

# Was bleibt vom Urheberrecht im Zeitalter von Filesharing und Facebook?

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Universität Münster

Wir sind im Jahre 561 und es tobt ein blutiger Krieg in Irland. Ein Mönch, der heilige Columban, hatte heimlich ein Psalterium von Finnian abgeschrieben. Finnian lief zum irischen König, um sich zu beschweren. Es kam zu einem legendären ersten Urheberrechtsentscheid, gefällt nach bäuerlichem Viehrecht. Wie zu jeder Kuh, sagte der König, ihr Kalb gehört, so gehört auch zu jedem Buch sein Büchlein. Gemeint war also, so wie der Bauer sozusagen bei der Kuh sein Kalb bekommt, bekommt auch der, der das Urbuch geschrieben hat, die Rechte an der entsprechenden Kopie. Dieser Entscheid des Königs hat Columban nicht ruhen lassen, es kam zum ersten Krieg in der irischen Frühzeit, der Krieg ging zugunsten von Columban aus, der König wurde hingerichtet und damit war der erste Krieg um die Wissensordnung und um die Rechte an Wissen durchgeführt<sup>1</sup>. Es war der Beginn einer Schlacht um Wissen, der erst viele, viele Jahrhunderte später gelöst werden sollte.

## 1. Die Geschichte des Urheberrechts

Erst 1710 kam eine der tragischsten Frauen in der frühen Neuzeit, Queen Anne von England, auf das Problem des Urheberrechts zurück<sup>2</sup>. Sie hatte ein Problem. Das Problem war, dass sie so unangenehm aufgetreten war, dass sie sich die ganze Presse vergrätzt hatte, und was macht man, um die Presse für sich zu gewinnen, man gibt

ihr Geschenke und Privilegien, das ist bis heute ein ganz gängiges Instrument. Was hatte sie sich ausgedacht? Sie hatte in Florenz und Venedig entdeckt, dass es so genannte Privilegien gab, also staatliche Schutz-«Geschenke» an die Drucker. Wir sind in der Zeit des frühen Buchdrucks. Die Sonderrechte für einzelne Drucker erlaubten es ihnen, sich gegen Nachdrucke zu schützen. Dieses Instrument, das es nur für einzelne Drucker gab, übertrug nun Queen Anne genial auf alle Verleger Englands. Sie bekamen 1710 das Recht, 14 Jahre lang gegen alle ungenehmigten Nachdrucke vorzugehen<sup>3</sup>. Es war im Kern nur ein Printers' Privilege, ein Copyright, wie es damals hiess, gegeben für etwas, was man in England später «sweat of the eyebrow» nennen sollte<sup>4</sup>. Der «Schweiss auf der Augenbraue» ist geschützt. Wenn Menschen «schwitzen», wenn sie investieren, wenn sie einen nicht unerheblichen Aufwand an Zeit, Kosten und Mühen wagen, dann sollten sie dieses Schutzrecht bekommen. Weniger vorgesehen war das Schutzsystem für die Absicherung der Autoren.

Im Jahr 1789 kam dann die grosse Revolution, die französische Revolution mit einem Gegenmodell, das bis heute in Kontinentaleuropa führend ist für die Frage der Wissensordnung: das so genannte «droit d'auteur»<sup>5</sup>. Und wie der Begriff «auteur» sagt, rückt auf einmal jemand in den Mittelpunkt, der bisher gar nicht so gesehen war, nämlich der Urheber selbst,

der Autor. Die Kreativen sollten einen Schutz bekommen – aber nicht für jede Banalität, nicht für Investitionen, sondern nur dann, wenn man ein sehr hohes Ausmass an Kreativität nachweisen kann. Es ging um Voltaire und Rimbaud, die grosse französische Literatur. Diese Urheber wollten auch nicht Geld, sondern sie wollten geliebt werden<sup>6</sup>. Und diese Liebesbeziehung war der Hauptaspekt der neuen Wissensordnung; selbst wenn noch ein bisschen Geld abfiel, ging es aber um den Schutz der ideellen Beziehung des Autors zu seinem Werk. Man hat dann natürlich auch daran gedacht: Was macht man mit den armen Menschen

<sup>1</sup> Die Geschichte stammt aus *Gieseke*, Die geschichtliche Entwicklung des deutschen Urheberrechts, Göttingen 1957, S. 17 mit weit. Nachw. Die Quellenlage dazu ist allerdings undurchsichtig.

<sup>2</sup> *Gunnar Petri*: The Composer's Right. A History of the Value of Music, Stockholm 2002, 41 ff.

<sup>3</sup> *Boytha*, Whose Right is Copyright?, GRUR Int 1983, 379.

<sup>4</sup> Dazu *Ginsburg*, No Sweat? Copyright and Other Protection for Works of Information After Feist v. Rural Telephone, 92 ColumLR 338 (1992).

<sup>5</sup> Siehe *Ginsburg*, French Copyright Law: A Comparative Overview, 36 J. COPYR. SOC. 269 (1989); diess., A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America, 64 TulLR 991 (1990).

<sup>6</sup> *Vogel*: Urheberpersönlichkeitsrecht und Verlagsrecht im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts, GRUR 1994, 587.

wie Druckern oder ähnlichen, die helfen, dem Hilfspersonal beim Druck? Die bekamen das: Leistungsschutzrechte. Das waren keine vollwertigen Urheberrechte, es waren Investitionsrechte, gegenüber dem Schutz der Autoren deutlich abgestuft von den Schutzfristen und dem Umfang her.

Man hat aber noch etwas entdeckt. Wenn man schon ein weites Recht einführt wie das Urheberrecht, muss man auch sehen, wo die Interessen der Allgemeinheit bleiben, was z.B. den Zugang zur Information angeht, etwa die Frage des Zitats, die Auseinandersetzung mit Literatur. Man hat so genannte Schranken eingeführt. In jedem Urheberrechtsgesetz der Welt finden Sie heute mehr oder weniger ein buntes Potpourri an Schranken von Schulfunksendungen über Kirchenbücher; vieles hat einen kleinen Freibrief im Urheberrecht und kann frei, ohne Zustimmung des Urhebers,

gemacht werden. Dieses Modell, das dieses *droit d'auteur*, ist bis heute führend in Kontinentaleuropa. Auch wir in Deutschland sind davon geprägt, bedingt durch Napoleon kam das Ganze dann auch zu uns<sup>7</sup>.

Wir haben noch ein drittes Modell, und das spielt auch noch eine grosse Rolle in der grossen geopolitischen Diskussion um das Urheberrecht, das Urheberrecht der «Entwicklungsländer»<sup>8</sup>. Schon sehr früh hat ein damaliges Schwellenland darauf hingewiesen, dass es sich Urheberrecht überhaupt nicht leisten kann: die Vereinigten Staaten von Amerika. Als Charles Dickens eines Tages merkte, welche begeisternde Menge von Lesern er in den USA hatte, hat er sich auf der einen Seite sehr gefreut, aber auf der anderen Seite hat er sich seine Tantiemen angesehen und festgestellt, dass kaum ein Amerikaner seine Bücher jemals bezahlt hatte. Er nutzte das Ganze zu einer legendären Vortragsreise<sup>9</sup>. Er fuhr zweimal in die USA, nach New York, weiter bis Boston und weiter. Er wurde gigantisch empfangen, mit grossen Partys; die Society war begeistert, diesen tollen Literaten in ihrem Kreis zu haben. Aber als er in Reden anfang, ein internationales Urheberrecht zu fordern, setzte man ihn ganz schnell wieder ins Schiff und brachte ihn nach Hause. Charles Dickens hat sich übrigens auf seine Weise gerächt. Er hat ein brutales Buch über die Hässlichkeit amerikanischer Frauen geschrieben, Martin Chuzzlewit. Auf jeden Fall haben die Amerikaner dann in die Verfassung einen deutlichen Satz über die Bedeutung von Urheberrecht hineingeschrieben. Bis heute steht in der US-Verfassung, bedingt durch Benjamin Franklin, der Satz, dass man Urheberrecht nur zulassen könne «to promote the progress of science and

useful art» und nur bei «for a limited time»<sup>10</sup>. Also die oberste Frage von Entwicklungsländern ist: Nur soweit es der Gesellschaft dient, machen wir Urheberrecht. Ein bisschen pervers ist es natürlich (als Spitze am Rand), dass nun die USA nach China gehen und sagen, wir brauchen Urheberrecht. Das Land antwortet: «Wir sind ein Entwicklungsland, ein Schwellenland, wir können uns Urheberrecht gar nicht leisten in der jetzigen Situation, aber wir lieben eure Dinge.» Und dann sagt die amerikanische Regierung: «Das ist kein Argument, das haben wir noch nie gehört, so etwas gilt nicht.»

Das sind die drei Modelle, die wir haben, das englische, das französisch-deutsche und das Entwicklungslandmodell. Diese drei Modelle sind bis heute da, kämpfen gegeneinander, sorgen für Schwierigkeiten, gerade auch dann, wenn es zu Grenzüberschreitungen kommt, aber die Welt hat sich auch noch weiter verändert. 200 Jahre nach diesen Entwicklungen sieht die Welt im Urheberrecht ganz anders aus. Wenn Sie sich fragen, wieso redet der überhaupt nur über Urheberrecht und nicht über Patentrecht und Markenrecht, so hat das seine Bewandnis. Patent- und Markenrecht entwickelten sich sehr spät, erst im 19. Jahrhundert mit der Industrialisierung<sup>11</sup>.

## 2. Plattenverschiebungen im modernen Urheberrecht

Inzwischen hat sich das Urheberrecht gemauert. Aus einer kleinen Randdisziplin ist ein gigantisches Megarecht geworden. Man sagt immer, das Urheberrecht ist die Magna Charta der Wissensordnung des Informationsrechts<sup>12</sup>. Warum? Vier Entwicklungen sind daran «schuld».

<sup>7</sup> Dazu Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, Göttingen 1995, 115 ff.; Vogel, Die Geschichte des Urheberrechts im Kaiserreich GRUR 1987, 873.

<sup>8</sup> Peukert: USA: Ende der Expansion des Copyright?, GRUR Int 2002, 1012.

<sup>9</sup> Siehe Hoeren, Charles Dickens und das internationale Urheberrecht, in: GRUR International 1993, 195–199.

<sup>10</sup> Art. I § 8 cl. 8, Copyright Clause.

<sup>11</sup> Dazu Wadle, Fabrikzeichenschutz und Markenrecht, Geschichte und Gestalt des deutschen Markenschutzes im 19. Jahrhundert, Erster Teil: Entfaltung, 1977; ders., Der Weg zum gesetzlichen Schutz des geistigen und gewerblichen Schaffens – Die deutsche Entwicklung im 19. Jahrhundert, FS Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland, Bd. I, 1991, S. 93.

<sup>12</sup> Hoeren, Urheberrecht 2000 – Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, 3 ff.

### a) Die Ausweitung des Schutzzumfangs

Da ist zunächst einmal die enorme Ausweitung des Schutzes urheberrechtlicher Art. Wer hätte damit gerechnet, dass wir Programmierzeilen auf eine Stufe stellen mit Günter Grass und Heinrich Böll<sup>13</sup>? Genau das ist geschehen, es steht in unserem Urheberrechtsgesetz. Bedingt durch europäische Entwicklungen ist nunmehr jedwede Software, egal wie trivial und banal sie ist, geschützt, bis 70 Jahre nach Tod des Urhebers. Das ist eine radikale Entscheidung, die auch für fatale Auswirkungen der Softwareindustrie sorgt. Programmierer sind nun Literaten, Schöpfer, Kreative.

Wir schützen auch neuerdings Datenbanken mit einem eigenen urheberrechtlichen Investitionsschutz<sup>14</sup>. Jede Sammlung von Informationsmaterial ist geschützt, und zwar auch schon dann, wenn sie gar nicht originell ist, sondern wenn ein nicht unerheblicher Aufwand an Zeit, Kosten und Mühen sich dahinter verbirgt. Unter dieser Prämisse schützen wir jetzt im Urheberrecht die Sammlung von Zolltarifen, Briefmarkensammlungen, Musik-Charts, die Sammlung von Gedichttitellisten, alles das ist mit einem Monopolrecht versehen.

Aber nicht genug mit diesen Sonderrechten. Wir gewähren neuerdings Urheberrechte für eigenartige Dinge, z.B. für den Tripp Trapp Kinderhochstuhl<sup>15</sup>. Das OLG Hamburg und auch letztlich der BGH sind begeistert von der wunderbaren, verblüffenden, einfachen, ungewöhnlichen, ansprechenden Gestalt dieses Stuhls und haben ihn urheberrechtlich geschützt. Sie sehen hier die Tendenz, die Schutzhöhe deutlich herabzusetzen. Der BGH war z.B. begeistert von Lärmschutzwänden und deren optischer Gestaltung<sup>16</sup>. Die Gerichte haben sich

begeistert z.B. über röhrende Hirsche auf Rücken<sup>17</sup>. Damit ist die Perversität aber noch nicht zu Ende. Wir haben schon sehr früh jedwedes Foto geschützt<sup>18</sup>. Als man damals die Fotografen vor hundert Jahren hatte, wusste der Gesetzgeber nicht, wie er mit ihnen umgehen sollte. Da waren eigenartige Menschen mit einem schwarzen Tuch und grossen Grossbildkameras, die ja letztendlich nur die Wirklichkeit abbildeten. Konnte man für so etwas einen Urheberrechtsschutz geben? Der Gesetzgeber hat in seiner Not gesagt: «Wisst Ihr was, dann machen wir das so, jedes Foto ist geschützt.» Schnappschüsse von Mutter auf Mallorca geniessen einen Urheberrechtsschutz, wir stellen keine Fragen mehr nach Originalität.

### b) Ausdehnung der Schutzfristen

Damit aber nicht genug. Die Schutzfristen wurden enorm verlängert. Ich hatte Ihnen gesagt, Queen Anne hatte eine Schutzdauer vorgesehen von 14 Jahren ab Veröffentlichung – aus guten Gründen. Denken Sie an die US-Verfassung, «only for a limited time», das Urheberrecht sollte aus sozialen Gründen beschränkt sein. In Deutschland hat man auch harmlos angefangen. Der Schutz sollte gehen bis 10 Jahre nach Tod der Autoren, das wurde 1870 verlängert auf 30 Jahre nach Tod der Autoren, 1934 auf 50 Jahre nach Tod der Autoren und 1965 auf 70 Jahre nach Tod der Autoren<sup>19</sup>. Das ist sehr lang und führt jetzt dazu, dass Sie beim Absingen von «Happy birthday to you» in einer Münchner Kneipe kleine Probleme mit Verwertungsgesellschaften bekommen, denn das Lied ist noch urheberrechtlich geschützt<sup>20</sup>. Es ist nicht so, dass das Problem der Schutzfristen in den letzten Jahrhunderten nicht gesehen worden

wäre. 1774 gab es eine berühmte Klage im britischen House of Lords gegen die Verlängerung von Schutzfristen, die nur deshalb gescheitert ist, weil die Richter des House of Lords sagten: «Wir haben überhaupt gar keine Metaregel zu Schutzfristen. Wie sollen wir denn entscheiden, ob 50 Jahre, 70 Jahre, was auch immer, fair oder nicht fair ist»<sup>21</sup>. Das Ganze kam dann noch einmal 200 Jahre später in den USA mit dem legendären Sonny Bono Extension Act auf<sup>22</sup>. Dort ging es um das Problem, dass die Schutzrechte für Mickey Mouse auszulaufen drohten. Durch geschicktes und aggressives Lobbying des Disney-Konzerns wurde

<sup>13</sup> Dazu *Zscherpe*, Urheberrechtsschutz digitalisierter Werke im Internet, MMR 1998, 404.

<sup>14</sup> *Ehmann*: Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft der Rechtsinhaber – Zugleich Besprechung von BGH «Gedichttitelliste I und II» GRUR 2008, 474.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 14.5.2009 – I ZR 98/06, NJW 2009, 3722.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 12.5.2010 – I ZR 209/07, GRUR 2011, 59.

<sup>17</sup> LG Leipzig, Urteil vom 23.10.2001 – 5 O 5288/01, NJW-RR 2002, 619.

<sup>18</sup> Dazu *Büchner*, Schutz von Computerbildern als Lichtbild(werk), ZUM 2011, 549.

<sup>19</sup> *Sättler*, Das Urheberrecht nach dem Tode des Urhebers in Deutschland und Frankreich, Göttingen 2010.

<sup>20</sup> Dazu *Hoeren*, Happy Birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: Berger u.a. (Hg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, 357–372.

<sup>21</sup> [1774] 4 Burr 2408.

<sup>22</sup> 17 U.S.C. A. § 302(a). Dazu *Haggerty*, The Constitutionality of the Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998, 70 U.Cin.L.Rev. 651, 692 (2002); *Martin*, The Mythology of the Public Domain: Exploring the Myths Behind Attacks on the Duration of Copyright Protection, 36 Loy.L.A.L.Rev. 253, 272–275 (2002).

die Schutzdauer von 28 Jahren einfach auf 70 Jahre nach Tod des Urhebers verlängert. Und auf den heftigen Protest vieler US-Bürger konnte Richterin Ginsburg vom US Supreme Court nur eins sagen: «Wir haben keine Metaregeln, die uns sagen, was eine gute Schutzdauer ist und deshalb müssen wir dem Gesetzgeber diese lange Frist geben»<sup>23</sup>. Wenn Sie denken, das sind nur extreme Fälle, dann müssen Sie wissen, dass jetzt in Brüs-

sel wieder über eine absurde Verlängerung nachgedacht wird. Denn die Tonträgerhersteller, also schlichtweg die Musikhersteller, möchten auch noch einmal ihre Schutzdauer verlängert haben, von 50 Jahren, die sie haben, auf 70 Jahre<sup>24</sup>.

#### c) Das Rechte-Buyout-Problem

Wir haben öfters die Situation, dass sich die grossen Verwerter, also sowohl Verleger wie auch andere Verwerter, verstecken hinter den Kreativen. Es wird in der Presse und der Politik von Kreativwirtschaft gesprochen und von den Belangen der Kreativen. In Wahrheit geht es in diesen Diskussionen nicht um die Kreativen. Denn diese treten ja ihre Rechte in Rechte-Buyout-Verträgen meist an die Verwerter ab<sup>25</sup>. Das führt dazu, um ein Beispiel zu geben, dass ein Medizinprofessor für die Veröffentlichung eines 15-Seiten-Beitrag 80 000 US\$ bezahlen muss. Um den Text aber lesen zu können, muss der Professor die Zeitschrift kaufen, die kostet sinnigerweise pro Jahr 50 000 US\$<sup>26</sup>. Der Autor gibt seine Rechte komplett ab und muss sie selbst sozusagen wiederkaufen für teure Staatsgelder und Staatsfinanzen – Rechte-Buyout. Ähnliches findet sich in der Filmindustrie. In der Dokumentarfilmszene fahren viele Regisseure Taxi, um ihr Leben zu finanzieren. Nicht dass deren Filme schlecht sind, sie werden bei ZDF und Arte ausgestrahlt – aber man hat ihnen im Kleingedruckten des Vertrages mit einem Federstrich alle Rechte entzogen.

Seit einigen Jahren steht zum Schutz der ohnmächtigen Urhebers der Grundsatz der angemessenen Vergütung im Gesetz<sup>27</sup>. Aber das war ein Bumerang, der nach hinten losging, wie es bei Bumerangs so üblich ist. Es

steht zwar jetzt im Gesetz, jeder Kreative habe einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Aber Thomas von Aquin hat schon davor gewarnt, juristisch einen *iustum pretium*, einen gerechten Preis festlegen zu wollen. Wir können es nicht<sup>28</sup>.

#### d) Schranken

Die Schranken sind auch ein Problem geworden. Wenn immer mehr urheberrechtlich geschützt wird und wenn immer mehr Rechte dafür gewährt werden, müssten doch wenigstens auch die Schranken angepasst werden, zu Gunsten der Allgemeinheit. Da müsste dann eben auch ausgleichend mehr Freiheit für die Allgemeinheit da sein<sup>29</sup>. Weit gefehlt, genau umgekehrt: Wir haben zum Beispiel einen § 52a zu Gunsten der Wissenschaft, für kleine Texte zur Nutzung in virtuellen Seminarapparaten. Ein Professor der Fernuniversität Hagen hatte ca. 100 Seiten eines Psychologie-Lehrbuchs in seinen virtuellen Seminarapparat nur für seine Studenten eingestellt. Jetzt überzieht man seine Universität seitens der Buchverleger mit einem Musterprozess, weil das eben über die Schranke des § 52a hinausgehen soll<sup>30</sup>. Ähnlich pervers ist § 52b, eine Vorschrift über elektronische Lesegeräte. Durch diese neue Vorschrift kann ein Student in die Universitätsbibliothek gehen und sich an einen elektronischen Leseplatz setzen. Aber er darf das Buch nur lesen, wenn die Universität das Buch auch körperlich gekauft hat. Die Universität darf nur so viele Leseplätze haben wie Bücher gekauft worden sind. An diesem Leseplatz darf man nichts ausdrucken, sondern zum Ausdrucken muss man sich wieder das Buch holen und das Buch wieder auf den alten Xerox-Kopierer legen<sup>31</sup>.

<sup>23</sup> Supreme Court *Eldred v. Ashcroft*, 537 US 186, 208 (2003); vgl. *Kur: USA - Supreme Court* verwirft Klage wegen Verfassungswidrigkeit des *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* GRUR Int 2003, 190.

<sup>24</sup> Dazu u.a. *Kreile*, Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zur Schutzfristenverlängerung für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller aus Sicht der Filmhersteller, ZUM 2009, 113.

<sup>25</sup> Zum AGB-rechtlichen Problem *Castendyk*, Lizenzverträge und AGB-Recht, ZUM 2007, 169. Ein Lichtblick sind Urteile wie des OLG Hamburg vom 1.6.2011 – 5 U 113/09, GRUR-RR 2011, 293 (nach dem Vortrag ergangen).

<sup>26</sup> Dazu die grundlegende Kritik bei *Hilty*: Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int 2006, 179.

<sup>27</sup> *Schippan*. Auf dem Prüfstand: Die Honorar- und Nutzungsrechtsregelungen zwischen Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen und ihren freien Mitarbeitern, ZUM 2010, 782.

<sup>28</sup> Dazu Hoeren, Auf der Suche nach dem «*iustum pretium*». Der gesetzliche Vergütungsanspruch im Urhebervertragsrecht, in: MMR 2000, 449–450.

<sup>29</sup> *Hilty*, Vergütungssystem und Schrankenregelungen – Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 819.

<sup>30</sup> Nach dem Vortrag erschienen ist dazu das Urteil des LG Stuttgart vom 27. September 2011, Az. 17 O 671/10.

<sup>31</sup> LG Frankfurt a.M.: Urteil vom 16.03.2011 – 2-06 O 378/10, 2-6 O 378/10.

### 3. Der Kollaps des Urheberrechts

Der dritte Teil des Befundes wird noch schlimmer. Wir werden in den nächsten Jahren einen Kollaps des Urheberrechts erleben, eine Art Hypertrophie. Das ganze System bricht in sich zusammen<sup>32</sup>.

#### a) Ausdehnung der Leistungsschutzrechte

Der Zusammenbruch ist zunächst einmal bedingt durch die Ausdehnung der Leistungsschutzrechte<sup>33</sup>. Die Leistungsschutzrechte waren – wie erwähnt – für Hilfspersonal erfunden worden. Doch das Hilfspersonal zieht heutzutage nicht nur alle wirtschaftlichen Rechte durch Buyout-Verträge an sich. Es will auch eigene Leistungsschutzrechte ausdehnen. Das hat zum Beispiel die Rapperin Sabrina Setlur spüren müssen. Als sie auf die Idee kam, von der Gruppe Kraftwerk eine ganz kleine Musiksequenz zu verwenden, wurde sie wegen dieses Sound Sampling verklagt. Verklagt wurde sie nicht von den Urhebern, denn kleine Mikrosekunden von Musik sind urheberrechtlich nicht schutzfähig, sondern von den Tonträgerherstellern. Die Frage war, wieso soll ein Tonträgerhersteller mehr Rechte haben als der Urheber? Wenn etwas urheberrechtlich nicht geschützt ist, müsste es eigentlich frei nutzbar sein. Doch der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass Tonträgerhersteller selbst bei der Übernahme kleinster Musikketten klagen können<sup>34</sup>.

Ähnlich problematisch ist das Leistungsschutzrecht für Verleger<sup>35</sup>. Verleger haben ein Problem: Alle möglichen Varianten von Hilfspersonal haben Leistungsschutzrechte, Tonträgerhersteller, Filmproduzenten, Sendeanstalten – nur Verleger nicht. Tucholsky

hat mal gesagt, Verleger sind Schmeißfliegen, wahrscheinlich hat es der Gesetzgeber auch so gesehen. Aber nun wollen die Zeitungsverleger für jede redaktionell technische Festlegung eines Zeitungsbeitrags ein Leistungsschutzrecht für 50 Jahre. Es geht hier vordringlich um Internet-Inhalte. Allein, weil Verleger eine redaktionelle Gestaltung von Inhalten initiieren, soll ihnen dies ein Monopolrecht für 50 Jahre an diesen Inhalten geben. Mit diesem Leistungsschutzrecht ändert sich das Urheberrecht fundamental. Es war einmal ein Kulturrecht für Kreative. Es wird nun zum reinen Wirtschaftsrecht für Verwerter.

#### b) Urheberpersönlichkeitsrechte

Das Urheberrecht basiert auf dem Konzept einer Persönlichkeit. Wir haben den persönlichen Schöpfer, den berühmten Spitzweg-Künstler, der alleine in seinem Zimmerchen sitzt und Bücher schreibt. Dieses Leitbild ist Geschichte. Spätestens seit Marcel Duchamp und dem Urinal gibt es keine Person mehr, erleben wir immer mehr Kunst, bei der der Autor, die Person verschwindet. Roland Barthes hat dies einmal als den Tod des Autors beschrieben<sup>36</sup>. Und gerade das Internet, das Digitalzeitalter gibt Barthes recht. Im Software-Bereich gibt es keine einzelnen Autoren mehr, man hat Teams, die überall auf der Welt Open-Source programmieren, von Südkorea bis in die USA. Sie haben kooperative Netze, die auf einmal eine grössere Bedeutung gewinnen als die einzelnen Autoren<sup>37</sup>. Und es gibt computer-generated works, also Computer, die selbst kreieren und fantasievoll sind, Fraktale und Software schaffen<sup>38</sup>. Im Web 2.0 sind Nutzer nicht mehr Nutzer, sondern gleichzeitig auch Autoren von User Generated Content.

#### c) Code as Code

Lawrence Lessig, einer der berühmten Professoren in Harvard, hat das Phänomen Code as Code als erster entdeckt<sup>39</sup>. Die Industrie wollte Juristen überflüssig machen. Für die Wirtschaft sind Juristen nicht gut, weil die Durchsetzung von Recht an den Staatsgrenzen aufhört. Daher geht die Content-Industrie hin und lässt den Programmiercode an die Stelle der Kodifikation treten. Man bastelt sich die Welt, wie sie einem gefällt. Man

<sup>32</sup> Geller, Die Auflösung des Geistigen Eigentums, GRUR Int 2006, 273.

<sup>33</sup> Krause, Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter, ZUM 2011, 21.

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403.

<sup>35</sup> Dazu u.v.a. Michael Kauert, Das Leistungsschutzrecht des Verlegers, Berlin 2008; Frey: Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Überlegungen zur Struktur und zu den Auswirkungen auf die Kommunikation im Internet, MMR 2010, 291; Schweizer, Schutz der Leistungen von Presse und Journalisten, ZUM 2010, 7.

<sup>36</sup> Roland Barthes: Der Tod des Autors. In: Fotis Jannidis (Hrsg.): Texte zur Theorie der Autorschaft. Stuttgart 2000; ähnlich Michel Foucault: Was ist ein Autor? In: Michel Foucault (Hrsg.): Schriften zur Literatur. Frankfurt (Main) 2003.

<sup>37</sup> Marly, Das Verhältnis von Urheber- und Markenrecht bei Open Source Software, GRUR-RR 2010, 467 – xt:Commerce, GRUR-RR 2010, 457.

<sup>38</sup> Gervais, The Protection Under International Copyright Law of Works Created with or by Computers, IIC 1991, 628.

<sup>39</sup> Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, New York 1999; ders., Code und andere Gesetze des Cyberspace, Berlin 2001; ders., Open Code and Open Societies: Values of Internet Governance, 74 Chicago-Kent Law Review 1405 (1999); Mayer-Schönberger, The Shape of Governance: Analyzing the World of Internet Regulation, 43 Virginia Journal of International Law 605 (2003); ders., Demystifying Lessig, 2008 Wisconsin Law Review 713 (2008).

- <sup>40</sup> *Ottolia*: Preserving Users' Rights in DRM: Dealing with «Juridical Particularism» in the Information Society IIC 2004, 491; *Schulz*: Der Bedeutungswandel des Urheberrechts durch Digital Rights Management - Paradigmenwechsel im deutschen Urheberrecht?, GRUR 2006, 470.
- <sup>41</sup> *McGuire*: Kumulation und Doppelschutz - Ursachen und Folgen des Schutzes einer Leistung durch mehrere Schutzrechte GRUR 2011, 767; *Ohly*: Areas of Overlap Between Trade Mark Rights, Copyright and Design Rights in German Law - Report Prepared on Behalf of the German Association for the Protection of Intellectual Property (GRUR) by GRUR Int 2007, 704.
- <sup>42</sup> Eingetragen beim DPMA am 26.1.2011 als Wortmarke für den Komiker Mario Barth Reg.-Nr.: 3020100708204. Dazu *Lerach*: «... die TOOR macht weit» - Relevanz der Benutzungsmodalitäten für die Schutzfähigkeit sprachlicher Zeichen?, GRUR 2011, 872.
- <sup>43</sup> EuGH, Urteil vom 21.1.2010 - C-398/08 P (EuG).
- <sup>44</sup> BGH, Beschluss vom 27. April 2006 - I ZB 96/05, GRUR 2006, 850 - FUSSBALL WM 2006; BGH, Beschluss vom 27. April 2006 - I ZB 97/05 - WM 2006.
- <sup>45</sup> EuG, Urteil v. 17.12.2010 - T-336/08, GRUR 2011, 425 - Goldhase; *Berlit*: Schutz und Schutzzumfang von Warenformmarken am Beispiel des Schokoladen-Osterhasen, GRUR 2011, 369.
- <sup>46</sup> HABM WRP 1999, 681 - The Smell Of Fresh Cut Grass; s. dazu *Fezer*, WRP 1999, 575, 579; *Siekmann*, WRP 1999, 618; *Viefhues*, MarkenR 1999, 249; *Bender*, MarkenR 2000, 118, 119.
- <sup>47</sup> BGH, Urteil vom 23.1.2003 - I ZR 171/00, NJW 2003, 1869. Dazu *Schmidt-Horn*, Der Titel, der Urheber, das Werk und seine Schutzfrist, ZUM 2003, 462.
- <sup>48</sup> Grundlegend dazu *Gerd Hansen*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, Baden-Baden (Nomos) 2009; *Till Kreuzer*: Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen. Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel. Hamburger Baden-Baden 2008.
- <sup>49</sup> BVerfG, Beschluss vom 21.12.2010 - 1 BVR 506/09, GRUR 2010, 999.

programmiert das, was man will in den Code - seien es Regional Encoding Systems oder CSS<sup>40</sup>. Das bedeutet aber auch Freiheitsverlust. Wir hatten früher die gesetzliche Freiheit, zu privaten Zwecken Kopien machen zu dürfen. Diese Privatkopierfreiheit wird aber unterlaufen durch solche technisch wirksamen Sperren.

#### d) Die Grenzen zum Marken- und Patentrecht

Inzwischen lösen sich auch die Grenzen zwischen Urheberrecht, Markenrecht und Patentrecht auf<sup>41</sup>. Bisher haben wir geglaubt, dass es überhaupt keine Überschneidung zwischen den drei Gebieten geben kann. Aber man merkt es sehr schnell im Markenrecht. Im Markenrecht wird zurzeit alles Mögliche geschützt: «Nichts reimt sich auf Uschi»<sup>42</sup>, «Vorsprung durch Technik»<sup>43</sup>, »Fussball-WM»<sup>44</sup>, die Goldschleife eines Lindt-Osterhasen<sup>45</sup>, der nach Heu riechende Tennisball<sup>46</sup>. Das Markenrecht gilt auf ewig: Solange ich die Registrierungsgebühren bezahle, habe ich ein Never-Ending-Schutzrecht. Damit kann ich auch Dinge schützen, die schon längst aus dem Urheberrecht herausgefallen sind. So hatte der BGH einmal zu tun mit dem Begriff «Winnetous Rückkehr»<sup>47</sup>. Die urheberrechtlichen Schutzrechte waren abgelaufen. Trotzdem, sagte der BGH, können natürlich Markenrechte weiterbestehen.

Ähnliches gilt für das Patentrecht. Bisher haben wir z.B. nie einen Fall gekannt, wo etwas gleichzeitig patentrechtlich und urheberrechtlich geschützt ist. Jetzt haben wir die Software, die unter bestimmten Voraus-

setzungen gleichzeitig unter den Patentschutz fallen kann und urheberrechtlich geschützt ist.

#### 4. Der Befund und die Metaregeln

Das ist ein furchtbarer Befund. Die ganze Problematik hat m.E. damit zu tun, dass wir keine Metaregeln haben. Wie soll denn eine gerechte Wissensordnung aussehen? Diese Frage kann nicht aus dem allgemeinen Recht selbst heraus gelöst werden. Wir brauchen Metawissen, ein Instrument, das Informationsgerechtigkeit konturiert und sagt, was informationsgerechte Wissensverteilung angeht<sup>48</sup>. Dazu haben wir drei Tools.

##### a) Wissensordnung und Verfassungsrecht

Immer wenn Juristen nichts einfällt, greifen sie zum Verfassungsrecht. Das Verfassungsrecht ist ein klassisches Metasystem. So sagt das Bundesverfassungsgericht Ende 2010 gegen den Bundesgerichtshof, zu den konstituierenden Merkmalen des Urheberrechts gehöre das Eigentum im Sinne der Verfassung<sup>49</sup>. Ferner sagt das Verfassungsgericht in dem Grundsatzentscheid *Germania 3* den legendären Satz: «Dabei ist grundsätzlich zu beachten, dass mit der Veröffentlichung ein Werk nicht mehr allein seinem Inhaber zur Verfügung steht. Es tritt bestimmungsgemäss in den gesellschaftlichen Raum und kann damit zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmenden Faktor werden»<sup>50</sup>.

Hier zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen Eigentum auf der einen Seite und auf der anderen Seite Informationsfreiheit und den Bedürfnissen der Kultur, so wie sie im Grund-

<sup>50</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.6.2000 1 BvR 825/98, NJW 2001, 598.

gesetz geschützt sind. Das ist schön erkannt. Aber wie bekomme ich die beiden jetzt zusammen? Da hilft uns leider das Bundesverfassungsgericht nicht. Es kommt stattdessen der Satz von der praktischen Konkordanz: «Beide Schutzgüter müssen zu einer möglichst optimalen Entfaltung gebracht werden im Wege der praktischen Konkordanz»<sup>51</sup>. Dann lernt man noch, dass es dabei einen grossen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gibt. Damit hören wir auch schon mit dem Verfassungsrecht auf, denn mehr können wir aus dieser Diskussion nicht herausziehen.

#### b) Ökonomische Analyse

Der zweite Weg kommt aus den USA, nämlich die ökonomische Analyse des Urheberrechts<sup>52</sup>. Es war klar, dass die Amerikaner auf diese Idee kommen. Denn es steht ja an ihrer Verfassung, dass das Urheberrecht sein müsse «to the benefit of the society». Damit war klar, dass die Amerikaner in den 60er-Jahren anfangen, sich der Frage zu stellen: Wieviel Urheberrecht, wieviel Wissensmonopole verträgt eine Gesellschaft eigentlich? Wann verliert das Urheberrecht seine Effizienz? Dietmar Harhoff, ein berühmter Münchener Kollege aus dem Bereich Innovationsforschung, hat mit vollen Zahlenmodellen nachgerechnet, dass das Urheberrecht viel zu lang geht und damit innovationshemmend ist<sup>53</sup>. Es ist nicht so, dass automatisch mit jedem angeblichen geistigen Eigentum Anreize für Innovation verbunden sind. Kein Mensch ist ja letztendlich kreativ, nur weil er weiss, dass 70 Jahre nach seinem Tod noch das Urheberrecht läuft. Wir sind eigentlich auch kreativ aus uns selbst heraus, ohne dass wir solche ökonomischen Inputs brauchen. Noch schlimmer sind

die Erkenntnisse, die Yochai Benkler in Harvard entdeckt hat<sup>54</sup>. Er weist als Ökonom darauf hin, dass diese ganzen Rechte, Urheberrecht, Patentrecht, Markenrecht, aus der Sicht der ökonomischen Analyse Monopole sind. Das führt zwangsläufig auch zu einer unerwünschten Zentralisierung von Informationsprodukten. Dementsprechend schlägt sich der Europäische Gerichtshof schon seit Jahren mit der Frage herum, ob man nicht aus dem Kartellrecht Grenzen für das Urheberrecht ableiten kann. In den USA entdeckte man die *tragedy of the anti-commons*<sup>55</sup>: Wenn ich sozusagen Güter aus dem öffentlichen Bereich herausziehe, führt das dazu, dass zahlreiche Verfügungsrechte von Rechteinhabern bestehen und eine effiziente Nutzung von kreativen Inhalten nur deshalb scheitert, weil niemand mehr weiss, wem gehören die Rechte. Wenn wir etwa ein Leistungsschutzrecht für Verleger haben, würde es äusserst kompliziert festzustellen, wer ist denn jetzt wann, wo, wie der wahre Inhaber der verschiedensten beteiligten Rechte in diesem ganzen Rechtechaos.

Das klingt also alles sehr interessant, aber auch die ökonomische Analyse hilft uns nicht weiter<sup>56</sup>. Denn sie ist eben nur eine ökonomische Analyse. Ökonomisch heisst, sie ist gut für die Analyse empirischer Strukturen, aber sie hat gar kein normatives Modell ausser in der Effizienz, die streng volkswirtschaftlich ausgerichtet ist. Sie versteht auch das Urheberrecht nach kontinentaleuropäischem Verständnis nicht, das eben auch Urheberpersönlichkeitsrechte beinhaltet.

#### c) Informationsethik

Wir können aus der Ökonomie, wir können aus dem Verfassungsrecht nicht genug ableiten, wir brauchen

eine ethische Analyse für die Fragestellung. Da gibt es nun zwei Konzepte.

#### aa) Das Konzept des geistigen Eigentums

Das Konzept des geistigen Eigentums<sup>57</sup> stammt aus der preussischen Diskussion um 1830, als man der Bevölkerung klarmachen musste, warum Preussen unbedingt ein Urheberrecht braucht. Da war es plakativ einfach zu sagen, Urheberrecht sei so eine Art Eigentum. Das kann gar kein Eigentum sein, zum Glück, denn das Urheberrecht ist ja zeitlich begrenzt, das passt überhaupt nicht zum Eigentum. Wir haben viele Schranken dabei, also

<sup>51</sup> Dazu *Leistner, Hansen*: Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter - Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbemühungen, GRUR 2008, 479.

<sup>52</sup> Dazu *Stiglitz*, *Economic Foundations of Intellectual Property Rights*, 57 *Duke LJ* 1693 (2008).

<sup>53</sup> *Harhoff/Engel/Möschel*, Patentschutz und Innovation, Gutachten Nr. 1/07 des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. Dazu auch *Dreyfuss/Zimmermann/First*, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, 2001, *Suthersanen/Dutfield/Chow*, *Innovation Without Patents*, 2007.

<sup>54</sup> *Benkler*, *Organization of Information Production*, 22 *Intern. Rev. L. & Econ.* 81 (2002) 369 (2002); *ders.*, «Sharing Nicely»: On shareable goods and the emergence of sharing as a modality of economic production, 114 *Yale LJ* 273 (2004); *ders.*, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, 2006.

<sup>55</sup> *Heller*, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 *Harv. L.Rev.* 621 (1998).

<sup>56</sup> *Bechtold*: Zur rechtsökonomischen Analyse im Immaterialgüterrecht, GRUR Int 2008, 484

<sup>57</sup> *Gieseke*, *Vom Privileg zum Urheberrecht*, Göttingen 1995, S. 157 ff m.w.N.

es mag verfassungsrechtlich als Eigentum geschützt sein. Man mag es vielleicht auch ins Englische übersetzen mit *Intellectual property*. Aber mit Eigentum hat das nichts zu tun.

*bb) Information wants to be free*

Dann kommt der legendäre Satz von Stewart Brand bei der Hacker-Konferenz 1984: «Information wants to be free»<sup>58</sup>. Ich halte den Satz für wenig hilfreich. Information will gar nichts. Information kann überhaupt nichts wollen. Vielleicht mag Stewart Brand etwas wollen, aber Information will nicht. Das andere Problem ist, dass der Satz gegen das kantische Prinzip des Sein-Sollen-Dualismus verstößt. Selbst wenn Information empirisch frei

sein will, heisst das nicht, dass sie normativ frei sein soll. Das sind die beiden Ebenen, die man immer nach Kant auseinanderhalten soll. Aus einem reinen Sein kann ich kein Sollen ableiten. Es muss noch ein zusätzlicher Satz her, der sagt, dass irgendetwas sein soll. Also kann der Satz nicht richtig sein.

*cc) Informationsfreiheit als regulative Idee*

Vielleicht kann man den Satz von Brand im Sinne Kants als regulative Idee verstehen<sup>59</sup>. Ich habe ansonsten noch keine andere Rechtfertigung für den Satz gefunden, dass Wissen von der Grundanlage frei zu sein hat. Wir stehen auf den Schultern von Riesen, unser Wissen kommt woanders her. Es wäre gefährlich für eine Gesellschaft, wenn wir einen Grundsatz hätten, der heisst: *Every Information wants to be paid*. Das heisst aber nicht, dass wir kein Urheberrecht brauchen. Wir brauchen Urheberrecht, wir brauchen Patentrecht, aber als Ausnahmeerscheinungen<sup>60</sup>. Und Ausnahmen, das haben wir als Juristen immer gelernt, haben eine interessante Eigenschaft: Sie sind eng auszulegen und damit rechtfertigungsbedürftig. Wir können nur Monopolrechte bis 70 Jahre nach Tod des Urhebers im Urheberrecht geben, wenn es eine ganz klare Rechtfertigung für so ein weites Monopolrecht gibt<sup>61</sup>.

Dann müsste man aber auch fragen dürfen: Warum schützen wir ein so kurzlebiges Produkt wie Software eigentlich urheberrechtlich? Wem ist als Programmierer damit gedient zu wissen, dass er bis 70 Jahre nach sei-

nem Tod noch so einen weiten Schutz bekommt? Oder noch radikaler: Können wir nicht endlich dieses furchtbare Sonder-Fotorecht abschaffen, das so viele Menschen schon in Bedrängnis gebracht hat?

## 5. Epilog

Welche Aufgabe hat die Wissenschaft bei der ganzen Geschichte? Die Wissenschaft hat meines Erachtens im rechtspolitischen Alltagsgeschäft keine Aufgabe. Der «Kampf ums Recht» muss von den Lobbyisten, den Interessenvertretern, den betroffenen Kreisen/Ebenen ausgetragen werden. Die Wissenschaft kann nicht der Gesellschaft sagen: «So sieht die ideale Wissensordnung aus.» Wir können als Rechtsforscher auf grobe Fehler hinweisen und angeblichen Sinn dekonstruieren<sup>62</sup>. Und wir können als Wissenschaftler vor allem auf die Verfahrensungerechtigkeit mancher Diskussion hinweisen. In Anlehnung an Habermas und Apel muss diskurstheoretisch jeder das Recht und die Möglichkeit haben, fair und gleich seine Interessen zu artikulieren und sich einzumischen in diesen Kampf um das Informationsrecht. Und gerade da gibt es massive Missbräuche. Wo bleiben z.B. die Verbraucherschutzverbände im Urheberrecht? Wer vertritt überhaupt die Interessen der Nutzer? Die Frage des Urheberrechts ist kaum je ernsthaft Gegenstand von Verbraucherschutzpolitik gewesen. Insofern gibt es noch viel zu tun – will man nicht das Urheberrecht in die Hypertrophie, den Kollaps treiben.

<sup>58</sup> *Wagner, R. Polk*, Information wants to be free: intellectual property and the mythologies of control, <http://www.law.upenn.edu/fac/pwagner/wagner.control.pdf>.

<sup>59</sup> Im Weiteren seien aus Platzgründen nur noch einige Hinweise auf weitere Veröffentlichungen des Verfassers eingefügt, die die obigen Ideen vertiefen z.B. *Hoeren*, *Tractatus germanico-informaticus – Some fragmentary ideas on DRM and information law*, in: Arno R. Lodder, Alfred Meijboom, Dinant. L. Osterbaan (EDS), *IT Law – The Global Future*, NVVIR, 2006, 149–160.

<sup>60</sup> Weiter *Hoeren*, *Information als Gegenstand des Rechtsverkehrs – Prolegomena zu einer Theorie des Informationsrechts*, MMR–Beil. 1998, 6.

<sup>61</sup> *Hoeren*, *Urheberrecht 2000 – Thesen für eine Reform des Urheberrechts*, MMR 2000, 3–7.

<sup>62</sup> Dazu *Hoeren*, *Das Pferd frisst keinen Gurkensalat – Überlegungen zur Internet Governance*, NJW 2008, 2615.