu zu schaffender, urheberrechtlicher Missbrauchstatbestände zu betrauen, s. zu diesen *Hilty*, Sündenbock Urheberrecht?, in: Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Hg. v. *Ohly/Klippel*, S. 107, 117 m.w.N.

1629 Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 2a UKlaG Rn. 2.

1630 So bereits *Loewenheim-Peukert*, Handbuch des Urheberrechts, § 36, Rn. 22, Fn. 80.

zedenzfallartige Grundsatzentscheidungen erstreiten lassen, an die andere Gerichte in ihrer Rechtsanwendung jedoch nicht gebunden sind<sup>1631</sup>. Darüber hinaus ist die gekünstelte Eingliederung in das UKlaG auch in gesetzessystematischer Hinsicht verfehlt, denn es geht in Wahrheit nicht um ein Unterlassen, sondern um einen Anspruch auf ein positives Tun (nämlich das Zurverfügungstellen der für die Umgehung der technischen Schutzmaßnahmen benötigten Mittel)<sup>1632</sup>. Eine richtigerweise auf ein *aktives Tätigwerden* des Rechteinhabers gerichtete Verbandsklagemöglichkeit wäre daher unter gesetzessystematischen Gesichtspunkten besser aufgehoben gewesen im UrhG. Die konstruierte Einkleidung in einen Unterlassungsanspruch führt nach gegenwärtiger Rechtslage demgegenüber zu dem systemwidrigen und befremdlichen Ergebnis, dass Klageantrag und Tenor an sich auf eine »Unterlassung einer Unterlassung« zu richten sind<sup>1633</sup>. Ganz abgesehen davon kann man sich die Frage stellen, ob nicht de lege ferenda ohnehin die Etablierung eines auch für den Online-Bereich Anwendung findenden key-escrow-Systems – beispielsweise mit einer in anderen Ländern bereits existierenden Verbraucherschutzbehörde als treuhänderischer Schlüsselhinterlegungsinstanz – die zwar aufwendigere, aber effizientere und wirkungsvollere

1631 Vor diesem Hintergrund ist die Kritik von Schrickler-Götting, Urheberrecht, § 95b, Rn. 21, an der Verbandsklagemöglichkeit nicht unberechtigt. Götting hält es für »äußerst zweifelhaft, ob sich die Hoffnungen, dass die Verbandsklage geeignet ist, eine effektive Durchsetzung der aus § 95b Abs. 2 resultierenden Ansprüche zu gewährleisten, erfüllen. Vor allem dann, wenn dem Begünstigten an einer sofortigen oder zumindest sehr schnellen Inanspruchnahme der privilegierten Nutzungen gelegen ist, erweisen sich die Erwägungen des Gesetzgebers als geradezu lebensfremd.« Begrüßt wird von Götting, a.a.O., Rn. 22, demgegenüber die als Ordnungswidrigkeit ausgestaltete Pönalisierung in § 111a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UrhG, weil sie aufgrund ihrer Wirkungsintensität (Geldbuße bis zu 50.000 €) stärker auf die öffentliche Meinungsbildung Einfluss nehme.

1632 Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 2a UKlaG Rn. 2: »Der Anspruch aus § 2 a I ist auf ein Unterlassen gerichtet: Der Rechtsinhaber hat es zu unterlassen, den Begünstigten die erforderlichen Mittel nicht zur Verfügung zu stellen. In Wahrheit geht es aber darum, den Rechtsinhaber zu einem positiven Tun zu verpflichten. Die Einkleidung in einen Unterlassungsanspruch soll lediglich die Einbeziehung in das UKlaG ermöglichen.« Näher zum Inhalt des Unterlassungsanspruchs auch Loewenheim-Peukert, Handbuch des Urheberrechts, § 36, Rn. 23, der in Fn. 91 betont, dass eine Verbandsklage auf ein Tun dem UKlaG fremd ist. Dies erkennt auch Schrickler-Götting, Urheberrecht, § 95b, Rn. 32, der aber dennoch zur Verwirklichung des Schutzzwecks von § 95b Abs. 2 UrhG ausnahmsweise einen Anspruch auf ein positives Tun zulassen möchte, auch wenn dies – wie er selber einräumt – mit dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 UKlaG »schwerlich vereinbar« sei.

1633 Vgl. Schmid-Wirth, UrhG, Anhang zu § 95b, Rn. 3. Ob die Gewährung eines auf die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruchs zudem sogar europarechtswidrig ist – zu diesem Ergebnis kommt Loewenheim-Peukert, Handbuch des Urheberrechts, § 36, Rn. 23, soll hier nicht weiter vertieft werden. Peukerts Gedankengang beruht auf der Annahme, dass die »Informationsgesellschafts-Richtlinie« geprägt sei von einem prinzipiell umfassenden rechtlichen Schutz technischer Maßnahmen, der nur *ex post*, nicht aber *ex ante* begrenzt werde könne. Deshalb könne der Vorrang technischer Maßnahmen allenfalls im Nachhinein korrigiert werden, nicht aber im Vorfeld der Einsatz von die Schrankenverwirklichung vereitelnden technischen Maßnahmen unterbunden werden.

Lösungsmöglichkeit darstellt. Für diesen Ansatz spricht zumindest, dass er dem Nutzungswilligen nicht das Prozessrisiko aufbürdet und je nach Ausgestaltung eine schnellere Abhilfemöglichkeit verspricht<sup>1634</sup>.

Erschöpfend kann diese überaus komplexe Problematik hier nicht behandelt werden. Angesichts der vorstehend aufgezeigten, zahlreichen Defizite des Nutzerschutzes im digitalen Umfeld dürfte aber deutlich geworden sein, dass noch viel Arbeit auf die Urheberrechtswissenschaft wartet.

## E. Resümee bezüglich des vorgeschlagenen Normzweckmodells

Im vorstehenden Kapitel wurden die Zulässigkeit, der Umfang, der Sinn und die konkreten materiell-rechtlichen Konsequenzen des mit dieser Arbeit verfolgten normzweckorientierten Ansatzes untersucht.

### I. Zulässigkeit, Umfang und Bedeutung einer Normzweckerweiterung

Die Untersuchung hat in Kap. 5 A. bis C. im Einzelnen zu dem Ergebnis geführt, dass eine Normzweckerstreckung auf den Nutzerschutz sowohl mit verfassungsrechtlichen Vorgaben in Deutschland, als auch mit europa- und internationalrechtlichen Vorgaben prinzipiell vereinbar ist (s. Kap. 5 A.).

Weitere Normzwecke – wie etwa der Schutz der Allgemeininteressen, der Verwerter oder der Institution Wettbewerb – wurden verworfen (s. Kap. 5 B.). Sie alle sind durchaus dem Urheberrecht zugrundeliegende *Zielvorstellungen*, aber keine *Zwecke*. So wäre etwa der Verwerterenschutz erst dann als Zweck zu qualifizieren, wenn de lege lata unmittelbar verwertererschützende *Mittel* existierten oder de lege ferenda zu befürworten wären. Beides ist aber gerade nicht der Fall. Insbesondere ist eine grundsätzlich denkbare Durchbrechung des Schöpferprinzips und eine originäre Rechtsinhaberschaft des Investors nicht erstrebenswert. Nur weil die Verwerter ein legitimes Amortisationsbedürfnis haben und sie mittelbar maßgeblich vom urheberrechtlichen Schutzinstrumentarium profitieren, darf man nicht den Fehler begehen, vom Sein auf das Sollen zu schließen. Die mit einer programmatischen Festlegung auf einen Normzweck »Verwerterenschutz« verbundene Aufwertung der Verwerterinteressen würde es nämlich erheblich erschweren, Urhebern und Nutzern den Schutz einzuräumen, der ihnen gebührt. Da sich bereits jetzt die Anzeichen verdichten, dass wir mit dem urheberrechtlichen Schutz zu weit gegangen sind und bereits die existierenden, abgeleiteten Nutzungsrechte in den Händen der Verwerter zu einer zunehmend problematischen

1634 Mit einem Vorschlag für eine europaweit koordinierte Implementierung des key-escrow-Ansatzes siehe jüngst etwa die Arbeit von *Mazziotti*, EU Digital Copyright Law and the End-User, S. 343 ff. Näher zu den Vorzügen und Schwächen dieser Regulierungsvariante auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 412 ff.