

THOMAS HOEREN

# Information als Gegenstand des Rechtsverkehrs

## Prolegomena zu einer Theorie des Informationsrechts

### I. Einleitung: Ali Baba und die vierzig Räuber

„In alten Zeiten und längst verschollenen Vergangenheiten lebten in einer Stadt Persiens zwei Brüder, deren einer Kasim hieß und der andere Ali Baba ...“. So beginnt eines der ältesten Märchen der Welt, die Geschichte von Ali Baba und den vierzig Räubern.<sup>1</sup> Der Tatbestand ist einfach erzählt: Ali Baba erfuhr zufällig von einer geheimen Höhle, in der die vierzig Räuber ihre geraubten Schätze versteckten. Mittels des Zauberwortes „Sesam öffne dich“ gelang Ali in die Höhle, nahm sich Gold mit und vergrub dies zuhause. Sein neidischer Bruder Kasim brachte über Ali das Zauberwort in Erfahrung und drang ebenfalls in die Schatzhöhle ein. Doch als er die Höhle verlassen wollte, hatte er in seiner Gier das Zauberwort vergessen. Die Räuber fanden ihn in der Höhle und vierteilten ihn.

Die Geschichte ist der „Hit“ in der Kinderbuchliteratur.<sup>2</sup> Jedes Kind kennt dieses Märchen. Doch unter der Oberfläche liegen zwei Interpretationsebenen, die das Märchen gerade für eine Informationsgesellschaft interessant machen. Zum einen enthält die Geschichte in bezug auf Ali Baba den ältesten und ersten Bericht über einen erfolgreichen Hackingversuch. Wenn man die Geschichte einmal im Computerpidgin wiedererzählen wollte, würde sich folgendes ergeben: Der Hacker Ali Baba versucht mit einem gezielten Lauschangriff das Paßwort zu ermitteln, das ihn durch das Firewallsystem der Räuber, verkörpert im Berg, schlüpfen läßt. Insofern erweist sich das Märchen auf den ersten Blick als Parabel für Fragen der Datensicherheit.

Zum anderen aber enthält die Geschichte auch noch die Gestalt des weltvergessenen Kasim, der vergeblich versucht, die Höhle zu verlassen. Er sitzt im Reichtum, hat alle Reichtümer der Welt um sich geschart. Und doch fehlt ihm das entscheidende Gut, das in diesem Moment mehr wert ist als alle anderen Reichtümer; es fehlt ihm das Paßwort zum Verlassen der Höhle. Just in dem Moment, in dem Kasim ob der Lückenhaftigkeit seines Gedächtnisses kapituliert, dürfte ihm schmerzlich bewußt geworden sein, daß Information ein vermögenswertes Gut, ein „Property Right“ darstellen kann. Das Märchen kündigt insoweit vom Sieg der Informations- über der Produktionsgesellschaft. Nicht der Besitz von Gold und Juwelen ist entscheidend. Vielmehr entscheidet ein kleines Paßwort über Sieg oder Niederlage, ist der virtuelle Schlüssel zum Erfolg.

Ich möchte mit Ihnen im weiteren noch ein wenig über Kasim und sein Informationsproblem rasonnieren. Unterstellen wir einmal, es handele sich bei Kasim nicht um einen Kaufmann, sondern um einen Juraprofessor aus Münster. Er sitzt in seiner Höhle, hadert mit seinem Schicksal und versucht in seinem Verließ zu eruieren, ob und nach welchen Kriterien Informationen einer einzelnen Räubergruppe gehören sollten.

### II. Das Problem der Definitionen

Kasim wird sich zunächst fragen, was überhaupt als Information zu verstehen ist. Und schon diese Frage würde ihn erzittern lassen. Denn niemand weiß, was Information ist. Wäre Kasim kein Muslim, sondern ein Christ, würde er Augustinus zitieren: Wenn mich niemand fragt, weiß ich es wohl. Doch wenn mich jemand fragt, kann ich es nicht sagen. In der Tat scheint jeder zu wissen, was Information ist, ohne es jedoch konkret benennen zu können. Gängig sind negative Definitionen, etwa dergestalt: Information ist nicht gegenständlich, nicht greifbar, nicht zeitlich beschränkt. Solche Umschreibungen helfen wenig. Ebenso vage sind jedoch positive Auskünfte wie: Information sei ein „dritter Urzustand der Welt“, „eine neue Art Wirklichkeit“, neben der materiellen und geistigen Wirklichkeit“, eine „strukturelle Koppelung“, „eine dritte universelle Grundgröße“.<sup>3</sup> Diesen nebulösen Aussagen entsprechen eine Fülle von Informationsbegriffen in einzelnen Fachdisziplinen. Die differenziertesten Definitionsversuche unterscheiden zwischen Information als Prozeß, als Subjekt, als Objekt und als System. Letztendlich bezeichnet Information semantisch wohl jede Kenntnisbeziehung zu jedem realen und unrealen Gegenstand der Welt.<sup>4</sup> Damit ist der Begriff allerdings konturen- und grenzenlos. Unser Kasim bleibt daher mit solchen abstrakten Konkretisierungen in seiner Ratlosigkeit zurück. Er sitzt weiter in seiner Höhle und schaut an der Höhlenwand auf konturenlose Schemen.

### III. Am Anfang war die Gedankenfreiheit

Kasim würde in seiner verzweifelten Suche nach den Wurzeln des Informationsrechts eine weitere erstaunliche Beobachtung machen. Die Gedanken sind frei, prinzipiell gehören Informationen niemandem. Dies läßt sich schon historisch verifizieren. Bis ins 16. Jahrhundert hinein war der Begriff des Urhebers unbekannt. Information als Gegenstand von Property Rights ist folglich eine historische Spätgeburt.

1) Im folgenden zitiert nach *Rüttgers* (Hrsg.), Tausend und eine Nacht, 1995, S. 252 ff.

2) Zur Forschungslage siehe *Nöldeke*, Ali Baba und die vierzig Räuber: Zeitschrift für Assyriologie 28 (1914), 242 ff.; *Ranke*, Ali Baba und die vierzig Räuber, in: ders. (Hrsg.), Enzyklopädie des Märchens, Band 1, 1977, S. 302 ff. m.w.Nw.

3) S. hierzu *Steinmüller*, Informationstechnologie und Gesellschaft, 1993, S. 189 ff.

4) So bereits *Welp*, IuR 1988, 443, 445.

Schutzsysteme wie das Urheberrecht sind bereits geschichtlich eine Ausnahmerecheinung; über dem Urheberrecht wölbt sich der Himmel der freien Information. Die Information ist folglich selbst stets als frei anzusehen; Ausschließlichkeitsrechte hingegen bedürften als Ausnahme der Rechtfertigung. Information ist ein „res extra commercium“, ein „common heritage of mankind“. Bis ins 18. Jahrhundert hinein war der Gedanke der Inhaltstrennung verbreitet. Einen Schutz gewährte man allenfalls über das fürstliche Privilegienwesen für die Leistung des Setzers, weniger jedoch für den schöpferischen Akt des Urhebers selbst.

Erst als Erbe des Naturrechts und der Romantik tauchte die Frage auf, ob nicht die Art und Weise, in der Ideen ausgewählt, gesammelt und anordnet werden, ein besonderes Schutzrecht zugunsten der jeweiligen Urheber rechtfertigt. Dieses Ausschließlichkeitsrecht wurde zunächst den Vertretern der schönen Künste, voran den Schriftstellern, Musikkomponisten, Malern und Bildhauern zugewiesen. Erst allmählich setzte sich der Gedanke durch, daß auch andere Schöpfer einen urheberrechtlichen Schutz genießen.

Ebenfalls ein Kind des 20. Jahrhunderts ist die Vorstellung, daß ein Exklusivrecht auf und an Informationen abseits des Urheberrechts vorstellbar sei. Trotz dieser Ausdehnung des Schutzes blieb aber immer das Wissen darum gegenwärtig, daß Ausschließlichkeitsrechte im Verhältnis zur allgemeinen Informationsfreiheit als Ausnahmerecheinung anzusehen sind, die besonderer Rechtfertigung bedürfen.

#### IV. Zuordnungskriterien

Im folgenden sollen einige dieser Ausschließlichkeitsrechte vorgestellt werden. Dabei wird das besondere Augenmerk darauf gerichtet, ob bei der Interpretation dieser Rechte das Verhältnis von Regel und Ausnahme gewahrt bleibt. Auch soll geklärt werden, ob die jeweiligen Zuordnungskriterien noch effizient sind. Im einzelnen werden das Geheimnis, die Fixierung auf Datenträger, der Personenbezug, die Signatur, die Schöpfung und die Investition als Anknüpfungspunkte untersucht.

##### 1. Geheimnis

Das älteste Zuordnungskonzept findet sich bereits in Ali Baba und die vierzig Räuber wieder: das Geheimnis. Ali Baba nutzt etwas, was die Räuber als ihr ureigenstes Geheimnis betrachten. Der Schutz von Geheimnissen ist heute über § 17 Abs. 1 UWG in das Zivilrecht eingeflossen. Hiernach wird der Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Beschäftigte strafrechtlich sanktioniert; der Geheimnisschutz wurde später auf das verbotene Ausspähen und die verbotene Verwertung ausgedehnt.

Schon von seiner dogmatischen Wurzel her ist der Geheimnisschutz nicht als Zuordnungskriterium geeignet. Denn dieses Schutzsystem schützt nicht die Information als solche, sondern die Beziehung der Information zu ei-

ner Person. Würde Ali Baba zum Beispiel das Zauberwort einer alten Handschrift entnehmen, wäre er an der Nutzung des Wortes nicht gehindert. Allein die Tatsache, daß er dieses Wort heimlich von den Räufern gehört hat, macht die Ali Baba-Geschichte zum Prototyp der Geheimnisbruchs. Ein und dieselbe Information hat also je nach Relation einen unterschiedlichen Stellenwert. Das „Wesen“ des Geheimnisses ist demnach im Merkmal der Beziehung zu einem Geschäftsbetrieb zu sehen. Eine geheimzuhaltende Tatsache muß zu einem bestimmten Geschäftsbetrieb in Beziehung stehen; gerade „diese Beziehung, und nicht die geheimgehaltene Tatsache, ist das Wesentliche“.<sup>5</sup>

Die Relation von Geheimnis und Geheimnisträger ist jedoch nicht hinreichend konkretisierbar.<sup>6</sup> Es gibt in jedem Unternehmen eine Fülle von Informationen, die nicht allgemein bekannt sind, ohne daß diese als Betriebsheimnisse einzustufen sind. Es bedarf daher weiterer Kriterien für die Qualifizierung als Geheimnis. In der Rechtsprechung tobt hierzu der Streit zwischen Willenstheorie und Interessentheorie. Die Willenstheorie stellt allein auf den Willen des Inhabers ab.<sup>7</sup> Entscheidend soll sein, daß eine Tatsache nicht offenkundig ist und nach dem bekundeten Willen des Inhabers geheimgehalten werden soll. Die Interessentheorie hingegen verlangt ein besonderes wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung.<sup>8</sup> Beide Argumentationen sind unbrauchbar. Es wäre blanker Dezisionismus, den Willen eines Unternehmers darüber entscheiden zu lassen, ob sich jemand bei Nutzung einer Information strafbar macht oder nicht. Ähnliches gilt für das subjektive Kriterium des Interesses. Jeder Unternehmer hat ein Interesse daran, daß Informationen „bei ihm bleiben“ und nicht den Bereich des Unternehmens verlassen. Dieses allgemeine subjektive Gefühl kann jedoch nicht der Grund für eine Zuordnung von Ausschließlichkeitsrechten sein.

##### 2. Datenträger

Statt des Geheimnischarakters läßt sich unter Umständen der Datenträger als Zuordnungskriterium heranziehen. Informationen sind häufig auf einem Speichermedium verkörpert; man denke etwa an das Medium Papier oder die Speicherung von Daten auf Disketten oder Festplatten. Die Frage ist daher, ob nicht die Information demjenigen gehören sollte, der über das Recht am Datenträger verfügt. Das BGB sieht mit dem Begriff des Eigentums auch eine hinreichende juristische Kategorie für dieses Zuordnungsverhältnis vor. Datenträger sind als Sachen eigentumsfähig; sie können verkauft, vermietet, verarbeitet und umgebildet werden. Das Vollrecht Eigentum beinhaltet grundsätzlich auch die Befugnis, mit dem Medium nach Belieben zu verfahren. Insofern ergreift das Medieneigentum auch eine Befugnis zur freien Nutzung des Inhalts.<sup>9</sup> Dieser Zusammenhang wird hinreichend bei den Märgen aus 1001 Nacht deutlich. Wer ein Exemplar eines Buches mit dieser einzigartigen Märgensammlung erwirbt, erwirbt damit prinzipiell auch das Recht, die darin enthaltenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen, im Hirn zu speichern und bei Gelegenheiten wie diesen zu rezitieren.

Diese Auffassung wird auch von der Rechtsprechung geteilt. So kommt etwa der BGH in verschiedenen Entscheidungen zum Ergebnis, daß Verträge über die Überlassung von Standardsoftware als Sachkauf zu qualifizieren sind. Zur Begründung stellt der BGH darauf ab, daß eine Programmkopie bei Standardsoftware regelmäßig aus der Einheit von Datenträger und Programm bestehe. Diese Ein-

5) Baumbach/Hetermehl, § 17 UWG Rdnr. 4.

6) Baumbach/Hetermehl, § 17 UWG Rdnr. 2.

7) So etwa RGZ 149, 334; RG MuW 1937, 224, 226.

8) RG JW 1911, 870.

9) Weip, JuR 1988, 448.

heit sei ähnlich wie bei einem Buch als einheitlicher körperlicher Gegenstand zu begreifen.

Ähnliche Einordnungsversuche werden seitens der Rechtsprechung für die deliktsrechtliche Einordnung eines Datenverlusts vorgenommen. So vertritt das *OLG Karlsruhe*<sup>10</sup> die Auffassung, daß auf Datenträgern gespeicherte Sachdaten Schutzgegenstand des Eigentumsrechts aus § 823 Abs. 1 BGB sein können. § 823 Abs. 1 BGB schütze nicht nur vor der Zerstörung und Beschädigung der Sachsubstanz, sondern vor jeder Einwirkung auf die Sache, die den Eigentümer daran hindere, mit ihr seinem Wunsch entsprechend zu verfahren.

In dem Maße, wie sich die Information jedoch von dem Datenträger löst und über Onlinedienste rein immateriell transportiert werden kann, stellt sich die Frage der Analogiefähigkeit der datenträgerbezogenen Regelungen, etwa des BGB oder des UrhG. Gilt das datenträgerbezogene Recht auch dann, wenn es an einem Datenträger fehlt und nur noch die nackte, immaterielle Information besteht? Ist auch ein Datum als solches potentieller Gegenstand unserer Eigentumsordnung?

Der *BGH* hat in seiner Entscheidung vom 18.10.1989<sup>11</sup> zum Beispiel bejaht, daß das frühere Abzahlungsgesetz auch auf die unmittelbare Überspielung von Software entsprechend zur Anwendung komme. Entscheidend sei der wirtschaftliche Endzweck des Geschäfts. Das Downloading von Computerprogrammen sei letztendlich ein wirtschaftliches Äquivalent zur Weitergabe von Software auf Disketten. Daher müßte für die Zwecke des Abzahlungsrechts beide Vorgänge gleich beurteilt werden. In der Tat mag die eine oder andere Vorschrift des Zivilrechts je nach Einzelfall analog auf online übertragene Informationen anwendbar sein; das Kriterium des materiellen Datenträgers entscheidet damit jedoch nicht mehr über die Zuordnung von Informationen. Im Falle der Gewährleistungsvorschriften zum Sachkauf mag eine Analogie noch angehen.<sup>12</sup> Gleiches gilt für das Abzahlungs- bzw. das heutige Verbraucherkreditgesetz.

Aber was ist bei den deliktsrechtlichen Regelungen, etwa zur Produkt- und Produzentenhaftung? Hier wird zum Teil parallel zur Elektrizität eine analoge Anwendung auf reine Informationen bejaht.<sup>13</sup> Für diese Auffassung spricht, daß man Informationen im Internet als modifizierte Form des Transportmediums Elektrizität ansehen kann, die selber trotz fehlender Materialisierung ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Produkthaftungsgesetzes fallen soll. Dagegen spricht jedoch, daß das Produkthaftungsgesetz die Elektrizität als einzige Ausnahme vom Erfordernis der Verkörperung erwähnt. Diese eng definierte Ausnahmebestimmung läßt keinen Raum für eine Regelungslücke und eine analoge Anwendung des Gesetzes auf rein geistige Informationen. Im übrigen fehlt einer nicht vergänglichsten Information das erhöhte Vertrauen, das mit einer materialisierten Information typischerweise verbunden ist.<sup>14</sup>

M.E. sind beide Lösungsansätze falsch: Sie verkennen die Komplexität des Netzes. Das Internet gibt es nicht; vielmehr ist der Begriff eine Chiffre für eine Fülle unterschiedlichster Dienste. Im Grunde genommen handelt es sich beim Internet um eine digitale Stadt, die über Rundfunksender, Presseunternehmen, Versandhandel, Post- und Paketdienste verfügt. Dabei ist insbesondere zu differenzieren, ob es sich bei einem Internet-Dienst um einen reinen Informationsdienst oder um einen Transaktionsdienst

handelt. Bei einem Informationsdienst lädt der Nutzer das Material regelmäßig in seinen Arbeitsspeicher und betrachtet es auf dem Bildschirm. Beim Transaktionsdienst steht die dauerhafte Speicherung des Werkes auf der Festplatte oder das Ausdrucken im Vordergrund. In ersterem Fall, der etwa bei Telnet-Verbindungen auftritt, steht eine Information in der Tat nicht in der gleichen Verkörperung zur Verfügung wie bei einem Buch oder einer Diskette. Der Nutzer kann Texte lediglich auf dem Bildschirm lesen, ohne in ihren Besitz gelangen. Hier fehlt es denn auch an einem der Materialisierung vergleichbaren, funktionellen Äquivalent. Anders ist die Lage jedoch bei Transaktionsdiensten, etwa dem FTP oder den „Click here to download-files“ im WWW. Hier hat der Kunde die Möglichkeit, umfangreiches Informationsmaterial auf seinen Rechner zu laden und wie eine fungible Verkörperung zu nutzen. Es macht dann aber keinen Unterschied, ob der Kunde 15 Disketten erhält oder sich die Software direkt von einem Rechner herunterladen kann. In beiden Fällen muß die Produkthaftung dieselbe sein.

Auf diesem Hintergrund erweisen sich auch jüngste Überlegungen der *Europäischen Kommission* zum urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz als falsch. Zu denken ist hier vor allem an den Entwurf der Europäischen Multi-Mediarichtlinie vom 10.1.1998. Der Entwurf stellt entscheidend auf den umgangssprachlichen Begriff der Online-Dienste ab. Im Internet gebe es nur „services“, „Dienste“ und keinen Warenvertrieb. Deshalb solle auch der Grundsatz der Erschöpfung nicht auf das Bereithalten von Werken über das Internet anwendbar sein (Art. 3 Abs. 3). Dementsprechend kann eine einmal über das Netz erworbene Softwarekopie nicht an Dritte weitergegeben werden.<sup>15</sup> Diese Auffassung entspricht nicht der technischen Realität. „Das“ Internet hat es nie gegeben und wird es nie geben. Internet ist nur der verkürzte Ausdruck für ein Kommunikationsprotokoll TCP/IP, unter dem verschiedene Rechner miteinander in Verbindung treten und verschiedenste Dienste abwickeln.

### 3. Personenbezug

Als weiteres Zuordnungskriterium kommt das Datenschutzrecht in Betracht. Das Datenschutzrecht würde auf den Personenbezug der Information abstellen: Eine Information gehört mir, wenn und soweit sie sich auf meine Person bezieht. Erst wenn ich die Information freigebe oder eine gesetzliche Vorschrift die Nutzung erlaubt, können Dritte meine Informationen nutzen.

Dieses Kriterium klingt zunächst als über alle Zweifel erhaben. Das Datenschutzrecht hat eine lange Tradition. Beginnend in Hessen ist Deutschland einer der Staaten mit der ältesten Datenschutztradition und einer hohen Sensi-

10) Urt. v. 7.11.1995, NJW 1996, 200. Ähnlich auch *LG Kleve*, CR 1991, 734; *Rombach*, CR 1990, 101, 104; a.A. *LG Konstanz*, CR 1997, 84. Ähnlich für das Strafrecht *Gerstenberg*, NJW 1956, 530.

11) ECR BGH 4.

12) In diesem Sinne etwa *BGH* NJW 1990, 320; NJW 1993, 1871 mit Anm. *König*, S. 3121.

13) Siehe etwa *von Westphalen*, Produkthaftungshandbuch, 1. Aufl. 1991, § 61 Rdnr. 44; *Höckelmann*, Die Produkthaftung für Verlagserzeugnisse, 1994, 141 ff.; *Kilian*, Das Unternehmen und die Herausforderungen des Rechts der Informationstechnologie, in: Coing (Hrsg.), Staat und Unternehmen aus Sicht des Rechts, 1994, S. 349, 369; *ders.*, in: *Bothe/Kilian*, Rechtsfragen grenzüberschreitender Datenflüsse, 1992, 373 f.; *Meier/Wehlau*, CR 1990, 95, 98 f.; *Meyer*, ZUM 1997, 26, 28, 33.

14) Siehe *Cahn*, MünchKomm, 3. Aufl. 1997, § 2 ProdHaftG Rdnr. 6; *ders.*, NJW 1996, 2899, 2903 f.

15) So ausdrücklich Erwägungsgrund 19.

bilität für den Schutz personenbezogenen Daten. Und tatsächlich wurde bereits zu Beginn der deutschen Datenschutzrechtstradition die Auffassung vertreten, der Betroffene habe ein Dateneigentum<sup>16</sup> oder zumindest ein Recht am eigenen Datum.<sup>17</sup>

Und doch – ist der Datenschutz wirklich ein Zuordnungskriterium für den Rechtsverkehr mit Informationen?<sup>18</sup> Mir scheint, daß eine solche Qualifikation bereits der Wurzel der Datenschutzrechts widerspricht. Denn Datenschutz gibt kein Herrschaftsrecht über Daten. Das *Bundesverfassungsgericht* hat im Volkszählungsurteil<sup>19</sup> diesem Modell eine deutliche Absage erteilt: „Der einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneingeschränkten Herrschaft über ‘seine’ Daten (...). Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar.“

Im übrigen scheitert das Datenschutzrecht, zum Beispiel an der Wirklichkeit des Internet. Dort sind die Daten von Nutzern zwar problemlos rekonstruierbar, letztendlich handelt es sich jedoch nur um die Angaben zu einzelnen Rechnern. Erst bei Kenntnis weiterer Kontextdaten läßt sich ermitteln, wer wann wie welchen Rechner zu welchem Zweck benutzt hat. Dieser immer wichtiger werdende Aspekt der Kontextsensitivität läßt sich sehr schön an der Ali Baba-Geschichte zeigen. Das Wort „Sesam“ hat für sich genommen keinen Personenbezug. Für den, der weiß, daß mit dieser Bezeichnung der Schatz eines Räuberhauptmanns gesichert ist, hat die Information jedoch Personenbezug.

Angesichts der Schwierigkeiten wandelt sich auch das Datenschutzrecht selbst und entwickelt abseits des Personenbezugs neue Schutzmodelle. Dies zeigt vor allem die Europäische Datenschutzrichtlinie. Diese enthält in Art. 2 eine neue Phase der Nutzung personenbezogener Daten, die Phase der Organisation. Durch diese unscheinbare Änderung und Erweiterung der Datenverarbeitungsarten wird sich das Datenschutzrecht von der repressiven Kontrolle über bereits vollzogene Verarbeitungsvorgänge zu einer präventiven Systemaufsicht wandeln. Dem entsprechen die neu eingeführten Meldepflichten in Art. 18 und das Modell der Vorabkontrolle in Art. 20.

#### 4. Skripturakt

Denkbar wäre auch das Abstellen auf den besonderen Realakt der Informationserzeugung. So könnte man bei Ali Baba argumentieren, daß das Paßwort schon deshalb dem Räuberhauptmann gehört, weil er das Wort generiert hat. Man würde insofern auf einen besonderen „Skripturakt“ abstellen. Demjenigen, der die Daten erzeugt, werden die Daten als „eigene“ zugerechnet. Sehr früh taucht dieses Kriterium in der strafrechtlichen Diskussion auf. So stellt § 202a StGB für das Ausspähen von Daten darauf ob, ob dieses Datum gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert ist. Eine ähnliche Konstruktion findet sich bei der Diskussion um Digital Watermarking. Zur Sicherung von digitalen Werken werden diese mit Wasserzeichen versehen, die es erlauben, die Herkunft von digitalen (Raub-)Kopien nachzuweisen.

Schließlich taucht das Zuordnungselement der Signatur auch bei der Diskussion um die digitale Signatur auf. Zwar hat das Signaturgesetz nicht die Beweisbestimmungen der ZPO geändert; entsprechend signierte Dokumente sind nicht als Urkunden im Sinne von § 416 ZPO anzusehen. Dennoch wird dafür plädiert, daß solche Signaturen zu einem erhöhten Beweiswert der digitalen Dokumente führen soll, die es im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung zu berücksichtigen gelte.

Allerdings dürfte der Gesichtspunkt der Signatur wohl kaum ein hinreichender Gesichtspunkt für die Zuordnung von Informationsrechten sein. Schon der Blick auf das Signaturgesetz macht das Problem deutlich. Nach § 5 SigG vergibt die Zertifizierungsstelle für Personen, die ein Zertifikat beantragen, ein Signaturschlüssel-Zertifikat. Bestimmungen zur Vertretungsmacht, die in das Zertifikat aufgenommen werden sollen, müssen „zuverlässig nachgewiesen werden“ (§ 5 Abs. 2 SigG). Sonstige Nachweispflichten enthält das Gesetz nicht. Auch der Begriff des Signaturschlüssel-Inhabers wird nicht konkretisiert. Die Signaturverordnung (SigV) enthält eine Ordnungsvorschrift (§ 13 SigV), wonach die Zertifizierungsstelle eine Kopie des vorgelegten Ausweises oder eines anderen Identitätsnachweises zu erstellen und zu dokumentieren hat. Der Wechsel von analoger zur digitalen Identität ist somit unspezifiziert. Jedermann kann – vermutlich auf Vorlage eines Ausweises – digital als Inhaber eines Signaturschlüssels auftreten.

Das Kriterium der Signatur kann demnach allenfalls eine faktische Plausibilität für sich beanspruchen.<sup>20</sup> Die Tatsache, daß jemand ein Datum erzeugt hat, ist als solches kein hinreichender Grund dafür, daß dieses Datum ihm zugeordnet werden soll. Hier ist im Kant’schen Sinne sauber zwischen Sein- und Sollensebene, zwischen Faktizität und Normativität zu unterscheiden. Es bedarf eines besonderen normativen Grundes dafür, daß Daten dem Datenerzeuger unter bestimmten Voraussetzungen zugeordnet werden. Man kann insofern eine widerlegbare Vermutung konstruieren, daß demjenigen, der die Speicherung und Übermittlung von Daten bewirkt hat, das Recht an diesem Datum zuzuweisen ist. Dies entspricht etwa dem Grundgedanken von § 10 UrhG, der für Copyrightvermerke eine solche Vermutung begründet. Doch diese Vermutung wird sehr schnell widerlegt. Denn schon bei Auftragsverhältnissen versagt dieses Kriterium; hier wird man die „Datenherrschaft“ regelmäßig dem Auftraggeber zuweisen müssen, sofern es weisungsgemäß erstellt und übergeben worden ist.<sup>21</sup> Den Auftraggeber kann man aber nicht mehr mittels des Kriteriums des Skripturaktes feststellen; hierzu bedarf es anderer juristischer Zuordnungskriterien. Ähnliches gilt für juristische Personen. Eine GmbH kann keinen Copyrightvermerk setzen, keinen Schlüssel generieren, kein digitales Wasserzeichen erstellen. Hierzu bedarf es der Mitarbeiter, natürlicher Personen, die ihre Organschaft bzw. Vertretungsmacht nicht mittels eines bloßen Skripturaktes nachweisen können. Ähnliches gilt auch geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Personen, die nur über Vertreter agieren können.

#### 5. Originalität

Bei der Suche nach dem entscheidenden Zuordnungskriterium kommt dem Immaterialgüterrecht eine 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 Aus-

16) *Miller*, Einbruch in die Privatsphäre, 1971, S. 254 ff.

17) *Meister*, Datenschutz, S. 117 ff.; *ders.*, DuD 1983, 163ff.; DuD 1984, 162 ff.; DuD 1986, 173 ff.

18) Zweifel äußern *Simitis/Dammann*, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 21.

19) *BVerfG* NJW 1984, 419, 422.

20) So auch *Welp*, IuR 1988, 447.

21) *Welp*, IuR 1988, 448.

schließlichsrecht an der Information selbst begründet, aber über den Schutz der sog. Form ein Schutz von Informationssammlungen begründet. Dem Urheberrecht wird daher in der Informationsgesellschaft eine Schlüsselrolle zukommen. Es wird dem BGB an Bedeutung zumindest gleichkommen.<sup>22</sup>

Dabei ist allerdings der alte Satz von *Josef Kohler* zu beachten: „Die Wahrheit ist eines Jeden.“<sup>23</sup> Wie bereits einleitend betont, sind Informationen grundsätzlich frei durch jeden nutzbar. Das Urheberrecht erscheint demgegenüber als zu rechtfertigende Ausnahme; die Rechtfertigung liegt in der besonderen Kreativität des Schöpfers: „Das Autorrecht ist das Recht an einer Schöpfung, es beruht darauf, daß die schaffende Kraft des Geistes ein neues, vorher nicht vorhandenes Erzeugnis hervorgebracht hat“.<sup>24</sup> Dementsprechend wurde ein bis 70 Jahre nach Tod des Urhebers dauernder, umfassender Schutz nur für zweckfreie, nicht-technische Werke der Literatur, Kunst und Wissenschaft zugebilligt. Wenn jemand Kindermusik komponiert oder juristische Aufsätze verfaßt, verdient er in seiner außergewöhnlichen Kreativität auch einen besonderen Schutz. Für gebrauchsbetonte, gewerbliche Werke wurde regelmäßig kein urheberrechtlicher Schutz bejaht; für diesen Bereich bestehen mit dem Patent-, dem Gebrauchsmuster- sowie dem Geschmacksmustergesetz adäquate Sonderregelungen.

Im Laufe der letzten Jahre ist der Schutz des Urheberrechts jedoch auch auf technische Produkte ausgedehnt worden. Jede Software, jede Datenbank, jede Fotografie soll unabhängig von qualitativen Kriterien schutzfähig sein. Diese Erkenntnis verdanken wir weniger besserem Wissen als dem Zwang seitens der *Europäischen Kommission*, die auf Druck der Industrie entsprechende Richtlinien erlassen hat.

Allerdings fordern auch einige Teile der Literatur, daß der Gedanke der „kleinen Münze“ auf alle Werkarten übertragen wird. Die Rechtsprechung hat sich solchen Forderungen bekannterweise konstant widersetzt und auf der traditionellen Differenzierung von Gebrauchswerken und anderen Schöpfungen beharrt. Nach anfänglicher Skepsis halte ich diese Rechtsprechung für zutreffend und die daran geübte Gerichtsschelte für unangebracht. Dies widerspricht dem Grundverhältnis von Informationsfreiheit und Urheberrecht. Eine zu tief angesetzte Meßlatte für die Urheberrechtsfähigkeit verzerrt das Verhältnis von Regel und Ausnahme. Statt Gemeinfreiheit der Idee und freiem Informationszugang stünde nunmehr ein bis 70 Jahre nach Tod des Urhebers fortdauerndes Ausschließlichsrecht als Regelfall im Vordergrund. Schon die lange Schutzdauer zeigt, daß regelmäßig eine besondere Gestaltungshöhe für die Bejahung der Urheberrechtsfähigkeit erforderlich ist.

Eine zu großzügige Rechtsprechung würde das Risiko schaffen, daß der Schutz des Urheberrechts über den Kernbereich von Literatur, Musik und Kunst hinaus uferlos ausgeweitet wird und auch bei minimaler kreativer Gestaltung ein monopolartiger Schutz bis 70 Jahre nach Tod des Urhebers bejaht werden müßte. Daß das *Reichsgericht* teilweise bei literarischen Werken deutlich herabgesetzte Schutzanforderungen angenommen hat,<sup>25</sup> mag angesichts der Tatsache, daß die Schutzdauer nach dem Urheberrechtsgesetz von 1870 lediglich dreißig Jahre post mortem auctoris betrug, sachangemessen gewesen sein. Die Erhöhung der Schutzfristen im Jahre 1934 auf fünfzig Jahre und im Jahre 1965 auf siebenzig Jahre sowie die allmähliche Erstreckung des Schutzes auf gewerblich-technische Werke

muß jedoch zu einer Anhebung der Kriterien für die Gestaltungshöhe führen. Gerade deshalb hat der *BGH* in der Vergangenheit stets auf dem Erfordernis bestanden, daß die Form letzterer Werke deutlich die Durchschnittsgestaltung übersteigt.<sup>26</sup>

Auch die Enquete-Kommission „Zukunft der Medien“ des *Deutschen Bundestages* hat in ihrem zweiten Zwischenbericht eine Herabsenkung der Gestaltungshöhe mit deutlichen Worten abgelehnt: „Es besteht kein Anlaß, diesen zentralen Schutzstandard des deutschen Urheberrechts (...) inhaltlich abzusenken. Der Schutz des Urheberrechts würde sich sonst in Richtung Investitionsschutz fortentwickeln, die einer Wettbewerbsordnung notwendig fremd ist.“<sup>27</sup>

Das Urheberrecht hat sich in bezug auf den Schutz von Informationen aber noch mit einer weiteren Schwierigkeit auseinanderzusetzen. Nach traditioneller Auffassung schützt das Urheberrecht nur die Form, nicht die der Form zugrunde liegende Idee. Es ist nie gelungen, diese Unterscheidung befriedigend zu konkretisieren. Selbst Alternativformulierungen wie die Differenzierung zwischen innerer und äußerer Gestalt halfen nicht weiter. Die Auslegungsprobleme hängen damit zusammen, daß zwischen Idee und Form, innerer und äußerer Gestalt überhaupt nicht unterschieden werden kann. Die herrschende Auffassung frönt hier einem Neoplatonismus, der unter den erkenntnistheoretischen Problemen jeder Ideenlehre zu leiden hat. Schon *Aristoteles* hat zu Recht die Vorstellung einer materielosen Idee abgelehnt und die Einheit von Idee und Form in den Vordergrund gerückt. Dieser sog. Hylemorphismus prägt auch das Urheberrecht.

Es geht der herrschenden Meinung auch gar nicht um die schein-ontologische Differenzierung von Idee und Form. Vielmehr liegen dieser Fragestellung Wertungen darüber zugrunde, daß bestimmte Inhalte der Allgemeinheit gehören sollten. Es geht daher um die wertende Suche nach den Grenzen eines Freihaltebedürfnisses zugunsten der Allgemeinheit. Showformate, mathematische Formeln, Schnittstellen sind sämtlich schutzfähige Werke. Sie sollen es aber nicht sein, soweit der Allgemeinheit der freie Zugriff auf solche Elemente gesichert sein soll. Die Idee-Form-Diskussion sollte daher eingestellt und durch die Frage nach dem Freihaltebedürfnis ersetzt werden. Es gilt dann, den Schutzbereich dieses Bedürfnisses und seine Grenzen politisch unter Beachtung verfassungsrechtlicher Vorgaben zu klären.

## 6. Investition

Ein neuartiges Zuordnungskriterium bietet die Datenbankrichtlinie mit dem Gesichtspunkt der geleisteten Investitionen. Wenn jemand Zeit und Geld in die Entwicklung eines Informationsprodukts investiert, gehört die Information ihm. Bislang ist ein solcher allgemeiner Investitionsschutz dem deutschen Recht fremd gewesen. Lediglich in besonders ausgestalteten Fällen, die im Gesetz ausdrücklich konkretisiert waren, gewährte der Gesetzgeber einem In-

22) Vgl. hierzu ausführlicher *Hoeren*, GRUR 1997, 697 ff.

23) *Kohler*, Das Autorrecht, Jena 1880, S. 165.

24) *Kohler*, Das Autorrecht, Jena 1880, S. 160.

25) RGSt 39, 282, 283 – Theaterzettel; RGZ 81, 120, 122 – Kochrezepte; RGZ 116, 292, 294 – Adreßbuch.

26) *BGH* GRUR 1986, 739, 740 f. – Anwaltsschriftsatz; siehe auch *BGH* GRUR 1972, 38, 39 – Vasenleuchter; *BGHZ* 94, 276, 286 – Inkasso-Programm; *BGH* GRUR 1995, 581 f. – Silberdistel.

27) Zweiter Zwischenbericht, BT-Drs. 13/8110, Rdnr. 4.1.

vestor ein – im Verhältnis zum Urheberrecht begrenztes – Leistungsschutzrecht.

Bislang wurden solche Schutzrechte nur sehr beschränkt und auf spezifische Leistungen einzelner Wirtschafts- und Berufssparten hin eingeräumt. Das System der Leistungsschutzrechte wird nunmehr infolge der Datenbankrichtlinie zu einem allgemeinen Investitionsschutz ausgeweitet. § 87a UrhG garantiert jedem, der eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Investition für die Sammlung von Informationen erbracht hat, ein eigenes Leistungsschutzrecht für die Dauer von 15 Jahren. Dabei soll es für die Investition nach Erwägungsgrund 40 ausreichen, daß der Hersteller finanzielle Mittel bereitgestellt oder Zeit, Arbeit und Energie eingesetzt hat.

Unklar bleibt allerdings, wann eine Investition als „wesentlich“ zu betrachten ist. In der amtlichen Begründung zu § 87a UrhG<sup>28</sup> wird darauf verwiesen, daß eine „ausagekräftige abstrakte Definition ... nicht möglich“ erscheine: „Es wird daher Aufgabe der Rechtsprechung sein, die unbestimmten Rechtsbegriffe auszufüllen.“ Dies ist eine Kapitulationserklärung der Gesetzgebung, die ein neues Schutzrecht einführt, ohne deren Konturen auch nur im geringsten zu konkretisieren. Die „Drecksarbeit“ sollen einmal wieder die Gerichte übernehmen, so daß derzeit über das Kriterium der Investition nichts ausgesagt werden kann.

## V. Ausblick

Letztendlich stellt sich ohnehin die Frage, ob wirklich ein einzelnes Kriterium in der Lage ist, über die Zuordnung von Informationen zu entscheiden. Bedarf es nicht viel-

mehr einer konkreten verfassungsrechtlichen Abwägung zwischen Informationsfreiheit und neuen Property Rights und einer praktischen Konkordanz aller betroffenen Interessen?

Verfassungsrechtlich wäre zum Beispiel eine klare Analyse der grundgesetzlich geschützten Interessen von Urhebern, Werkverwertern und Werknutzern und der Versuch einer Abwägung dieser Interessen interessant gewesen. Verfassungsrechtlich steht neben dem Schutz der Urheber durch Art. 2 und 14 GG der Schutz der Informationszugangsfreiheit in Art. 5 Abs. 1 GG. Beide Schutzgüter müssen nach der Rechtsprechung des *BVerfG* in eine praktische Konkordanz zueinander gebracht werden, bei der jedes Schutzgut zu möglichst optimaler Entfaltung gebracht wird.

Das entscheidende Zukunftsthema wird folglich der Aufbau einer Wissensordnung, die Entwicklung eines Datenzuordnungsrechts sein. Unter der Leitidee einer Informationsgerechtigkeit müssen Richtlinien entwickelt werden, die eine alle Interessen angemessen berücksichtigende Verteilung von Informationen sichert. Man wird über neuartige Kriterien nachdenken müssen, die über die Zuordnung des neuen Wirtschaftsguts Information an einzelne Wirtschaftseinheiten entscheiden. Dies impliziert den Abschied von aller Ontologisierung und die Hinwendung zu einer utilitaristischen Wertungsjurisprudenz.

Sie erwarten hoffentlich von mir nicht eine Darstellung der weiteren Konturen dieser „Information Policy“. Ich fühle mich insoweit Kasim nahe, der sich in der Räuberhöhle über das Paßwort den Kopf zermartert. Sie werden es einem jungen Hochschullehrer nachsehen müssen, wenn er für sich noch 30 Jahre Bedenkzeit reklamiert, um einen Lösungsansatz zu finden. In meiner Abschiedsvorlesung werde ich Ihnen hoffentlich mehr dazu sagen können.

28) BR-Drs. 966/96, S. 47.