

## URHEBERRECHT

### Outside-In-Perspektive

### Sieben Beobachtungen und eine Katastrophe

THOMAS HOEREN\*

*Mit den Vorschlägen der AGUR12 tritt die Schweiz mit vielen wichtigen Vorschlägen zur Urheberrechtsreform an die Weltöffentlichkeit. Der Verfasser beleuchtet einige der Vorschläge und Themen aus der AGUR-Diskussion im Lichte des deutschen Rechts und der EU-Diskussion. Er zeigt, dass die Schweiz auf dem Weg ist, ein sehr innovatives System des Immaterialgüterrechts behutsam und vorsichtig zu entwickeln. Gleichzeitig zeigt er Desiderate für die künftige Entwicklung auf, etwa im Bereich des Urhebervertragsrechts oder der Frage der Eigentumsfähigkeit von Daten.*

*Le groupe de travail AGUR12 a émis de nombreuses propositions importantes pour réformer le droit d'auteur et poussé ainsi la Suisse sur le devant de la scène internationale. L'auteur analyse quelques propositions et sujets traités lors des discussions de l'AGUR à la lumière du droit allemand et des débats tenus au sein de l'UE. Il montre que la Suisse est sur le point de développer avec prudence et étape par étape un système innovant du droit de la propriété intellectuelle. Il souligne parallèlement les vœux de développement futur, notamment en matière de droit des contrats d'auteur ou de propriété des données.*

- I. Einleitung
- II. Sieben Beobachtungen
  - 1. Transparenz
  - 2. Angemessener Vergütungsanspruch
  - 3. Kollektive Verwertung
  - 4. Lichtbildschutz
  - 5. Rechtsdurchsetzung
  - 6. Leistungsschutzrecht für Verleger
  - 7. Auslegung von Schrankenbestimmungen
- III. Eine Katastrophe: Big Data
- IV. Schluss

#### I. Einleitung

Dem Konzept dieser Jubiläumstagung entsprechend wurde ich gebeten, aus der Outside-in-Perspektive einen Blick auf das schweizerische Urheberrecht zu werfen. Zu diesem Zweck habe ich die in der Arbeitsgruppe Urheberrecht (AGUR12) diskutierten Themen untersucht<sup>1</sup>. Dabei habe ich sieben Beobachtungen gemacht und eine Katastrophe festgestellt.

#### II. Sieben Beobachtungen

##### 1. Transparenz

Zunächst ist es bemerkenswert, mit welchem Aufwand an Transparenz und Offenheit die AGUR12 ihre Arbeit in der Öffentlichkeit kommuniziert. Der Arbeitsgruppe gehören sodann neben den institutio-

\* Prof. Dr., Universität Münster. Der Vortrag in Bern wurde frei gehalten. Der Verfasser dankt insofern Frau RAIN ANNATINA MENN und Frau lic. iur. LORENZETTA ZAUGG für die engagierte Mithilfe bei der retrospektiven Erstellung des Manuskripts. Die Belege in den Fussnoten geben nur die zum Verständnis des Textes notwendigen Referenzen wieder.

<sup>1</sup> Der Schlussbericht der AGUR12 erschien nach der Konferenz; [https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht\\_der\\_AGUR12\\_vom\\_28\\_11\\_2013\\_DE.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht_der_AGUR12_vom_28_11_2013_DE.pdf).

nellen Nutzervertretern auch drei Vertreterinnen und Vertreter von Konsumentenverbänden an. Sowohl die Transparenz als auch die breite Abstützung der Arbeitsgruppe ist sehr lobenswert und wäre in Deutschland wohl kaum denkbar gewesen.

## 2. Angemessener Vergütungsanspruch

Kunst und Künstler prägen unsere Gesellschaft seit vielen Jahrhunderten. Doch das Leitbild des modernen Künstlers hat sich stark verändert. War dieser früher von Hof und Kirche abhängig, ist er nun meist selbständig tätig und arbeitet als Freiberufler<sup>2</sup>. Doch die Selbständigkeit ist nicht nur ein Segen, sondern häufig auch ein Fluch. Urheber und ausübende Künstler sind regelmässig der Kultur- und Medienwirtschaft strukturell unterlegen. Als im Juni 2000 COURTNEY LOVE die Stimme erhob, kam es weltweit zu Protesten. R.E.M., THE DIXIE CHICKS, U2, ALANIS MORRISSETTE, BUSH, PRINCE und viele andere Künstler beklagten die Ausbeutung der Musiker durch die grossen Musikkonzerne. LOVE und andere verwiesen vor allem auf viele Fälle, in denen Kreative vertraglich alle wirtschaftlichen Rechte gegen eine sehr kleine Einmalvergütung an die Unternehmen abgetreten hatten<sup>3</sup>. Aber nicht nur in den USA ist die Lage der Kreativen bedingt durch Knebelverträge oft fatal. Auch im deutschsprachigen Raum gibt es viele Fälle einer sittenwidrigen Ausbeutung von Künstlern. Dokumentarfilmer erstellen oft für fünfstelligen Beträge auf eigenes Risiko ihre Filme. Autoren im Wissenschaftsbereich bekommen bei Verlagen wie Elsevier nicht nur keine Vergütung, sondern müssen vielmehr für die Veröffentlichung zahlen. Durch eine Klage von XAVIER NAIDOO wurde bekannt, dass in der Musikbranche häufig Verträge geschlossen werden, deren Laufzeit nach Belieben der Produzenten unendlich ausgedehnt werden kann<sup>4</sup>.

In einer der letzten Diskussionsrunden wurde in der AGUR12 die Einführung eines unveräusserlichen Vergütungsanspruchs zugunsten von Urhebern und Interpreten gefordert. Urheber und Interpreten hätten damit bei der Übertragung ihrer Rechte auf einen Werkvermittler einen zwingenden Anspruch auf einen angemessenen Anteil am Verwertungserlös.

In Deutschland ist ein solcher Vergütungsanspruch in § 32 UrhG geregelt. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen muss ich dem Schweizer Gesetzgeber leider raten: Hände weg! Der Anspruch auf eine angemessene Vergütung führt in der Praxis zu keinen befriedigenden Ergebnissen und ist zudem kaum durchsetzbar. Die grosse Schwierigkeit liegt darin, überhaupt einen gerechten, d.h. angemessenen Preis zu definieren.

Leider gibt es aber auch keine valable Alternative, um Urheber und Interpreten vor Buy-out-Verträgen zu schützen. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat es in der Vergangenheit in konstanter Rechtsprechung abgelehnt, vorformulierte Nutzungsverträge einer umfassenden AGB-Kontrolle zu unterziehen<sup>5</sup>. Insbesondere lehnte es der BGH ab, die Zweckübertragungsregel (§ 31 Abs. 5 UrhG) im Rahmen der Inhaltskontrolle anzuwenden. Diese Rechtsprechung wurde auch nach Einführung der §§ 32, 32a UrhG sowie § 11 S. 2 UrhG bestätigt<sup>6</sup>.

Diese jüngste Rechtsprechung wird von Oberlandesgerichten (OLG) zum Teil dadurch umgangen, dass zwischen Haupt- und (überraschenden) Nebenklauseln unterschieden wird und Letztere einer Inhaltskontrolle unterzogen werden<sup>7</sup>. Im Ergebnis ändert dies m.E. jedoch nichts daran, dass Urheber und Interpreten nur durch ein neu zu kodifizierendes Urhebervertragsrecht umfassend geschützt werden können<sup>8</sup>.

Letztlich bleibt die Situation unbefriedigend. Die Kreativen sind nicht hinreichend gegen die Übermacht der Verwerter vertraglich geschützt und trauen sich auch nicht, gesetzliche Rechte, wie etwa die erwähnte «angemessene Vergütung» tatsächlich einzuklagen. Mehr Inhaltskontrolle von Standardverträgen ist daher ebenso notwendig wie eine daran geknüpfte Verbandsklage, die einzelne Kreative entlastet und es einem Urheberverband ermöglicht, Standardklauseln zu «zerschiessen».

<sup>2</sup> Siehe den Schlussbericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestags «Kultur in Deutschland», BT-DRS 16/2700, 234, abrufbar unter [dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/070/1607000.pdf](http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/070/1607000.pdf), (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2014).

<sup>3</sup> Der Text ist veröffentlicht unter [www.gerryhemingway.com/piracy2.html](http://www.gerryhemingway.com/piracy2.html) (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2014).

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 7. Oktober 2004 – I ZR 163/03; OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. Juli 2003 – 6 U 65/02, ZUM 2003, 785.

<sup>5</sup> BGH, GRUR 1984, 45, 49.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 31. Mai 2012 – I ZR 73/10, NJW 2012, 3173 = GRUR-Prax 2012, 328 m.Anm. S. WILLE; J.B. NORDEMANN, NJW 2012, 3121; M. SCHIPPAN, ZUM 2012, 771.

<sup>7</sup> OLG Jena, GRUR-RR 2012, 367; OLG München, GRUR-RR 2011, 404; OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 296.

<sup>8</sup> Dazu T. HOEREN, Was bleibt von §§ 32, 32a, 36 UrhG? Überlegungen zur Zukunft des Urhebervertragsrechts, in: W. Bullinger u.a. (Hg.), Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, 159–186.

Probleme gibt es allerdings weiterhin noch mit dem Leitbild für eine solche Kontrolle. EUGEN ULMER hatte schon 1977 in seinem legendären Gutachten zur Reform des Urhebervertragsrechts typisierte Musterregeln für einen gerechten Filmvertrag entwickelt<sup>9</sup>. Diese Vorschläge wurden aber sehr schnell von der Filmindustrie torpediert und blieben daher in der Schublade der Wissenschaft liegen. Im Übrigen erinnert ein solcher Vorschlag bis zu einem gewissen Grad auch negativ an die Vertragstypisierung im DDR-Urheberrecht. Wie will man einen typischen Fernsehvertrag bestimmen, wenn man etwa die stürmische Entwicklung des Fernsehmarktes von 1978 bis heute und die damit einhergehende Notwendigkeit der Einbeziehung von Videorechten oder Internetrechten sieht? Im Übrigen ist es allmählich nicht mehr Aufgabe nationaler Gesetzgeber, sich dieser schwierigen Frage anzunehmen – ist doch das Problem selbst ein europäisches, wenn nicht gar ein internationales. Insofern gehört die Fragestellung nach einem gerechten Urhebervertragsrecht auf das völkerrechtliche oder zumindest europarechtliche Parkett. Zum Beispiel könnte es im Rahmen der derzeitigen Diskussion um die Entwicklung eines European Copyright Code eine Rolle spielen, dessen erste Ansätze die sogenannte Wittem-Gruppe herausgearbeitet hat. Daneben ist auch gerade die Rechtsprechung gefordert, im Rahmen einer Einzelfallkontrolle die Angemessenheit zu überprüfen. Nur die Rechtsprechung hat es in der Hand, auf die jeweilige Einzelsituation bezogen, die Notwendigkeit und Angemessenheit einzelner Regeln zu überprüfen. Einstieg wäre in allen europäischen Rechtsordnungen der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot sittenwidrigen Handelns. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat mehrfach § 138 BGB und die dortige Sittenwidrigkeitssperre grosszügig herangezogen, um das Problem der gestörten Vertragsparität im Privatrecht zu lösen<sup>10</sup>. Anders als der Bundesgerichtshof in Deutschland vertritt das Bundesverfassungsgericht die Auffassung, dass das Problem unterschiedlicher Handlungsmacht nicht pauschal richterlich zurückgewiesen werden darf. Ähnlich bietet Art. 2 des schweizerischen ZGB einen Einstieg, um den Grundsatz von Treu und Glauben auch als «Schranke aller Rechtsausübung»<sup>11</sup> gerade im Urhebervertragsrecht zu nutzen. In diesem Zusammenhang wird auch entdeckt, dass unter Umständen über culpa in contrahendo Ersatzansprüche des Betroffenen bei fahrlässiger Täuschung oder Überrumpelung mit dem Ziel der Aufhebung eines entsprechenden Vertrages angenommen werden können. Diskutiert werden auch in diesem Zusammenhang bestehende Aufklärungspflichten im Hinblick auf die Gefährdung des Vertragspartners, die es z.B. verbieten würden, Kreative in letzter Minute vor Projektbeginn «mal eben schnell» mit einem zehneitigen Standardvertrag zu überziehen. Hier wäre schon viel gewonnen, wenn man das Urheberrecht insofern auch auf klassische Schutzprinzipien des Zivilrechts zurückführen könnte. Urheberrecht ist nichts anderes als besonderes Zivilrecht, was manche Urheberrechtler gerne vergessen. Auch die Schweiz ist insofern gefordert und kann sich nicht – wie manchmal in der Literatur anklingt – auf die dualistischen Besonderheiten Helvetias berufen. Ich teile insofern auch nicht den Pessimismus von RETO HILTY, der vor Jahren seinen Schweizer Landsleuten einen Spiegel meinte vor das Gesicht halten zu müssen und darauf verwies, dass die «politischen Realitäten in der Schweiz (...) nicht zur Hoffnung» berechtigen, «dass in absehbarer Zeit ein Entwurf für ein ernstzunehmendes Urhebervertragsrecht vorgelegt werde»<sup>12</sup>.

### 3. Kollektive Verwertung

Ein weiteres Thema, das in der AGUR 12 eingehend diskutiert wurde, ist die kollektive Verwertung von Urheber- und Interpretenrechten. Dabei wird von der AGUR 12 insbesondere befürwortet, dass die Tariflandschaft vereinfacht und das Tarifgenehmigungsverfahren gestrafft werden sollte, dass die Verwaltungskosten der Verwertungsgesellschaften gesenkt werden und dass die Verwertungsgesellschaften ihre Tätigkeit der Öffentlichkeit verständlicher kommunizieren sollten.

Ein ganz grundlegender Missstand liegt jedoch darin, dass die Kontrolle und Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften nur ungenügend ausgestaltet ist. In diesem Zusammenhang sei auf zwei Verfahren in Deutschland verwiesen. Das erste ist das Verfahren, das MARTIN VOGEL gegen die VG Wort angestrengt hat<sup>13</sup>. Das OLG München hat entschieden, dass die Verteilpraxis der Verwertungsgesell-

<sup>9</sup> E. ULMER, Urhebervertragsrecht, Bonn 1977.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschluss vom 27. Juli 2005 – 1 BvR 2501/04, ZUM 2005, 809; Beschluss vom 19. Oktober 1993 – 1 BvR 567/89 u.a., NJW 1994, 36.

<sup>11</sup> BGE 45 II 398.

<sup>12</sup> R. HILTY, Urhebervertragsrecht: Schweiz im Zugzwang?, in: R. Hilty/M. Berger (Hg.), Urheberrecht am Scheideweg, Bern 2002, 87, 122.

<sup>13</sup> OLG München, Urteil vom 17. Oktober 2013 – 6 U 2492/12, GRUR-Prax 2013, 521 m.Anm. E. KIRCHBERG.

schaft, wonach auch die Verleger an den Erlösen der Autoren zu beteiligen seien, rechtswidrig ist. Es ist abzuwarten, ob der BGH diese Rechtsprechung bestätigt.

Erstaunlicherweise ziehen jetzt auch Kreative gegen weitere Verwertungsgesellschaften zu Gericht. So hat das OLG Dresden<sup>14</sup> den Sendeanstalten die Verwendung der sog. VFF-Klausel gem. § 1 U-KLaG i.V.m. § 307 BGB untersagt. Diese Klausel findet sich in Auftragsproduktionsverträgen der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten und regelt die Verteilung der Kabelweitersendungserlöse einseitig zugunsten der Sender<sup>15</sup>. Weitere Klagen sind angekündigt<sup>16</sup>.

#### 4. Lichtbildschutz

Diskutiert wurde in der AGUR 12 auch über die Einführung eines Lichtbildschutzes. Ich halte dies für keine gute Idee. Im Fall «Kampusch» hat der EuGH<sup>17</sup> entschieden, dass selbst Porträtaufnahmen, bei denen es um die wirklichkeitsgetreue Wiedergabe geht und die Gestaltungsmöglichkeiten folglich klein sind, denselben urheberrechtlichen Schutz genießen wie jedes andere urheberrechtliche Werk auch. Die Schutzwelle wurde damit einmal mehr sehr tief gelegt. Gleiches gilt auch im jüngsten Fall «Geburtstagszug»<sup>18</sup>. Der BGH hat in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung entschieden, dass an die Schutzvoraussetzungen von Werken der angewandten Kunst grundsätzlich keine höheren Anforderungen zu stellen sind. Für sie gelten also die gleichen Voraussetzungen wie für Werke der zweckfreien Kunst. Damit wird einerseits die Grenze zum Geschmacksmusterrecht verwischt und es wird andererseits, quasi als Korrektur, wohl dazu führen, dass der Schutzzumfang in einem Verletzungsverfahren sehr eng definiert wird.

#### 5. Rechtsdurchsetzung

Ein in der AGUR12 intensiv diskutiertes Thema waren ferner die verschiedenen Möglichkeiten einer Verbesserung der Rechtsdurchsetzung. Gefordert wurden insbesondere schärfere Sanktionen bei Urheberrechtsverletzungen. Lassen Sie mich nur kurz auf drei in der Praxis angewandte Modelle Bezug nehmen:

(i) HADOPI in Frankreich: Die HADOPI und das von ihr angewendete Three-Strikes-Verfahren ist gescheitert. Der Aufwand und die Kosten waren immens, der Erfolg marginal. Zudem stand die Praxis in Konflikt mit dem Datenschutz.

(ii) Herausgabe des Verletzergewinns: Ich verweise dabei auf das Urteil des BGH gegen den Fernsehsender n-tv<sup>19</sup>. Dieser hatte ohne Einwilligung des Urhebers die Videoaufnahmen des tödlichen Fallschirmsprungs von JÜRGEN MÖLLEMANN gesendet. N-tv wurde verpflichtet, dem Videofilmer einen Teil der Werbeeinnahmen herauszugeben.

(iii) Abmahnungen: Am 9. Oktober 2013 ist in Deutschland das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken in Kraft getreten. Dieses verlangt einerseits hohe formelle Anforderungen an eine Abmahnung und setzt andererseits eine Streitwertobergrenze von EUR 1000. Ferner wurde der fliegende Gerichtsstand bei Streitigkeiten mit Verbrauchern abgeschafft. Es ist zu hoffen, dass dieses Gesetz der in Deutschland grassierenden Abmahnflut Einhalt gebieten wird.

#### 6. Leistungsschutzrecht für Verleger

In Deutschland wurde am 1. Juli 2013 das sogenannte Leistungsschutzrecht für Verleger eingeführt (§ 87f UrhG). Auch im Rahmen der AGUR12 wurde die Einführung eines solchen Leistungsschutzrechtes offenbar gefordert. Ich kann davor nur warnen.

Laut Gesetzestext, der schliesslich von Bundestag und Bundesrat angenommen wurde, werden «*einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte*» vom Schutz ausgenommen. In der Begründung wurde

<sup>14</sup> OLG Dresden, Urteil vom 12. März 2013 – 11 U 1493/12, GRUR-Prax 2013, 230 m.Anm. E. KIRCHBERG.

<sup>15</sup> Siehe dazu auch die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE und die Antwort der Bundesregierung vom 13. September 2012 (Bundestagsdrucksache 17/10686).

<sup>16</sup> So etwa von B. KRAMM gegen die GEMA; siehe [brunokramm.wordpress.com/2013/10/17/es-wird-eng-fur-die-gema/](http://brunokramm.wordpress.com/2013/10/17/es-wird-eng-fur-die-gema/) (zuletzt besucht 9. Februar 2014).

<sup>17</sup> EuGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 – C-145/10, GRUR 2012, 166.

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 13. November 2013 – I ZR 143/12, GRUR-Prax, 2014, 17 m.Anm. J. STRAUSS.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 25. März 2010 – I ZR 122/08, GRUR-Prax 2010, 481 m.Anm. H. ARMAH.

auf das BGH Urteil «Metall auf Metall»<sup>20</sup> verwiesen. Darin hatte der BGH festgehalten, dass sich das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers auch auf kleinste Tonfetzen bezieht, sofern diese von einem durchschnittlich begabten Produzenten selbst neu eingespielt werden könnten. Diese Rechtsprechung sollte beim Leistungsschutzrecht der Presseverleger keine Anwendung finden, weshalb es der Gesetzgeber für notwendig hielt, einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte von vornherein vom Schutz auszuklammern. Damit sollte das neue Leistungsschutzrecht für Verleger auch in Einklang mit der Rechtsprechung des BGH zu den Vorschau-Bildern stehen<sup>21</sup>.

Die damit verbundene Rechtsunsicherheit ist gross: Entsprechen nun diese kleinsten Textausschnitte den sogenannten «Snippets», wie sie Suchmaschinen verwenden? Google hat dieses Problem mit einem Opt-in-Mechanismus gelöst. Bei der Google-News-Suche werden folglich nur Textausschnitte derjenigen Verleger angezeigt, die ausdrücklich auf ihr Leistungsschutzrecht verzichtet haben. Ich bezweifle sehr, dass diese Situation von den Befürwortern des Leistungsschutzrechtes gewollt war.

## 7. Auslegung von Schrankenbestimmungen

Ein weiteres AGUR-Thema waren die urheberrechtlichen Schranken. Urheber und Leistungsschutzberechtigte können die ihnen zustehenden ausschliesslichen Verwertungsrechte nicht unbeschränkt geltend machen. Eine solche Monopolstellung wäre mit den grundrechtlichen Vorgaben etwa der EMRK unvereinbar<sup>22</sup>. Zum Schutz der Presse-, Rundfunk- und Informationsfreiheit sieht das Urheberrecht in Deutschland und der Schweiz eine Reihe von Schranken für die Ausübung dieser Rechte vor. Schranken können unterschiedlich gestaltet sein. In den USA wurde zum Beispiel eine grosse, weit formulierte Schranke des «fair use» eingeführt (17 U.S.C. § 107), die anhand bestimmter Einzelumstände je nach Einzelfall angewendet wird und darüber hinaus vertraglich abdingbar ist. Das deutsche Urheberrecht sieht hingegen einen enumerativen Katalog<sup>23</sup> einzelner Schranken in unterschiedlich starken Ausprägungen vor. Das deutsche System der Schranken ist viel zu eng und statisch. Gesucht wird eine grosse Schrankenregelung, angelehnt an das «Fair Use»-Prinzip der USA. Die hinter einer Schranke stehenden Freiheitsgrundrechte müssen in die Auslegung durch die Rechtsprechung einfließen<sup>24</sup>. Die Privatkopierfreiheit sollte zur allgemeinen Schranke ausgebaut und die nahezu unverständlichen deutschen Verästelungen des § 53 UrhG beseitigt werden. Das Urheberrecht würde dann im Kern nur noch Business-to-Business gelten. Auch könnte der Erschöpfungsgrundsatz auf alle digitalen Produkte bezogen werden und so den freien Weiterverkauf einmal erworbener E-Books, MP3-Files und Software sichern.

Ein ungeklärtes Schrankenproblem verursachen übrigens WikiLeaks & Co. Die derzeitige Diskussion um WikiLeaks konzentrierte sich auf Dokumente, die im urheberrechtlichen Sinne schon veröffentlicht waren. So ging es vor allem um Dokumente des US-Aussenministeriums, auf die laut Medienberichten bis zu 2,5 Mio. US-Vertreter via Intranet zugreifen konnten. Davon abzugrenzen sind Dokumente, von deren Existenz vor Veröffentlichung auf WikiLeaks nur ein kleiner Kreis von Personen Kenntnis gehabt haben dürfte. Dieser Kategorie können mit Sicherheit die auf WikiLeaks erschienenen Geheimdokumente aus Guantanamo zugeordnet werden. Die Dokumente beinhalten nicht nur detaillierte Informationen über den Gefängnisalltag, sondern belegen, dass viele Inhaftierte zu Unrecht festgehalten wurden. Nur ganz wenige Personen werden von derart belastenden Dokumenten gewusst haben. Auch bei Dokumenten, die Interna einer US-Grossbank betreffen, wird der Kreis der Personen, die Kenntnis haben, sehr klein sein. Ende 2010 hat ASSANGE die Veröffentlichung solcher Bankdokumente angekündigt. Zwar wurden die Dokumente bislang nicht auf WikiLeaks veröffentlicht, sodass unklar ist, ob sie überhaupt existieren. Dennoch kann auch dies als Aufhänger für die allgemeine Frage genutzt werden, wie der Öffentlichkeitsbegriff im Urheberrecht zu verstehen ist. Denn eine ähnliche Veröffentlichung auf WikiLeaks erfolgte bereits 2008, als interne Dokumente der Schweizer Bankhausgruppe Julius Bär auf die Plattform eingestellt wurden, die die Bank der Geldwäsche und Steuerhinterziehung überführen sollten. Ob bei solchen Sachverhaltsgestaltungen noch von veröffentlichten Dokumenten gesprochen werden kann, ist höchst zweifelhaft.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 20. November 2008 – I ZR 112/06, MMR 2009, 253 m.Anm. T. HOEREN.

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 29. April 2010 – I ZR 69/08 (Vorschau-Bilder I), GRUR 2010, 628; BGH, Urteil vom 19. Oktober 2011 – I ZR 140/10 (Vorschau-Bilder II), GRUR 2012, 602.

<sup>22</sup> Siehe dazu auch das Urteil des EGMR vom 10. Januar 2013 – 36769/08, NJW 2013, 2735.

<sup>23</sup> So ausdrücklich BGH, Urteil vom 20. März 2003 – I ZR 1177/00, MDR 2003, 1305 = NJW 2003, 3633 = WRP 2003, 1235.

<sup>24</sup> So auch das Urteil des EGMR vom 10. Januar 2013 – 36769/08, NJW 2013, 2735.

Handelt es sich jedoch um unveröffentlichte Dokumente, bedarf es einer anderen rechtlichen Bewertung. Urheberrechtliche Schrankenbestimmungen, insbesondere die Schranke des Zitatrechts, gelten nicht für unveröffentlichte Dokumente, sodass in einem nächsten Schritt auch nicht über eine mögliche Ausweitung der Schranken im Lichte der Verfassung diskutiert werden kann.

### III. Eine Katastrophe: Big Data

Mit einiger Beunruhigung habe ich schliesslich festgestellt, dass das Thema *Big Data* keinen Eingang in die Diskussionen der AGUR12 gefunden hat. Dies ist eine Katastrophe.

Unter *Big Data* verstehe ich Datensammlungen, die nicht per se strukturiert und auch nicht unbedingt personenbezogen sind. Im ersten Fall könnte, zumindest nach europäischem Recht, ein Schutz als Datenbank infrage kommen. Im zweiten Fall würde unter Umständen das Datenschutzrecht greifen.

Aber was ist mit den Daten als solchen? Gibt es ein eigentumsähnliches Verfügungsrecht an Daten?

Obwohl *Big Data* ein enormes Wirtschaftsgut ist, liegt derzeit noch kein Schutzkonzept vor. Es sind weit und breit keine Lösungen in Sicht, wie *Big Data* als Schutzobjekt einzuordnen und wie es als Gegenstand des Rechtsverkehrs zu behandeln ist. Hier sind jedoch namentlich von der Wissenschaft konkrete Antworten gefordert.

Für ein zivilrechtliches Schutzsystem für Dateneigentum ist zuerst einmal von Interesse, ob die Datenberechtigung nur schuldrechtliche oder dingliche Wirkung hat. Spricht man von einem «Vollrecht» an Daten<sup>25</sup>, so geht man von einer dinglichen Berechtigung aus. Diese muss auch als Vollrecht dinglich übertragbar sein. Daneben kann natürlich auch das Recht zur Benutzung in gewissem Umfang schuldrechtlich eingeräumt werden<sup>26</sup>. Letzteres kann im Rahmen der Privatautomatie in Sui-generis-Verträgen (§ 311 Abs. 1 BGB) frei ausgestaltet werden. Zur Bewertung können bei entsprechender Nähe Parallelen zu Leih-, Miet-, Pacht-, Auftragsrecht oder anderen Vertragstypen gezogen werden.

Grundlage für eine Verpflichtung zur Einräumung der vollen Dateninhaberschaft muss folgerichtig ein kaufähnlicher Vertrag sein. In dem *Used-soft-Urteil* verwendet der EuGH zur Auslegung der Computerprogramme-Richtlinie einen weiten Verkaufsbegriff, der auch die Übertragung von Eigentum an unkörperlichen Softwarekopien umfasst<sup>27</sup>. Dieser Begriff ist zunächst einmal ein autonom richtlinien-spezifischer Begriff<sup>28</sup>. Nach § 433 BGB verpflichtet sich im Normalfall des Kaufvertrags der Verkäufer, dem Käufer das Eigentum an einer Sache (§ 90 BGB) zu verschaffen. Befindet sich auf einem Datenträger Software und wird der Datenträger verkauft, so handelt es sich immer noch um einen Sachkauf nach § 433 BGB<sup>29</sup>. Hardware und Software bilden zusammen eine einheitliche Kaufsache<sup>30</sup>. Wenn aber Daten unkörperlich veräussert werden sollen, so muss § 453 Abs. 1, 2. Alt. BGB angewandt werden<sup>31</sup>.

Nach herrschender Meinung fallen unter den Begriff der sonstigen Gegenstände im Sinne von § 453 BGB einzelne unkörperliche Vermögenswerte, wie z.B. Know-how, Erwerbs- oder Gewinnchancen sowie Informationen<sup>32</sup>. Auf Daten als «sonstige Gegenstände» findet nach dieser Vorschrift daher Kaufrecht entsprechende Anwendung. Das ist insofern interessant, als «sonstige Gegenstände» in der Systematik des Kaufrechts neben Sachen und Rechten genannt werden. Sachen und Rechte besitzen beide eine abstrakte rechtliche Zuweisung: An Sachen besteht Eigentum nach § 903 BGB, über Rechte kann nach den §§ 398, 413 BGB nur abstrakt verfügt werden<sup>33</sup>. «Sonstige Gegenstände»

<sup>25</sup> J. WELP, IuR 1988, 448; E. HILGENDORF, JuS 1996, 890.

<sup>26</sup> A. SCHÖNKE/H. SCHRÖDER/W. STREE/

B. HECKER, Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Aufl., München 2010, StGB 303a Rn. 3 bezugnehmend auf: K. TOLKSDORF, StGB, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2012, StGB 303a Rn.12.

<sup>27</sup> EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – C-128/11, NJW 2012, 2566, 2568.

<sup>28</sup> EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012 – C-128/11, NJW 2012, 2567.

<sup>29</sup> T. HOEREN, IT-Recht, 2. Aufl., Köln 2012, 105; T. HOEREN/M. FÖRSTERLING, MMR 2012, 642, 645.

<sup>30</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 19. September 2007 – 1 U 1614/05, CR 2008, 148; J. v. STAUDINGER/R. M. BECKMANN, BGB, Neubearbeitung, München 2014, BGB 453 Rn. 65.

<sup>31</sup> C. STRESEMANN, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012, BGB 90 Rn. 25; H. REDEKER, IT-Recht München 2012, Rn. 279, 281; H. REDEKER, Software – ein besonderes Gut, NJW 2008, 2684, Kritisch: STAUDINGER/BECKMANN (Fn. 30), BGB 453 Rn. 57.

<sup>32</sup> STAUDINGER/BECKMANN (Fn. 30), BGB 453 Rn. 37.

<sup>33</sup> O. JAUERNIG/C. BERGER, BGB, 15. Aufl., München 2014, BGB 453 Rn. 3.

sind, wie Rechte, unkörperliche Vermögenswerte; anerkannt sind unter anderem auch Ideen und Informationen<sup>34</sup>. Nun sind Ideen nicht fassbar genug, um eine dingliche Zuweisungsposition festzumachen. Informationen sollen gerade nicht über die entsprechenden Schutzrechte hinaus mit Ausschliesslichkeitsrechten geschützt werden (s.o.). Daher kommt zumindest bei diesen «sonstigen Gegenständen» eine Verweisung auf die Eigentumsverschaffung in § 433 Abs. 1 S. 1 BGB nicht in Betracht, vielmehr schuldet der Verkäufer nur die «Übergabe»<sup>35</sup>. Der Käufer, der sich ferner im «Besitz» der Information oder Idee befindet, kann Dritte – ausserhalb der Grenzen des Urheberrechts oder gewerblicher Schutzrechte – nicht von der Benutzung ausschliessen. Anders verhält es sich aber bei Daten. Ein entsprechendes Schutzregime ist zwar im Zivilrecht nicht geregelt. Jedoch zeigt sich in § 303a StGB deutlich eine Zuordnung von Daten zu einer Person, die Dritte von den aufgezählten Handlungen ausschliesst. Nur der Datenberechtigte darf also mit seinen Daten, was ihre spezifische Eigenschaft angeht (also unabhängig von Sache und Information), «nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen». Die Analogie zu § 903 BGB ist gerechtfertigt, obwohl der Schluss von in § 453 Abs. 1 BGB aufgeführten «sonstigen Gegenständen» auf eine dingliche Rechtsposition nicht zwingend ist. Anders als bei Ideen, Information oder Know-how<sup>36</sup> sind Daten abgrenzbar und es ist möglich, zwischen Besitzer und «Eigentümer» zu unterscheiden. Während der Verkäufer mit der «Übergabe» anderer «Gegenstände» im Sinne des § 453 Abs. 1 BGB sämtliche Positionen bereits verliert, verschafft der alleinige Besitz von Daten noch nicht das Vollrecht. Das zeigt sich gerade darin, dass Dateninhaberschaft und Eigentum an dem Datenträger auseinander fallen können.

Mit der zunehmenden Ubiquität von Rechenprozessen werden Daten immer mehr zu fühlbaren Gegenständen. Ein Schutz des Inhalts über die Grenzen des Urheberrechts hinaus wäre ein unangemessen scharfes Schwert, die Rechtsordnung muss aber auf die Interessen an gesellschaftlichen Werten Rücksicht nehmen. Dies wurde durch die Einführung des § 303a StGB für das Strafrecht bereits erkannt. Da Daten Vermögenswerte sein können, muss auch die zivile Rechtsordnung einen entsprechenden Schutz bereithalten. Die Schaffung eines Dateneigentums in Analogie zum Sacheigentum, wenn auch in begrenzter Weise, ist daher geboten und möglich<sup>37</sup>.

#### IV. Schluss

Es war schon immer meine ehrliche Überzeugung, dass der Schweiz in der immaterialgüterrechtlichen Diskussion eine Pionierfunktion zukommt. Die Schweiz ist (glücklicherweise) nicht Mitglied der EU. Sie kann aus allen rechtspolitischen Strömungen in Europa und den USA die besten Elemente auswählen, um mit Bedacht und Ruhe ein eigenes Urheberrechtssystem zu entwickeln. Gerade die Schweiz hat mit ihrer Langsamkeit und Bedachtsamkeit die Chance, ein eigenständiges, die Bedürfnisse von Urhebern, Nutzern und Verwertern gleichermaßen auswiegendes Urheberrecht entweder durch Gesetz oder durch Einzelfallrechtsprechung zu schaffen.

<sup>34</sup> H. P. WESTERMANN, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012, BGB 453 Rn. 6; O. PALANDT/W. WEIDENKAF, BGB, 70. Aufl., München 2011, BGB 453 Rn. 9; STAUDINGER/BECKMANN (Fn. 30), BGB 453 Rn. 37.

<sup>35</sup> Vgl. STAUDINGER/BECKMANN (Fn. 30), BGB 453 Rn. 44.

<sup>36</sup> STAUDINGER/BECKMANN (Fn. 30), BGB 453 Rn. 42.

<sup>37</sup> Siehe dazu ausführlicher T. HOEREN, Dateneigentum – Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, in: MMR 2013, 486–491.