

# Urheberrecht in der Wissensgesellschaft

Das klassische Zivilrecht, voran das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), ist geprägt vom Primat der Warenproduktion, entsprechend den ökonomischen Verhältnissen am Ende des 19. Jahrhunderts. Im Vordergrund steht folglich der Erwerb von Sachen im Sinne von § 90 BGB. Diese Sachen sind eigentumsfähig; sie können verkauft, vermietet, verarbeitet oder umgebildet werden. Kaum brauchbar ist das BGB aber für die Zuordnung

von Informationen, dem Grundstoff der modernen Informations- und Wissensgesellschaft.<sup>1</sup> Informationen sind als immaterielle Güter nicht eigentumsfähig. Eine Zuordnung von Rechten an Informationen wird zwar vom Bundesgerichtshof (BGH) über das Eigentum an Datenträger vorgenommen,

doch dieser Ansatz erweist sich angesichts der abnehmenden Bedeutung von Datenträgern als fragwürdig. Auch die Zuordnung über den Schutz von Informationen als „Betriebsgeheimnisse“ wird immer nebulöser, da die Grenzen zwischen geheimem und nicht geheimem Wissen immer fließender werden.

In dieser Situation kommt dem Immaterialgüterrecht besondere Bedeutung zu. Insbesondere das Urheberrecht ermöglicht eine klare Zuordnung von Rechten an Informationen, sofern deren Auswahl oder Anordnung eine persönlich-geistige Schöpfung beinhaltet. Damit ist zwar noch kein Ausschließlichkeitsrecht an der Information, aber ein Schutz von Informationssammlungen begründet. Jüngste Tendenzen, die auf eine Erweiterung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes hin-

auslaufen, sind kritisch zu beachten. So wird parallel zum urheberrechtlichen Schutz von Software auch die Möglichkeit eines erweiterten Schutzes über das Patentrecht diskutiert. Hinzu kommt das Markenrecht, das aufgrund seiner auf Ewigkeit angelegten Schutzrichtung die Schutzfristen des Urheberrechts unterlaufen kann.

Das deutsche Urheberrechtsgesetz (UrhG) stammt von 1965 und kann schon aufgrund seines Alters nicht auf das Internet bezogen sein. Daher müssen neuere Bestimmungen, insbesondere des internationalen Urheberrechts, ergänzend hinzugenommen werden. Dabei handelt es sich vor allem um den World Copyright Treaty (WCT) und den World Performers and Producers Rights Treaty (WPPT) sowie um die Richtlinie der EU zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (InfoSoc-Richtlinie). Beim WGT und beim WPPT handelt es sich um völkerrechtliche Verträge, die im Rahmen der World Intellectual Property Organization (WIPO) im Dezember 1996 ausgehandelt worden sind. Sie sehen ein weites Vervielfältigungsrecht und ein neues „right of making available to the public“ vor. Der WCT trat am 6. März 2002, der WPPT zum 30. Mai 2002 in Kraft.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Die Vorgaben dieser Verträge sind EU-einheitlich nach langwierigen Verhandlungen geringfügig verändert in der InfoSoc-Richtlinie umgesetzt worden.<sup>3</sup> In Deutschland erfolgte die Umsetzung mit Wirkung zum 13. September 2003.<sup>4</sup> Nach zwei Regierungsentwürfen war es wegen Bedenken des Bundesrates<sup>5</sup> zur

<sup>1</sup> Siehe zu diesem Themenbereich Jean Nicolas Druey, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich-Baden-Baden 1995, insbes. S. 77, sowie Helmut F. Spinner, Die Wissensordnung, Opladen 1994.

<sup>2</sup> Zur Implementierung siehe [www.ifpi.org/site-content/library/wipo-treaties-ratification-status.pdf](http://www.ifpi.org/site-content/library/wipo-treaties-ratification-status.pdf).

<sup>3</sup> Siehe dazu auch Thomas Hoeren in: Multimedia und Recht (MMR), 3 (2000), S. 515. Zur Gesetzgebungshistorie: [www.parlinkom.gva.at/pd/pm/XXII/I/his/000/100040.html](http://www.parlinkom.gva.at/pd/pm/XXII/I/his/000/100040.html). Unter [www.euro-copyrights.org](http://www.euro-copyrights.org) findet sich ein Überblick über die Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie in den EU-Mitgliedstaaten.

<sup>4</sup> Bundesgesetzblatt (BGBl), Nr. 46 vom 12. 9. 2003, S. 1774; Text: [www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/ent/11650.pdf](http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/ent/11650.pdf). In Österreich trat die Novelle zum 1. 7. 2003 in Kraft: <http://bgbl.wzo.at/pdf/2003a032.pdf>.

<sup>5</sup> Regierungsentwurf vom 16. 8. 2002, Bundesratsdrucksache (BR-Drs.) 684/02, und Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 6. 11. 2002, Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 15/38. Siehe die Unterrichtung

Angung des Vermittlungsausschusses gekommen. Noch offene Fragen, insbesondere bei der Ausgestaltung der Privatkopierfreiheit, werden jetzt im Rahmen eines „Zweiten Korbs“ diskutiert. Bis zum Juni 2004 haben elf Arbeitsgruppen unter Leitung des Bundesjustizministeriums (BMJ) über die Neuerungen beraten; ein erster Referentenentwurf existiert seit September 2004.<sup>6</sup> Kommt es zu Neuwahlen, ist unklar, ob und mit welchem Inhalt das Gesetz das Parlament passieren wird.

## Der Umgang mit dem Urheberrecht

Welche Positionen lassen sich beim Umgang mit dem Urheberrecht unter den Bedingungen der Informationsgesellschaft identifizieren? Da ist zuerst die traditionelle Auffassung, die Auffassung der Orthodoxie, stark vertreten in Frankreich. Auch in Deutschland finden sich zahlreiche Vertreter dieses Modells. Es geht vom Begriff des *geistigen Eigentums* aus; das Urheberrecht soll daher primär die Interessen des Urhebers schützen.

Die Redeweise vom geistigen Eigentum ist insofern auffällig, als bereits Ende des 19. Jahrhunderts darauf hingewiesen worden ist, wie unklar dieses Konzept ist. Denn das Urheberrecht besteht nicht nur aus eigentumsähnlichen Elementen, sondern auch aus starken persönlichkeitsrechtlichen Facetten. Die Parallele zwischen dem Eigentum an materiellen Dingen und dem an geistigen Inhalten verkennt die vielfältigen Verflechtungen und Interdependenzen, in denen das Urheberrecht in der Auseinandersetzung mit der Allgemeinheit steckt. Die Orthodoxie erklärt jedoch jede vereinbarte Schranke geistigen Eigentums zu einer Ausnahmeregelung gegenüber dem allgemeinen Grundsatz des Urheberrechtsschutzes und lehnt eine verfassungsrechtliche Verankerung der Schranken ab. Die amerikanische Juristin Jane Ginsburg erklärte mit großer Verve bei einer Tagung der Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI) in New York, dass die Privatkopierfreiheit keinerlei verfassungsrechtli-

des Bundestages durch den Bundesrat über die Gründe für die Anrufung des Vermittlungsausschusses (BT-Drs. 15/1066 vom 27. 5. 2003).

<sup>6</sup> Zusammenfassung der Ergebnisse unter [www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/707.pdf](http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/707.pdf); Referentenentwurf vom 27. 9. 2004, [www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/760.pdf](http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/760.pdf).

chen Hintergrund habe. Sie sei aus „mere pragmatism“ eingeführt worden. Die Konsequenz dieses Gedankens ist der Ansatz, dass Schranken jederzeit wieder abgeschafft werden können. Ein einfacher Federstrich des Gesetzgebers sei nötig, um – ohne Rekurs auf verfassungsrechtliche Zwänge – etwa die Privatkopierfreiheit aus dem UrhG zu verbannen. Eine weitere Konsequenz liegt auf der Hand: Natürlich sind die Schranken vertraglich abdingbar (d. h. durch eine freie Vereinbarung ersetzbar). Ausnahmen werden nur bei wenigen klar konturierten Fällen zugelassen, die sämtlich durch EU-Richtlinien vorgezeichnet worden sind.

Diesem traditionellen Modell steht ein anderes gegenüber, das insbesondere in den USA großen Zuspruch gefunden hat. Wie Artikel 1, Sect. 8 der US-Verfassung von 1787 betont, dient das Urheberrecht dem Wohl der Gesellschaft. Dahinter steckt das Leitbild, dass am Anfang der Grundsatz der *Informationsfreiheit* steht. Schon historisch sei das Urheberrecht ein Produkt der Neuzeit. Bis in das 18. Jahrhundert hinein seien Informationen als „common heritage of mankind“ angesehen worden. Das Urheberrecht sei insofern eine Ausnahmeregelung, und nicht die Schranken, sondern der Urheberrechtsschutz selbst sei eng auszulegen. Jede Ausdehnung und Erweiterung des Schutzes durch das Urheberrecht bedürfe der Rechtfertigung und sei nur in Ausnahmefällen zulässig.

Die Schranken hätten wiederum die Aufgabe, der Gesellschaft die informationelle Freiheit zurückzugeben, über die sie im ursprünglichen Zustand verfügt habe. Die Rechtsprechung könne daher durchaus Schranken über den Wortlaut hinaus erweitern und neue „erfinden“. Die Schranken des Urheberrechts seien sogar verfassungsrechtlich abgesichert, insbesondere vor dem Hintergrund der Informations- und Meinungsfreiheit. Sie stünden daher auch nicht jederzeit zur Disposition, und es sei nicht zulässig, durch vertragliche Regelungen die Schranken zu unterlaufen. Belgien beispielsweise hat sich in der Urheberrechtsszene profiliert, indem es alle Schranken zu zwingenden Rechtsbestimmungen erklärt hat.

Zwischen diesen beiden Extrempositionen – geistiges Eigentum vs. Informationsfreiheit – gibt es einen Mittelweg: Das Balance-

modell versteht das Urheberrecht allgemein und wertungsfrei als *Immaterialgüterrecht*. Versuche zum Schutz des geistigen Eigentums und der Bindung des Urheberrechts an die Interessen der Allgemeinheit sind gleichrangig. Keine der beiden Seiten, weder der Urheber noch der Nutzer, hat Priorität. Wie das Bundesverfassungsgericht (BVG) immer wieder betont hat, bedarf es einer solchen Balance zwischen dem Schutz des Urhebers und den verfassungsrechtlich gesicherten Interessen der Allgemeinheit. Diese erfordert praktische Konkordanz: Gesetzgeber und Rechtsprechung sind aufgefordert, beide Schutzgüter zur optimalen Entfaltung zu bringen. Daher ist nicht jede Schrankenbestimmung verfassungsrechtlich abgesichert, etwa die Zitatreiheit oder die Presseberichterstattung. Die einzelnen Schranken müssen auf ihren verfassungsrechtlichen Kern bezogen werden. Auch muss zwischen Urhebern und Verwertern unterschieden werden.

In Deutschland weist die Tendenz seit einigen Jahren in Richtung Balancemodell. So ging es in der Entscheidung des BVG vom 29. Juni 2000 in Sachen „*Germania 3 Gespenster am Toten Mann*“<sup>17</sup> nur vorübergehend um den Streit zwischen den Erben Bertolt Brechts und dem Verleger des Dramatikers Heiner Müller um die Grenzen des Zitatrechts. Das BVG ging weit über diese Spezialthematik hinaus: „(M)it der Veröffentlichung (steht) ein Werk nicht mehr allein seinem Inhaber zur Verfügung (...). Vielmehr tritt es bestimmungsgemäß in den gesellschaftlichen Raum und kann damit zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmenden Faktor werden. Es löst sich mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit und wird geistiges und kulturelles Allgemeingut (...). Diese gesellschaftliche Einbindung der Kunst ist damit gleichzeitig Wirkungsvoraussetzung für sie und Ursache dafür, dass die Künstler im gewissen Maß Eingriffe in ihre Urheberrechte durch andere Künstler als Teil der sich mit dem Kunstwerk auseinandersetzen Gesellschaft hinzunehmen haben. Zur Bestimmung des zulässigen Umfangs dieser Eingriffe dienen die Schrankenbestimmungen des Urheberrechts (§ 45 ff. UrhG), die ihrerseits wieder im Lichte der Kunstfreiheit auszulegen sind und einen Aus-

gleich zwischen den verschiedenen – auch verfassungsrechtlich – geschützten Interessen schaffen müssen.“

Ein weiterer Argumentationsstrang findet sich in zwei weiteren Rechtsfällen. In der Entscheidung über Kopienversanddienste<sup>18</sup> unter Bezugnahme auf die Sozialbindung des Eigentums hat der BGH aus Art. 9 der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (RBU) und entsprechenden Regelungen des Übereinkommens der Welthandelsorganisation über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPS) eine neue Schranke konturiert: „Der Schutz des Urheberrechts als geistiges Eigentum durch Art. 14 GG schließt zwar Schranken des Rechts aufgrund der Sozialpflichtigkeit des Eigentums nicht aus, verlangt aber auch, dass bei der inhaltlichen Auslegung des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe festgelegt werden, die eine der Natur der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (...). Beschränkungen des Nutzungsrechts im Hinblick auf das Allgemeinwohl müssen vom geregelten Sachbereich her geboten sein und dürfen nicht weiter gehen, als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient. Eine übermäßige, durch den sozialen Bezug des Urheberrechts nicht geforderte Einschränkung kann nicht mit Art. 14 Abs. 2 GG gerechtfertigt werden.“

Noch deutlicher wurde der BGH in der Entscheidung über elektronische Pressespiegel<sup>19</sup>. Er begrüßte es, „dass ein im Rahmen der Schrankenregelungen der §§ 45 ff. UrhG verwendeter Begriff in Folge technischer Fortentwicklungen veralten kann“. Dem müsse gegebenenfalls durch eine extensive Auslegung Rechnung getragen werden. Doch „sind neben den Interessen des Urhebers die durch die Schrankenbestimmung geschützten Interessen zu beachten und ihrem Gewicht entsprechend für die Auslegung der gesetzlichen Regelung heranzuziehen“. Der BGH begründete erstmals ausdrücklich eine „ausnahmsweise extensive Auslegung einer Schrankenbestimmung“.

<sup>17</sup> Vgl. GRUR, 101 (1999), S. 707.

<sup>18</sup> Vgl. Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP), (2002) 11, S. 1296. Zu elektronischen Pressespiegeln siehe auch weiter unten.

Zuletzt ist auf eine Entscheidung meines eigenen Senats, des Urheberrechtssenats beim Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf, hinzuweisen. Dieser hat sehr ausführlich geprüft, inwieweit wesentliche Grundgedanken des Urheberrechts vertraglich abdingbar seien. Anders als der BGH seinerzeit in der heute wohl veralteten Entscheidung über Honorarbedingungen beim NDR hat unser Senat bekräftigt, dass eine Abdingbarkeit bei individuellen Verträgen zwar weitgehend zu bejahen sei. Im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) aber seien Schrankenbestimmungen nicht einfach dispositiv (d. h. verfügbar). Vielmehr flössen sie in vollem Umfang in die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB ein, sodass die Schrankenbestimmungen demnach AGB-fest sind.

Es ist fraglich, ob das Balancemodell die zukünftige Diskussion beherrschen wird, denn zum einen sind die Modelle eins und zwei sehr solipsistisch auf sich bezogen und kämpfen mit Vehemenz gegen das jeweils andere. Die Diskussionen um *Open Source* und die Softwarepatentierungsrichtlinie zeigen, mit welcher Seriosität und manchmal auch fanatischer Energie beide Seiten gegeneinander vorgehen. Als Zweites wird Brüssel eine fatale Rolle spielen: Die InfoSoc-Richtlinie zeigt, wie unreflektiert und bestechlich die EU-Kommission das europäische Urheberrecht strukturiert hat. In der Richtlinie wird undifferenziert von „exceptions“ gesprochen. Man vermisst im gesamten Text auch nur einen Hauch von urheberrechtlicher Dogmatik, Reflexion oder Systematik, was die Schranken angeht. Es steht zu befürchten, dass Bemühungen um eine wissenschaftliche Klärung der Urheberrechtsfragen in Brüssel nicht gehört werden; die Kommission lässt sich offenbar lieber von der International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) bedienen. Diese Tendenz zeigt sich bei Art. 6 Abs. 4 der InfoSoc-Richtlinie: Die dortigen Regelungen zur Absicherung der Schranken gegenüber übermächtigen Digital Rights Management Systems (DRM) sind technisch so ineffizient, dass jede Diskussion angesichts der Übermacht von DRM obsolet zu werden droht.

## Internet und nationales Recht

Die Informationsindustrie ist ein international ausgerichteter Wirtschaftssektor. Infor-

mationen sind ihrer Natur nach ubiquitär; sie können ohne hohen Kostenaufwand reproduziert und in Bruchteilen von Sekunden über internationale Datennetze transferiert werden. Gerade Phänomene wie die Satellitenübertragung oder das Internet zeigen, dass nationale Grenzen keine besondere Bedeutung mehr haben. Es stellt sich die Frage, ob und wann das deutsche Urheberrecht bei Informationsprodukten überhaupt zur Anwendung kommt.

Das anwendbare Recht kann (scheinbar) vertraglich durch eine Rechtswahlklausel geregelt werden: Die Parteien vereinbaren die Anwendung einer bestimmten Urheberrechtsordnung auf ihre Rechtsbeziehungen. Nach Art. 27, 28 Einführungsgesetz zum BGB (EGBGB) unterliegt ein Vertrag vorrangig dem von den Parteien gewählten Recht. Das deutsche UrhG enthält jedoch zwingende Regelungen zu Gunsten des Urhebers, die durch eine Rechtswahlklausel nicht ausgehebelt werden können!<sup>10</sup> Hierzu zählen Urheberpersönlichkeitsrechte, der Zweckübertragungsgrundsatz, die Wirksamkeit der Einräumung von Nutzungsrechten nach § 31 IV UrhG, die Regelungen zur angemessenen Vergütung von Urhebern und zur weiteren Beteiligung bei einem besonders erfolgreichen Werk (§ 32 UrhG) sowie das Rückrecht wegen gewandelter Überzeugung (§ 41 UrhG). Ferner gilt eine Rechtswahlklausel von vornherein nicht für das Verfügungsgeschäft, also die rechtliche Beurteilung der Übertragung von Nutzungsrechten!<sup>11</sup> Das UrhG findet folglich auch dann Anwendung, wenn geschützte Inhalte, die auf einem Server im Ausland abgelegt sind, in Deutschland zugänglich gemacht werden!<sup>12</sup>

Darüber hinaus ist zu beachten, dass allein das gewählte Recht für die vertraglichen Rechtsbeziehungen entscheidend ist. So werden die häufig auftretenden deliktischen (d. h. schuldhaft gesetzwidrigen) Rechtsfragen nicht dem gewählten Vertragsstatut unter-

<sup>10</sup> Vgl. hierzu Thomas Hoeren/Dorothee Thum, Internet und IPR – Kollisionsrechtliche Anknüpfungen in internationalen Datennetzen, in: Robert Dietrich (Hrsg.), Beiträge zum Urheberrecht V, Wien 1997, S. 78–98.

<sup>11</sup> Siehe auch BGH, Urteil vom 2. 10. 1997, in: MMR, 1 (1998), S. 35.

<sup>12</sup> Vgl. LG Hamburg, Urteil vom 5. 9. 2003, 308 O 449/03.

<sup>17</sup> Vgl. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), 103 (2001), S. 194.

stellt, sondern nach dem Deliktstatut beurteilt. Wenngleich also umstritten ist, ob bei Urheberrechtsverletzungen auf die 1999 eingefügte Tatortregel des Art. 40 I EGBGB zurückgegriffen werden kann oder ob die Ausweichklausel des Art. 41 zur Anwendung gelangt,<sup>13</sup> gilt hier, dem geistigen Eigentum Rechnung tragend, nach allgemeiner Meinung, das Schutzlandprinzip.<sup>14</sup> Anwendbar ist demnach das Recht des Staates, für dessen Gebiet Schutz gesucht wird, die *lex loci protectionis*.<sup>15</sup> Nach ihr richten sich, anders als bei der Verletzung von Sacheigentum, bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten auch die kollisionsrechtlichen Vorfragen.<sup>16</sup> Hierzu zählen die Entstehung des Urheberrechts,<sup>17</sup> die erste Inhaberschaft am Urheberrecht und die Frage, ob und welche urheberrechtlichen Befugnisse übertragbar sind.<sup>18</sup>

Die Geltung des Schutzlandprinzips bereitet den Rechterevertoren im Internetbereich große Probleme. Diejenigen, die sich rechtmäßig verhalten wollen, müssen ihre Internetauftritte nach den Urheberrechtsordnungen all derjenigen Staaten ausrichten, in denen ihr Angebot abrufbar ist, da jeder dieser Staaten potenziell als Schutzland in Betracht kommt.<sup>19</sup> Damit würde aber jeder Internet-

auftritt zu einem rechtlich unmöglichen Unterfangen; denn zu einer effektiven Kontrolle seiner Rechtmäßigkeit müssten alle weltweit bekannten Urheberrechtsordnungen (technisch gesehen: alle Rechtsordnungen der Welt) berücksichtigt werden.

## Elektronische Pressespiegel

Unter dem Gesichtspunkt des freien Informationszugangs regelt § 49 UrhG den uneingeschränkten Zugriff auf Beiträge vor allem aus der Tagespresse. Erst die Rechtsprechung hat aus dieser Bestimmung die „Pressespiegelbestimmung“ gemacht.<sup>20</sup> Interessant ist vor allem der Bereich der elektronischen Pressespiegel. Nach § 49 UrhG ist die Vervielfältigung und Verbreitung einzelner Artikel aus Zeitungen in anderen „Zeitungen und Informationsblättern“ sowie deren öffentliche Wiedergabe zulässig, sofern die Artikel politische, wirtschaftliche oder religiöse Tagesfragen betreffen und nicht mit einem Rechtsvorbehalt versehen sind. Fraglich ist, ob bei der Erstellung einer Pressespiegeldatenbank, die beispielsweise in einem Großunternehmen genutzt wird, diese von § 49 UrhG umfasst wäre, denn es ist, wie erläutert, nur die Verbreitung von Informationsblättern gestattet, die dem Tagesinteresse dienen. Es erscheint aber nicht wahrscheinlich, dass elektronische Pressespiegel tatsächlich nur für einen Tag benutzt und dann vernichtet oder unabhängig von den jeweils anderen tagesaktuellen Pressespiegeln aufbewahrt werden. Vielmehr wird eine Datenbank entstehen, die jederzeit, mit Suchfunktionen versehen, verfügbar wäre. Das Erfordernis der „Tagesinteressen“ wäre damit nicht mehr gegeben.<sup>21</sup>

Beim übernehmenden Medium muss es sich ebenfalls um „Zeitungen und Informationsblätter“ handeln. Abwegig erscheint die teilweise vertretene Ansicht, dass auch der selektive Ausdruck von gesannten Zeitungsaufgaben unter § 49 UrhG falle.<sup>22</sup> Der Benutzer einer

<sup>13</sup> Gegen die Anwendung von § 49 Abs. 1 auf Pressespiegel vgl. Beiner, in: MMR, 2 (1999), S. 691, 695.

<sup>14</sup> Die Abgrenzung ist fließend, vgl. Georg Wallraf, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage, in: Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (AfM), 30 (2000), S. 23–29.

<sup>15</sup> So Horst Eidenmüller, Elektronischer Pressespiegel, in: Computer und Recht (CR), 7 (1992), S. 321, 323.

Datenbank stellt sich doch eben nicht sein eigenes „Informationsblatt“ zusammen; der Verteilung von Kopien an Dritte geht keine vorherige Zusammenfassung in einem zentralen Primärmedium voraus. Wie Ulrich Loewenheim zu Recht feststellt,<sup>23</sup> fehlt es bei solchen Informationsdatenbanken daran, dass der Betreiber von sich aus und im eigenen Interesse informieren will. Der BGH hat eine Anwendung des § 49 Abs. 1 UrhG auf elektronisch übermittelte Pressespiegel für möglich erachtet.<sup>24</sup> Entscheidend sei, dass der Pressespiegel nach Funktion und Nutzungspotenzial im Wesentlichen einem herkömmlichen Pressespiegel entspricht. Dies setze voraus, dass der elektronische Pressespiegel nur betriebs- oder behördenintern und nur in einer Form zugänglich gemacht wird, die sich im Falle der Speicherung nicht zur Volltextrecherche eigne.

Zeitungsverleger haben die Pressemonitor Deutschland GmbH & Co. KG (PMG) gegründet, die ihre Pressespiegelrechte bündeln soll. Die PMG bietet elektronische Artikel und/oder Lizenzen von derzeit 410 Quellen aus 128 Verlagen für die Erstellung elektronischer Pressespiegel an. Striprig war lange Zeit, ob diese Organisation nicht ihrerseits als Verwertungsgesellschaft anzusehen ist, sodass eine Erlaubnis des Deutschen Patent- und Markenamtes (DPMA) eingeholt werden müsste.<sup>25</sup> Das Problem hat sich dadurch entschärft, dass die PMG seit kurzem zusammen mit der Verwertungsgesellschaft (VG) Wort im Bereich der Pressespiegelverwertung tätig ist. Die Auswirkungen der BGH-Entscheidung auf die Pressemonitoraktivitäten sind noch unklar. Ebenso zu klären ist, inwieweit die Rechtsprechung mit den Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie kompatibel ist, die ausdrücklich keine Schranke zugunsten elektronischer Pressespiegel enthält.

<sup>23</sup> Vgl. Ulrich Loewenheim, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart 1994, S. 76.

<sup>24</sup> Urteil vom 11. 7. 2002; vgl. dazu MMR, 5 (2002), S. 739, mit Anm. Thomas Hoeren und Arthur Waldenberger; CR, 17 (2002), S. 827, mit Bespr. Niemann, S. 817; Recht der Datenverarbeitung (RDV), 18 (2002), S. 306.

<sup>25</sup> Siehe zu den Rechtsauseinandersetzungen Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 14. 3. 2002; vgl. dazu AfP, 32 (2002), S. 173 (nicht rkr.) zur Frage, ob und mit welchem Inhalt das DPMA über eine Untersagungsverfügung für Pressemonitore Pressemitteilungen herausgeben darf.

## Elektronische Seminarapparate

Eine Schrankenregelung zugunsten von Unterricht, Wissenschaft und Forschung sieht der 2003 eingeführte § 52a UrhG vor. Durch diese Regelung soll die Nutzung von Werken im Rahmen kleiner Forschungs- und Lehrintranets verbotsfrei und gegen Pauschalvergütung zulässig sein. Diese Vorschrift erlaubt das zustimmungsfreie öffentliche Zugänglichmachen veröffentlichter kleiner Teile eines Werks, von Werken geringen Umfangs sowie einzelner Zeitungs- und Zeitschriftenbeiträge zur Veranschaulichung im Schul- und Hochschulunterricht für einen „bestimmt abgegrenzten Kreis“ von Unterrichtsteilnehmern oder von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung.

Dabei muss die Zugänglichmachung zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt sein. Nach § 52a UrhG fallen Filmwerke erst zwei Jahre nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern unter diese Schranke. Auch die mit der öffentlichen Zugänglichmachung im Zusammenhang stehenden Vervielfältigungen (z. B. Drucken, Speichern) sind von der Regelung umfasst, es ist jedoch eine Vergütung an die jeweiligen Verwertungsgesellschaften zu entrichten. Während bei Unterrichtszwecken der abgegrenzte Personenkreis durch die Unterrichtsteilnehmer hinreichend bestimmt ist, fragt sich, was unter einem „bestimmt abgegrenzten Personenkreis“ bei der Zugänglichmachung für Forschungszwecke zu verstehen ist. Eine offene Forschergruppe mit wechselnden Mitgliedern wird nicht gemeint sein. Die Mitglieder müssen sich dem Personenkreis vielmehr eindeutig zuordnen lassen, z. B. als Mitarbeiter eines Forschungsinstituts oder verschiedener Einrichtungen, die in einem Team zusammenarbeiten.

Zugunsten des Personenkreises erlaubt die Vorschrift das Einstellen von urheberrechtlich geschützten Materialien in ein Newsboard oder eine Mailingliste. Dabei sind immer Quelle und Name des Urhebers anzugeben (§ 63 UrhG). Vorsicht ist geboten beim Einstellen ganzer oder wesentlicher Teile von Datenbanken (i. S. d. §§ 87a ff. UrhG) oder von Computerprogrammen (§§ 69a ff. UrhG). Diese Schutzgegenstände

unterliegen eigenen, sehr engen Schrankenregelungen; § 52a UrhG findet auf sie keine Anwendung.

Weitere Probleme bereitet die Filmauswertung im Rahmen von Intranets. Zu Unterrichts- und Forschungszwecken wird meist auf Dokumentarfilme zurückgegriffen. Bei diesem Genre fehlt es aber meist an der in § 52a vorausgesetzten „üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern“. Das Gesetz ist einseitig auf den Spielfilm bezogen. Insofern käme mangels Kinoauswertung eine Verwendung von Dokumentarfilmen im Rahmen von § 52a überhaupt nicht in Betracht. Denkbar ist allenfalls eine analoge Anwendung des Paragraphen auf die Fernsehauswertung oder die übliche Nutzung bei Filmfestivals; doch diese Auslegung geht über den (eng auszulegenden) Wortlaut der Vorschrift hinaus. Im Übrigen kann davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber die Besonderheiten des Dokumentarfilmmarktes nicht unbekannt waren, sodass es sich hierbei auch um eine bewusste Entscheidung zu Gunsten des Dokumentarfilms und gegen dessen Intranetverwendung handeln kann. Der § 52a UrhG soll nur befristet, bis Ende 2006 gelten. Eine solche Vorschrift mit Verfallsdatum ist ein gesetzgebungstechnisches Novum. Für Medienzentren an Universitäten ist es daher schwierig, diese Schranke wirklich zu nutzen, denn der Aufbau einer entsprechenden Intranetstruktur zieht sich naturgemäß über einige Jahre hin. Insofern könnte das „Geschenk an Forschung und Lehre“ gerade dann obsolet werden, wenn es am dringendsten benötigt wird.

Im Rahmen der Novellierung des UrhG beim Zweiten Korb<sup>126</sup> wird überlegt, einen neuen § 52b in das Gesetz aufzunehmen. Dieser soll die Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken regeln. Es soll zulässig sein, veröffentlichte Werke aus Bibliotheksbeständen in den Räumen öffentlich zugänglicher Bibliotheken an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen, soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen. Es dürfen dann allerdings nicht mehr Exemplare eines Werkes an den eingerichteten elektroni-

schen Leseplätzen gleichzeitig zugänglich gemacht werden, als der Bestand der Bibliothek umfasst. Für die Zugänglichmachung wäre eine angemessene Vergütung an eine Verwertungsgesellschaft zu zahlen. Dieser Regelungsvorschlag übernimmt Ideen aus der InfoSoc-Richtlinie. Allerdings wird von Bibliotheken und Wissenschaftsorganisationen die Enge der Vorschrift kritisiert. In der Tat ist die Beschränkung auf die im Bestand der Bibliothek befindlichen Exemplare kontraproduktiv, denn Sinn und Zweck eines elektronischen Lesezugriffs werden dadurch konterkariert.

## Privatkopien

Die Magna Charta der gesetzlichen Lizenzen findet sich in Form von § 53 UrhG, der weitgehend Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch auch ohne Zustimmung der Rechteinhaber zulässt. Kompensatorisch erhält der Urheber für den Rechteverlust einen Anspruch auf Vergütung (§§ 54, 54a UrhG), der seit 1985 hauptsächlich auf einen Anteil an der Geräte- und Leerkassettenabgabe gerichtet ist.<sup>127</sup> Nach § 53 UrhG ist es zulässig, einzelne Vervielfältigungstücke eines Werkes zum privaten Gebrauch herzustellen oder herstellen zu lassen. Bei der Übertragung von Werken auf Bild- und Tonträger sowie bei der Vervielfältigung von Werken der Bildenden Künste ist die Herstellung durch andere aber nur zulässig, wenn sie unentgeltlich erfolgt.

Jedermann kann sich im Internet via File Transfer Protocol (FTP) und unter Berufung auf privaten Gebrauch fremdes Material herunterladen und kopieren. Er kann sich auch von Bibliotheken und Dokumentationsstellen Material kopieren und via Internet zusenden lassen, vorausgesetzt, dass diese Herstellung von Kopien durch andere unentgeltlich geschieht. Anderes gilt jedoch für die Verwendung von Datenbankwerken und Datenbanken, da deren Vervielfältigung – selbst zum Laden in den Arbeitsspeicher und auch zum Privatgebrauch – genehmigungspflichtig ist.<sup>128</sup> Eine Differenzierung nach der verwendeten Technik (analog oder digital) findet

<sup>127</sup> Zur Vorgeschichte siehe Kreile, in: ZUM, (1985), S. 609; Melichar, in: ZUM, (1987), S. 51; Nordemann, in: GRUR, 87 (1985), S. 837.

<sup>128</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 22. 2. 2001; vgl. dazu ZUM, (2001), S. 512; MMR, 4 (2001), S. 533; CR, 16 (2001), S. 704, mit Anm. Dieselhorst.

nicht statt; die Privatkopierfreiheit umfasst auch digitale Kopien. Nicht erfasst hingegen ist die Erstellung von Kopien zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken. Auch können nach herrschender Auffassung<sup>129</sup> nur natürliche Personen in den Genuss der Regelung kommen; damit scheidet eine Berufung auf diese Vorschrift für betriebsinterne Zwecke eines Unternehmens aus.

Strittig ist, inwieweit das Kopieren von Werken nur zulässig ist, wenn eine erlaubterweise hergestellte Vervielfältigung als Vorlage benutzt worden ist. Im Zusammenhang mit der Internetaustauschbörse Napster<sup>130</sup> wurde zum Beispiel die Auffassung vertreten, dass dieses Kriterium nach dem Wortlaut des § 53 UrhG nicht vorausgesetzt sei.<sup>131</sup> Die Gesetzesbestimmung sah in ihrer alten Fassung keinen Hinweis darauf vor, dass die Vorlage für die Kopie ihrerseits rechtmäßig erstellt sein müsste. Dieses Schweigen wurde dahingehend interpretiert, dass die Nutzung von P2P(peer-to-peer)-Diensten wie Kazaa zu privaten Kopierzwecken urheberrechtlich zulässig ist. Dies störte bei der letzten Novellierung des Gesetzes den Bundesrat, der in seiner Entscheidung<sup>132</sup> die Reichweite der Privatkopierfreiheit auf Kopien von legal hergestellten Vorlagen beschränken will. Dieser Vorschlag wurde im Vermittlungsausschuss abgelehnt.

Erstaunlicherweise kam es in letzter Minute doch noch zu einer Änderung des § 53 Abs. 1 UrhG: So wurde kurzerhand verankert, dass die Privatkopierfreiheit ausnahmsweise nicht zum Tragen kommt, wenn zur Vervielfältigung „eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage“ verwendet wird. Der Begriff ist neu und unkonturiert. Es bleibt unklar, auf

<sup>129</sup> So am deutlichsten Norbert Flechsig, in: NJW, 38 (1985), 44 (1991), 47 (1994). Ähnlich auch Gerhard Schricker, Urheberrecht, Kommentar, München 1999, § 53 Rdnr. 7, mit weiteren Nachweisen.

<sup>130</sup> Siehe dazu A&M Records Inc v. Napster Inc, 114 F. Supp. 2d 896, in: GRUR Int., (2000), S. 1066, sowie die Entscheidung des US Court of Appeals for the Ninth Circuit vom 12. 2. 2001, in: GRUR Int., (2001), S. 355.

<sup>131</sup> So etwa Haimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Tübingen 2004<sup>2</sup>, Rdnr. 496; Mönkemöller, in: GRUR, 102 (2000), S. 663, 667 f.; anderer Ansicht Leupold/Demisch, in: ZUM, (2000), S. 379, 383 ff.; Ulrich Loewenheim, in: G. Britz u.a. (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafsens. Festschrift für Heinz Müller-Frietz, München 2001, S. 415 ff.

<sup>132</sup> BT-Drs. 15/1066 vom 27. 5. 2003, S. 2.

welche Rechtsordnung hinsichtlich der Feststellung einer „offensichtlichen Rechtswidrigkeit“ abzustellen ist. Insgesamt handelt es sich um einen Pyrrhussieg der Musikindustrie, denn vor der Novellierung konnte sie behaupten, dass die Privatkopierfreiheit eine rechtmäßige Vorlage voraussetze; jetzt ist dieser Einwand auf offensichtlich rechtswidrige Vorlagen beschränkt. Es sei darauf hingewiesen, dass P2P-Dienste nicht offensichtlich rechtswidrige Kanäle sind, sondern in vielfältiger Weise zu legalen Zwecken, etwa im Bereich der Wissenschaft, genutzt werden.

Weiter wird die Möglichkeit der Herstellung von Vervielfältigungen durch Dritte beibehalten, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um reprografische oder ähnliche Vervielfältigungen handelt. Die vorgeschlagene Regelung gewährleistet weiterhin, dass ein Versand von Kopien möglich bleibt. Als unentgeltlich im Sinne dieser Vorschrift sollen Vervielfältigungen auch dann anzusehen sein, wenn sie z. B. durch Bibliotheken gefertigt werden, die Gebühren oder Entgelte für die Ausleihe erheben, soweit die Kostendeckung nicht überschritten wird.

Die Reichweite von § 53 Abs. 1 UrhG wird aber durch die Neueinfügung des § 95b konterkariert. Sofern der Rechteinhaber technische Schutzmaßnahmen verwendet, sind öffentliche Multiplikatoren (wie z. B. Schulen oder Universitäten) geschützt, private Nutzer aber nicht. Aus dem Fehlen von § 53 Abs. 1 in § 95b Abs. 1 lässt sich also geschlossen, dass der Rechteinhaber nur technische Sperrmechanismen einsetzen muss, um § 53 Abs. 1 UrhG zu umgehen. Dieser „Trick“ ist unerträglich. Dass das BMJ einer solchen Strategie rechtlichen Schutz gewährt will, ist ein Zugeständnis an die Musikindustrie. Es ist bedenklich, dass die Privatkopierfreiheit in § 95b Abs. 1 nicht genannt wird.<sup>133</sup> Denn damit ist die Regelung des § 53 UrhG ein zahlloser Tiger. Die Industrie kann privaten Nutzern das, was § 53 Abs. 1 UrhG ihnen bietet, durch den Einsatz technischer Schutzmechanismen wieder nehmen. Das BMJ erklärt auch nicht, warum die in Art. 6 Abs. 4 der InfoSoc-Richtlinie bestehende Option zugunsten privater Nutzer nicht ausgeschöpft wird. Dieses Geschenk für

<sup>133</sup> So auch Holzappel/Brüggemann, in: MMR, 6 (2003), S. 767 ff. Siehe auch Thomas Hoeren, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Münster 2003.

die Musikindustrie geht an den verfassungsrechtlichen Vorgaben (Unverletzlichkeit der Wohnung; Informationsfreiheit) vorbei. Art. 6 Abs. 4 der InfoSoc-Richtlinie ist ein mühevoll errungener Kompromiss zu Gunsten privater Nutzer, der unbedingt der Umsetzung bedarf. Dem können nicht die Vorbehalte der Musikindustrie gegen die Gefahr des Hacking und unkontrollierten CD-Brennens entgegengehalten werden. Es bleiben hinreichende technische Möglichkeiten, die Zahl der Privatkopien technisch zu beschränken; im Übrigen erhält die Musikindustrie über die Geräte- und Leerkassettenabgabe eine nicht unbedeutliche Kompensation. Man könnte allenfalls darüber nachdenken, diese Kompensation zu erhöhen.

Die Schutzlücke kann auch nicht dadurch kompensiert werden, dass das Umgehen technischer Maßnahmen zum eigenen privaten Gebrauch strafrechtlich freigestellt wird (§ 108b Abs. 1). Denn zivilrechtliche Sanktionen bleiben bestehen und können für den Betroffenen sehr hart sein: Auch entsteht in der Öffentlichkeit der Eindruck, dass das Umgehen von Schutzmechanismen zur Erstellung privater Kopien strikt verboten sei, was aber angesichts der Regelung des § 53 Abs. 1 UrhG nicht zutrifft. Man fragt sich, worin der Unrechtsgehalt des Umgehens zu privaten Zwecken besteht, ist doch das Einfügen technischer Sperren in diesem Bereich das eigentliche Unrecht.

## Kopienversanddienste

In jüngster Zeit wurde um die Zulässigkeit von Kopierdiensten gerungen, die von größeren Bibliotheken und Unternehmen angeboten werden.<sup>14</sup> Der BGH hat in zwei Verfahren gegen kommerzielle Recherchedienste entschieden, dass das Angebot von Recherche und Erstellung von Kopien aus einer Hand nicht von den Schranken des Urheberrechts gedeckt sei. Die Klagen richteten sich jeweils gegen die CB-Infobank, die angeboten hatte, aus ihrem umfangreichen Pressearchive Recherchaufträge zu erfüllen und Kopien gleich mit anzufertigen. Dabei berief sie sich

<sup>14</sup> Diese Problematik ist der Hintergrund für das Gutachten, das Ulrich Loewenheim im Auftrag der Zeitungsverlegerverbände erstellt hat; siehe ders., Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart 1994.

in erster Linie auf § 53 Abs. 2 UrhG. Die Vorinstanzen hatten voneinander abweichende Urteile erlassen. Der BGH hat klargestellt, dass bei einem Recherche- und Kopierauftrag das UrhG nicht zur Anwendung komme, weil die Kopiertätigkeit der Informationsstelle nicht für den Auftraggeber, sondern in eigener Sache geschehe. Die Bank könne sich deshalb nicht auf eine Privilegierung berufen. Der Kunde andererseits, der sich auf die Schranke hätte berufen können, habe weder kopiert noch kopieren lassen.<sup>15</sup>

Bei öffentlichen Bibliotheken und sonstigen der Öffentlichkeit zugänglichen Einrichtungen unterscheidet sich die Rechtslage von der kommerzieller Informationsdienste. Dies gilt insbesondere, wenn auch die Recherche- und Auswahlleistung beim Besteller liegt. In einer spektakulären Grundsatzentscheidung<sup>16</sup> hat der BGH entschieden, dass solche Einrichtungen weder in das Vervielfältigungsrecht noch in das Verbreitungsrecht des Urhebers eingreifen, wenn sie auf eine Einzelbestellung hin Vervielfältigungen einzelner Zeitschriftenbeiträge anfertigen und im Wege des Post- oder Faxversandes übermitteln. In einem solchen Fall sei aber in rechtsanaloger Anwendung von §§ 27 Abs. 2 und 3, 49 Abs. 1, 54a Abs. 2 und 54h Abs. 1 UrhG ein Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung zuzuerkennen, der nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden könne. Die Anerkennung eines solchen Anspruchs sei angesichts der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung geboten, um den Anforderungen des Art. 9 RBÜ, der Art. 9 und 13 des TRIPS-Übereinkommens, der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG sowie dem urheberrechtlichen Beteiligungsgrundsatz Rechnung zu tragen. Vor diesem Hintergrund sei eine analoge Anwendung aller Regelungen im UrhG, in denen einem Rechte-

<sup>15</sup> Vgl. dazu Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM), (1992), S. 731, CB-Infobank I, sowie ebd., S. 738, CB-Infobank II. Ähnlich auch LG Frankfurt, Urteil vom 25. 10. 2001, vgl. dazu AfP, 31 (2001), S. 526; MMR, 5 (2002), S. 488 für elektronische Pressepiegel.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 25. 2. 1999 - 1 ZR 118/96, vgl. dazu Kommunikation & Recht (K&R), (1999), S. 413. Gegen das Urteil haben beide Parteien Verfassungsbeschwerden eingelegt. Vgl. auch die (gegenseitlichen) Anmerkungen zu diesem Urteil von Thomas Hoeren, in: MMR, 2 (1999), S. 665, und Ulrich Loewenheim, in: ZUM, 43 (1999), S. 574.

inhaber im Bereich der Schranken Vergütungsansprüche zugebilligt werden, geboten.

Ausführlich nimmt der BGH auf die Möglichkeiten des Internets und des Zugriffs auf Datenbanken (im Sinne von Onlinekatalogen und hinsichtlich der dadurch wesentlich erleichterten und erweiterten Recherchemethoden) Bezug. Offen bleibt, ob der BGH nur den Kopienversand per Post und Fax ausnehmen will oder ob die Entscheidungsgründe auch auf den Onlineversand (der nicht Gegenstand des Verfahrens war) übertragen werden können. Nach Auffassung des OLG Köln fällt ein Internetsuchdienst, durch den man Zeitungsartikel mittels Deep-Links auffinden kann, unter § 53 Abs. 2 UrhG.<sup>17</sup> Der Nutzer verwende den Suchdienst nur zum eigenen Gebrauch; daran ändere auch die Beteiligung des Betreibers des Suchdienstes nichts.

Im Rahmen der Novellierungsüberlegungen zum Zweiten Korb<sup>18</sup> soll die Zulässigkeit von Kopienversanddiensten geregelt werden. Nach § 53a des Entwurfs soll die Versendung im Wege des Post- oder Faxversandes durch öffentliche Bibliotheken zulässig sein, sofern sich der Besteller auf einen durch § 53 UrhG privilegierten Zweck berufen kann. Die Vervielfältigung und Verbreitung in sonstiger elektronischer Form wird auf grafische Dateien beschränkt. Eine solche Versendung kommt aber nur in Betracht, wenn die Beiträge von Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung erworben werden können. Mit diesen Beschränkungen hat sich der Kopienversand von öffentlichen Bibliotheken weitgehend erledigt.

## Technische Selbsthilfe

Die globale Verbreitung des Internets und die territoriale Anknüpfung des Urheberrechts stehen im Widerspruch zueinander; dieser führt in der Praxis zu erheblichen Irritationen. Die Probleme lassen sich nur eingeschränkt durch gesetzliche Ausnahmebestimmungen (*statutory licensing*) oder die Zwischenschaltung von Verwertungsgesellschaften (*collective licensing*) lösen. Auch das

<sup>17</sup> Urteil vom 27. 10. 2000; vgl. dazu K&R, (2001), S. 327, und NJW-Rechtsprechungs-Report, (2001), S. 904.

<sup>18</sup> Referentenentwurf (Anm. 26).

*single licensing* erweist sich als zeitraubender Lösungsansatz, muss doch mit jedem Rechteinhaber ein Vertrag geschlossen werden.

Es verwundert daher nicht, dass die Industrie zur Selbsthilfe übergeht: Mit *Code-as-code*-Verfahren wird der Programmiercode zur Kodifikation. An die Stelle gesetzlicher Vorgaben treten technische Standards, Kopierschutzmechanismen und Copyright-Management-Systeme (CMS). Hierzu zählen: *Dongles*, kleine Steckmodule, die zum Schutz vor unberechtigter Softwarenutzung auf den Parallelschnitt des Rechners angebracht werden und dadurch erst die Nutzung des Computerprogramms ermöglichen; RPS, das *Rights Protection System* der IFPI, ein System zur Sperrung des Zugriffs auf urheberrechtsverletzende Websites; *Regional Encoding Enhancements*, eine territorialbezogene Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten einer CD; das *Serial Copy Management System* (SCMS), das die Verwendung kopierter CDs verhindert.

Zum Bereich der technischen Selbsthilfe hat die EU eine Reihe von Regelungen erlassen. Zu bedenken sind zunächst die Bestimmungen in der Softwareschutzrichtlinie über den Schutz vor Umgehungsstools (Art. 7 Abs. 1 lit. c).<sup>19</sup> Hinzu kommt die Richtlinie 98/84/EG über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Daten und von Zugangskontrolldiensten.<sup>20</sup> Diese regelt nicht nur den Bereich des Pay-TV, sondern aller Zugangskontrolldienste (Art. 2 lit. a). Nach Art. 4 dieser Richtlinie müssen die Mitgliedsstaaten „illicit devices“ verbieten. Solche sind in Art. 2 lit. (e) definiert als „any equipment or software designed or adapted to give access to a protected service in an intelligible form without the authorisation of the service provider“. Die Richtlinie ist im März 2002 durch das Gesetz zum Schutz von zugangskontrollierten Diensten und Zugangskontrolldiensten (Zugangskontrolldiensteschutzgesetz/ZKDSG) in deutsches Recht umgesetzt worden.<sup>21</sup> Verboten ist danach die gewerbs-

<sup>19</sup> Siehe dazu vor allem Raubenheimer, in: CR, 9 (1994), S. 129ff.

<sup>20</sup> EU-Amtsblatt Nr. L 320/54 vom 28. 11. 1998.

<sup>21</sup> BGBl. 2002 I v. 22. 3. 2002, 1090ff. <http://117.160.60.235/BGBL/bgb11f/bgb1102019s1090.pdf>. Siehe dazu Bär/Hoffmann, in: MMR, (2002), S. 654ff., und ausführlich Christian Dressel/Hauke Scheffler (Hrsg.), Rechtsschutz gegen Dienstperipherie. Das ZKDSG in Recht und Praxis, München 2003.

mäßige Verbreitung von „Vorrichtungen“, die dazu bestimmt sind, den geschützten Zugang von Fernseh- und Radiosendungen sowie von Tele- und Mediendiensten zu überwinden.

Hinzu kommt die jüngst verabschiedete Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft. Die InfoSoc-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einem angemessenen Rechtsschutz gegen die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen durch eine Person, der bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass sie dieses Ziel verfolgt (Art. 6 Abs. 1). Allerdings ist ein solcher Schutz problematisch, wo die technischen Schutzsysteme gesetzliche Vorgaben unterminieren. Das ist zum Beispiel bei SCMS der Fall, sofern das gesetzlich erlaubte Erstellen privater Kopien technisch unmöglich gemacht wird. Ähnliches gilt für die *Regional Encoding Enhancements*, die mit dem Erschöpfungsgrundsatz (§ 17 Abs. 2 UrhG) und dem Prinzip der Warenverkehrsfreiheit kollidieren. Nach Art. 6 Abs. 4 S. 1 der InfoSoc-Richtlinie treffen die Mitgliedstaaten auch Schutzmaßnahmen gegen technische Sperren, sofern diese den gesetzlichen Schranken widersprechen.

Für das Verhältnis zur Privatkopierfreiheit sieht Art. 6 Abs. 4 S. 2 allerdings nur noch vor, dass ein Mitgliedstaat hier tätig werden „kann“ („may“). Es wird künftig möglich sein, dass technische Sperren das Erstellen privater Kopien verhindern und die EU-Staaten hier nicht zum Schutz des Endnutzers vorgehen. Im Übrigen können die Rechteinhaber solche Sperren auch setzen, wenn sie selbst die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch ermöglichen (Art. 6 Abs. 4 S. 2 a. E.).