

Festschrift für Artur-Axel Wandtke
zum 70. Geburtstag



Herbert-Peter Wandtke

Festschrift für
ARTUR-AXEL WANDTKE
zum 70. Geburtstag
am 26. März 2013

herausgegeben von

Winfried Bullinger Eike Grunert
Claudia Ohst Kirsten-Inger Wöhrn

De Gruyter

ISBN 978-3-11-028346-4
e-ISBN 978-3-11-028350-1

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

© 2013 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston

Abbildung Frontispiz: Dr. Ferdinand Grassmann
Datenkonvertierung/Satz: Werksatz Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen
Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

www.degruyter.com

Artur-Axel Wandtke
zum 26. März 2013

ULRICH BATTIS/VERA BATTIS REESE
MATTHIAS BERBERICH
WINFRIED BULLINGER/
KATHARINA GARBERS-VON BOEHM
ILJA CZERNIK
CHRISTIAN CZYCHOWSKI
KATHARINA DE LA DURANTAYE
ADOLF DIETZ
THOMAS DREIER
MICHAEL FRICKE
TILO GERLACH
HANS JOACHIM VON GOTTBURG
HORST-PETER GÖTTING
ALBRECHT GÖTZ VON OLENHUSEN
EIKE W. GRUNERT
HELMUT HABERSTUMPF
BERND HEINRICH
THOMAS HOEREN
OLE JANI
CAROLINE LEINEMANN
ULRICH LOEWENHEIM
JÜRGEN MARTEN
FERDINAND MELICHAR
MAJA MURZA
BERND NEUMANN
ANKE NORDEMANN-SCHIFFEL

JAN BERND NORDEMANN
WILHELM und AXEL NORDEMANN
EVA INÉS OBERGFELL
CLAUDIA OHST
STEPHAN ORY
CHRISTOPH G. PAULUS
KARL-NIKOLAUS PEIFER
ALEXANDER PEUKERT
GERHARD PFENNIG
JAN POHLE
PETER RAUE
MANFRED REHBINDER
CORNELIUS RENNER
HAIMO SCHACK
MARTIN SCHAEFER
GERNOT SCHULZE
SEBASTIAN SCHUNKE
HANS-PETER SCHWINTOWSKI
REINHARD SINGER/
JAN WÜNSCHMANN
GERALD SPINDLER
ROBERT STAATS
AXEL VON WALTER
MICHEL M. WALTER
MARCUS VON WELSER
KIRSTEN-INGER WÖHRN

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort	XIII
----------------------	------

1. Systematische Fragen zum Urheberrecht

CHRISTOPH G. PAULUS Mobilien, Immobilien, Forderungen – und jetzt Wissen als Rechts- gut?	3
HAIMO SCHACK Weniger Urheberrecht ist mehr	9
THOMAS DREIER Erbsenzählerei oder Erkenntnisgewinn? Anmerkungen zu einer statistischen Rechtswissenschaft am Beispiel des Urheberrechts . .	21

2. Literatur, Theater, Tanz und Kunst

JÜRGEN MARTEN Denn man siehet das im Lichte, das im Dunkeln sieht man nicht – eine urheberrechtliche Fußnote zum Werk von Bertolt Brecht . . .	39
EIKE W. GRUNERT Urhebererben und Regietheater	45
ULRICH BATTIS/VERA BATTIS REESE Tanz und Urheberrecht	55
MAJA MURZA Ist das mein Tanz oder dein Tanz? Welcher Maßstab gilt für das Vorliegen einer Urheberrechtsverletzung an choreografischen Werken?	61
EVA INÉS OBERGFELL Das Zitat im Tanz	71
GERHARD PFENNIG Kunstfälschung – eine besondere Art der Werkrezeption	79

WINFRIED BULLINGER/KATHARINA GARBERS-VON BOEHM What you see is what you get? Zur Bedeutung von Lizenzen beim Kunstkauf	91
KARL-NIKOLAUS PEIFER Appropriation und Fan Art – geknebelte Kreativität oder klare Urheberrechtsverletzung?	99
3. Urhebervertragsrecht/Arbeitnehmerurheberrecht	
REINHARD SINGER/JAN WÜNSCHMANN Plagiarism and its effects on the German Ph.D.	113
HELMUT HABERSTUMPF Plagiatorische Erscheinungsformen im Arbeitnehmerurheberrecht	121
CLAUDIA OHST Open Access – Enteignung des Urhebers oder wissenschaftliche Notwendigkeit?	133
WILHELM und AXEL NORDEMANN Die zeitliche Dauer der Nutzungsrechtseinräumung im Arbeits- verhältnis	143
CHRISTIAN CZYCHOWSKI AGB Kontrolle von umfassenden Nutzungsklauseln, die sog. Zweckübertragungslehre und das urheberrechtliche Vergütungsrecht.	151
THOMAS HOEREN Was bleibt von §§ 32, 32a, 36 UrhG? Überlegungen zur Zukunft des Urhebervertragsrechts	159
JAN BERND NORDEMANN Die Beendigung urheberrechtlicher Verträge: Automatischer Rechterückfall?	187
ULRICH LOEWENHEIM Rückruf des Nutzungsrechts nach § 41 UrhG und Fortbestehen der Enkelrechte	199

4. Kollektive Rechtswahrnehmung

ROBERT STAATS	
Verwertungsgesellschaft – Was ist das?	211
MATTHIAS BERBERICH	
Rechtsfragen des Gesamtvertrags. Zu Beteiligungsgrundsatz und prozeduraler Effizienz in der kollektiven Rechtswahrnehmung . .	219
TILO GERLACH	
Fragwürdige Kriterien des europäischen Gerichtshofs bei den Vergütungsansprüchen der ausübenden Künstler für öffentliche Wiedergabe	233
FERDINAND MELICHAR	
§ 63a UrhG – die Chronik einer Panne	243
MARTIN SCHAEFER	
Gehen Vergütungsansprüche im Sinne von § 63a UrhG bei einer Gesamtrechtsübertragung unternehmensbezogener Leistungs- schutzrechte gemäß §§ 85 Abs. 2 S. 1, 87 Abs. 2 S. 1 oder 94 Abs. 2 S. 1 UrhG mit über?	251

5. Einzelfragen der Immaterialgüterrechte

HORST-PETER GÖTTING	
Sanssouci? – Bemerkungen zur BGH-Entscheidung „Preußische Gärten und Parkanlagen“	259
KIRSTEN-INGER WÖHRN	
Das Architektenurheberrecht und das Regelungsinteresse des Eigentümers in Grundstückskaufverträgen.	269
ALBRECHT GÖTZ VON OLENHUSEN	
Urheber vs. Eigentümer et vice versa? Zur Problematik des urheberrechtlichen Zugangsrecht	279
PETER RAUE	
Pippi Langstrumpf, der Karneval, das Urheberrecht	287
HANS-PETER SCHWINTOWSKI	
Urheberrechtsschutz für Allgemeine Versicherungsbedingungen .	297

KATHARINA DE LA DURANTAYE Hitlers „Mein Kampf“ und der urheberrechtliche Schutz von Werken Staatenloser	319
OLE JANI Bis zur Erschöpfung? Zur Zulässigkeit des Weiterverkaufs von Dateien gem. Richtlinie 2001/29/EG nach dem Urteil C-128/11 des EuGH (Usedsoft ./ Oracle)	331
SEBASTIAN SCHUNKE Die Schrankenregelungen im Urheberrecht auf dem Prüfstand . . .	341
MICHEL M. WALTER Die neue Schutzdauer für Musikwerke mit Text	357
GERNOT SCHULZE Einheitlich lange Schutzdauer für alle Werkverbindungen?	373
ANKE NORDEMANN-SCHIFFEL Kein Freibrief zur Ausforschung: Der Besichtigungsanspruch nach § 101a UrhG im einstweiligen Verfügungsverfahren	385
ADOLF DIETZ Das Urheberpersönlichkeitsrecht in der kodifizierten Neufassung des russischen Urheberrechts	393
BERND HEINRICH Aufnahme der Strafvorschriften des Urheberstrafrechts ins StGB?.	413
HANS JOACHIM VON GOTTBORG Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern lähmt Reform des Jugendschutzes	431
MARCUS VON WELSER Generika im Transit: Welche Neuerungen bringt die geplante Reform der Grenzbeschlagnahme-Verordnung?	439
ILJA CZERNIK Der Erschöpfungseinwand im Pirateriewarenprozess	449

6. Medienurheberrecht

ALEXANDER PEUKERT	
Der digitale Urheber	459
BERND NEUMANN	
Schutz des geistigen Eigentums auch im Internetzeitalter	469
STEPHAN ORY	
Massenabmahnungen schaden der Akzeptanz des Urheberrechts	475
CORNELIUS RENNER	
Das Gedächtnis des Internets. Online-Archive im Presse- und Urheberrecht	483
MICHAEL FRICKE	
Gegendarstellung im Internet – Anspruchsverpflichtung und Platzierung	497
CAROLINE LEINEMANN	
Der Pinterest-Boom aus dem Blickwinkel des deutschen Urheber- rechts – Eine Analyse unter Berücksichtigung der aktuellen deutschen Rechtsprechung.	505
MANFRED REHBINDER	
Digitale Programmführer im Blickfeld des Urheberrechts	511
GERALD SPINDLER	
Web-Radios und Aufnahmesoftware – Probleme der Ausnutzung von Schrankenbestimmungen und rechtspolitische Optionen	517
AXEL VON WALTER	
Medienspezifisches Haftungsregime für Content-Plattformen	545
JAN POHLE	
Nutzungsrechte bei agiler Softwareprogrammierung	557
Autorenverzeichnis	565

Geleitwort

Mit dieser Festschrift gratulieren 50 Autorinnen und Autoren aus Wissenschaft, Anwaltschaft, Verwertungsgesellschaften, Wirtschaft, Politik, Kulturinstitutionen und Justiz *Artur-Axel Wandtke* zu seinem 70. Geburtstag am 26. März 2013. Unter ihnen befinden sich ehemalige und aktuelle Mitstreiter aus der Wissenschaft und Praxis, Mitautoren und -herausgeber gemeinsamer Lehrbücher und Kommentare, zahlreiche Doktorsöhler sowie weitere Weggefährten des Jubilars. Dieses Buch ist also ein *liber amicorum* im besten Sinne, ein Buch von Freunden für einen Freund.

Artur-Axel Wandtke wurde am 26. März 1943 in Lauenburg (Pommern) geboren. Von 1959 bis 1964 absolvierte er eine Ausbildung zum Balletttänzer an der Staatlichen Ballettschule in Berlin, bis 1967 war er dann an der Deutschen Staatsoper in Berlin Unter den Linden als Bühnentänzer engagiert. Nach diesem künstlerischen Fundament folgte das Recht: Zunächst ein Studium der Rechtswissenschaften an der juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin von 1967 bis 1971, anschließend eine Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter, eine Promotion zum Dr. jur. über „Arbeitsrechtliche Konflikte und Schlussfolgerungen für die Betriebe“ 1974, und die Vorbereitung der Habilitation. 1978 zog es ihn für kurze Zeit erneut zur Praxis, als Justiziar der Komischen Oper Berlin unter der Intendanz von *Joachim Herz*. 1980 habilitierte sich der Jubilar zum Dr. sc., über das Thema „Zum Normbildungsprozess in der ILO auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit und einige Schlussfolgerungen für das nationale Arbeitsrecht“. Einer Tätigkeit als Dozent am Institut für Kulturforschung in Berlin folgte 1988 die Berufung zum ordentlichen Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin, von 1993 bis zu seiner Emeritierung 2011 als Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Seit 2010 ist *Artur-Axel Wandtke* im Vorstand der Verwertungsgesellschaft Wort.

Neben seiner wissenschaftlichen Tätigkeit als überaus engagierter Hochschullehrer vor allem des Zivilrechts, des gewerblichen Rechtsschutzes und des Medienrechts sowie als Vortragender und Autor befasste sich *Artur-Axel Wandtke* auch weiterhin aktiv wie passiv mit der Kunst, vornehmlich der Bühnentanzkunst, und trat als Librettist mehrerer Ballettproduktionen hervor, etwa *Apocalyptica* mit Musik von Milko Keleman 1983 in Dresden, sowie *Lear* nach Shakespeare mit Musik von Friedbert Wissmann 1990 an der Sächsischen Staatsoper Semperoper in Dresden und 1992 am Deutschen Nationaltheater in Weimar. Sein zusammen mit *Eberhardt Schmidt* verfasstes

Libretto *Mephisto* harrt nach einigen Anläufen im In- und Ausland noch der Uraufführung.

Über lange Jahre verantwortete *Artur-Axel Wandtke* zusammen mit Kollegen aus dem Professorium und akademischen Lehrkörpern das unter Urheberrechts-Insidern und sonstigen „grünen“ Rechtswissenschaftlern berühmte „Montagsseminar“ des Instituts für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Hier gaben sich neben Studenten und Professoren anderer Fakultäten auch zahlreiche hochrangige Praktiker des Immaterialgüterrechts aus dem In- und Ausland die Klinke in die Hand. Daneben begründete *Artur-Axel Wandtke* eine Reihe von hochrangigen Fachsymposien, u.a. über „Die rechtliche Dimension der Tanzkunst“ (2005), und „Die Leiden der jungen Komponisten und Musiker – Irrwege des Urheberrechts“ (2006), um nur zwei der Themen zu nennen. Im Mai 2012 hielt er im Rahmen einer Feierstunde zur Eröffnung des von ihm mit initiierten und geleiteten Joseph-Kohler Instituts für Immaterialgüterrechte den Einführungsvortrag über Joseph Kohler und seine Bedeutung für die Berliner Fakultät und das Immaterialgüterrecht.

Beginnend mit dem letzten Jahrzehnt seines aktiven Forscherlebens an der Hochschule begann *Artur-Axel Wandtke* eine ganze Reihe von umfangreichen monographischen Publikationsvorhaben aus der Taufe zu heben. Als Beispiele seien nur die Folgenden genannt: Die zunächst für den studentischen Bereich gedachte *Fallsammlung zum Urheberrecht* (1999), die sich in nunmehr 3. Auflage zu einem Lehrbuch zur Ausbildung zum Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht gemausert hat, der große *Praxiskommentar zum Urheberrecht* (2002), der 2013 nach gerade einmal gut 10 Jahren schon in 4. Auflage erscheint, das Handbuch zum *Medienrecht* (2008), seit 2011 in 2. Auflage in gleich 5 (!) Bänden erhältlich, und sein Lehrbuch zum *Urheberrecht*, das seit dem ersten Erscheinen 2009 beinahe jährlich eine Neuauflage erfahren hat. Bei vielen dieser Vorhaben hat es *Artur-Axel Wandtke* vielleicht wie kein zweiter verstanden, ein hochmotiviertes Team sowohl junger wie auch arrivierter Wissenschaftler und Praktiker um sich zu scharen, und mit Hilfe eines verlässlichen Lehrstuhlteams sowie Charme, hohem persönlichen Engagement sowie zahllosen freundlich aber bestimmt an die bevorstehende oder bereits verstrichene Abgabefrist erinnernden Telefonaten und fachlichen Gesprächen mit allen Autoren in kürzester Zeit innovative Buchprojekte zu realisieren und am Leben zu erhalten.

Wer immer *Artur-Axel Wandtke* bei einer dieser zahlreichen Aktivitäten begleiten durfte und darf, erlebt einen engagierten Anwalt der Kulturschaffenden, der gerade und auch bei seiner wissenschaftlichen Tätigkeit in Lehre und Forschung die Praxis der Kunst nie aus dem Blick verliert, und bei allen dogmatischen Feinheiten und rechtlichen Herausforderungen das Urheberrecht als Recht der Kulturschaffenden im besten Sinne begreift, als Instrumentarium zur Sicherung des Lebensunterhalts schöpferisch tätiger Men-

schen. In diesem Sinne war und ist *Artur-Axel Wandtke* ein angesehener und vielgefragter Experte des Gesetzgebers im Rahmen der zahlreichen Gesetzesänderungen der jüngeren Vergangenheit und der nahen Zukunft.

Die Bandbreite der in dieser Festschrift versammelten Autoren und Themen spiegeln das bewegte Leben *Artur-Axel Wandtkes* zwischen den sich stets gegenseitig befruchtenden Spannungspolen Kunst und Recht wieder. Diese Festschrift ist ein Dank an *Artur-Axel Wandtke*, verbunden mit den besten Wünschen für viele weitere Jahre ungebremster und innovativer Schaffenskraft, zum Wohle der Kunst, und zum Wohle des Rechts.

Unser Dank gilt der VG Wort, deren Druckkostenzuschuss die Finanzierung dieser Festschrift ermöglicht hat. Ein weiterer herzlicher Dank gebührt Frau Sabine Begemann, die uns mit gutem Rat bei der Zusammenstellung der persönlichen Angaben des Jubilars zur Seite stand.

Berlin und München, im Januar 2013

Die Herausgeber

1. Systematische Fragen zum Urheberrecht

Mobilien, Immobilien, Forderungen – und jetzt Wissen als Rechtsgut?

CHRISTOPH G. PAULUS

I. Die im Titel dieses Beitrags aufgelisteten ersten drei Kategorien sind jedem angehenden Juristen geläufig, haben wir es dabei doch mit der klassischen Einteilung der Vermögensgüter zu tun. Mobilien, Immobilien und Forderungen finden sich zwar nicht einheitlich im 3. Buch des BGB, dem Sachenrecht, – bekanntlich ist es Savignys Klassifikation zu verdanken, dass die Forderungen außer in § 194 BGB noch im Allgemeinen Teil des Schuldrechts, in den §§ 398 ff. BGB, geregelt sind –; doch im 8. Buch der ZPO, dem Zwangsvollstreckungsrecht, stehen sie beieinander: in den §§ 808 ff. die Mobilien, in den §§ 828 ff. die Forderungen und in den §§ 864 ff. die Immobilien. Das ist wenig verwunderlich, konstituiert sich doch typischerweise das Vermögen eines Schuldners aus eben diesen Vermögensgütern, so dass der zwangsweise Zugriff auf sie geregelt werden muss.

Es ist ein bemerkenswerter Beleg für die konzeptionelle Offenheit des Gesetzgebers von 1877, dass er unbeschadet des im hiesigen Kulturkreis tief verankerten Empfindens einer mit einer Dreiteilung einhergehenden Vollkommenheit und Endgültigkeit¹ in Gestalt des § 857 ZPO ein „Öffnungsventil“ in diese Trias der vollstreckbaren Gegenstände eingefügt hat, indem er auch die Vollstreckbarkeit in „andere Vermögensgüter“ geregelt hat. Dort finden sich so unterschiedliche Vermögensgegenstände zusammen wie Patent- oder Urheberrechte, Gesellschaftsanteile, Anwartschaftsrechte oder Eigentümergrundschulden. Vom Wissen ist dort allerdings – zumindest bislang noch – nicht die Rede; und das, wo wir doch allerorten vernehmen können, dass wir uns in einer Wissensgesellschaft befinden – will sagen: in einer Gesellschaft oder Wirtschaftsordnung, in der das Wissen das maßgebliche Wirtschaftsgut ist (quartärer Wirtschaftssektor).

Dass dieses Wirtschaftsgut noch nicht im Rahmen des § 857 ZPO auftaucht, soll hier nicht weiter thematisiert werden. Stattdessen sollen, ungleich bescheidener, nur ein paar Gedankenbruchstücke vorgetragen werden dazu,

¹ Zum beständigen Versuch, Dinge in ein Dreierschema zu bringen, und den möglichen Gründen dafür etwa *Marti*, Geprägtes Recht, in: Zollinger (Hg.), *C. G. Jung im Leben und Denken unserer Zeit*, 1975, 58. S. auch *H. Goudy*, *Trichotomy in Roman Law*, 1910 (Neudruck 1980).

wie man sich vielleicht einer juristisch fassbaren Konturierung dieses neuen, bislang noch im Unbestimmten wabernden Begriffs annähern könnte. Das geschieht in der Hoffnung, damit der wissenschaftlichen Neugier des hochverehrten Jubilars und einzigartigen Kenners des Immaterialgüterrechts ein wenig Futter bieten zu können.

1. In Anbetracht dieser ebenso schlichten wie grundlegenden Aufgabenstellung ist es aufschlussreich, sich überhaupt einmal vor Augen zu führen, wie die Rechtsordnung vorgeht, wenn sie jemandem (rechtstechnisch gesprochen: einem Rechtssubjekt) ein individuelles Recht zuweist. Etwas anders formuliert: Was ist der spezifische Beitrag des Rechts, wenn ein derartiges Rechtssubjekt sagt, ihm gehöre dieses Bild, dieses Grundstück oder er habe eine Forderung etwa gegen seine Bank? Natürlich sind diese drei Beispiele nicht ohne Bedacht so gewählt, wie sie hier vorgetragen werden. Wie schon einleitend erwähnt, repräsentieren diese drei Gegenstände Objekte (rechtstechnisch gesprochen: Rechtsobjekte), die seit langem schon jeweils gesonderter juristischer Behandlung unterworfen werden. Der spätclassische Jurist Ulpian hat die Grundlagen zu der seit dem Mittelalter eingeschworenen Trias ‚mobilia, immobilia et nomina‘ gelegt, also Mobilien, Immobilien und Forderungen.²

2. Das ist im vorliegenden Kontext insofern erheblich, als (deutsche) Juristen nur von Mobilien und Grundstücken sagen, dass man Eigentum daran habe; bei Forderungen ist der entsprechende Ausdruck – etwas unbeholfen – ‚Innehaben‘. Das hängt mit Geschichtlichem zusammen, genauer: mit der letzten Endes zufälligen Beschränkung unseres Sachenrechts (also derjenigen Materie, die für die Zuordnung von Rechtsobjekten an Rechtsobjekte hauptsächlich zuständig ist) auf eine außerordentlich enge Bedeutungsvariante des lateinischen, alt-römischen Wortes *res* im Sinne von körperlicher Sache. Diese körperliche Sache ist gemäß § 90 BGB der Ausgangspunkt sachenrechtlicher Zuordnung – und nur sie allein.

Schaut man sich auf der Grundlage dieser Einengung zunächst einmal eine körperliche Sache – also ein Bild oder ein Grundstück – und die damit einhergehende Aussage näher an, dass diese Sache im Eigentum einer bestimmten Person stehe, so stellt man überrascht fest, dass eben dieses Eigentum außerordentlich unkörperlich ist, recht eigentlich sogar eine Fiktion. Das erkennt man, wenn man sich spaßeshalber einmal die Kontrollfrage stellt, ob man denn schon einmal ‚Eigentum‘ gesehen habe? Natürlich nicht: Was man sieht, ist das Bild, und wenn man die Hand daran legt, so hat man dieses Bild in Besitz. Besitz ist übrigens eine weitere juristische Kategorie, die (zumindest in ihrem Ausgangspunkt) mit der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache zu tun hat. Das Eigentum dagegen ist eine davon gesonderte Angele-

² Vgl. D 42.1.15.2 (Ulp).

genheit; Eigentum an dem Bild bleibt auch dann bestehen, wenn der Eigentümer sich gerade auf der diametral entgegengesetzten Seite des Globus befindet.

Eigentum ist mithin nichts weiter als ein Gedankenkonstrukt, mit dessen Hilfe Juristen bestimmte Seiten des menschlichen Zusammenlebens konstruieren. Wenn allerdings sogar Juristen von einer Eigentumsverletzung sprechen, weil beispielsweise ein Irrer das Bild beschädigt hat, so ist diese Terminologie – streng genommen – falsch; denn anders als der tatsächliche Gegenstand (= Bild) kann ein Gedankenkonstrukt schwerlich verletzt werden. Es ist allerdings so, dass die Tatsache, dass jemand das Eigentum an dem Bild hat, dazu führt, dass dem Grundsatz nach allein diese Person das Recht hat, Ersatz für den von ihm erlittenen Schaden zu verlangen.

3. Irritierender werden derartige Überlegungen, wenn man sich nunmehr das Pendant zum Eigentum, also die Innehabung von Forderungen, genauer ansieht. Während man nämlich im Vorangehenden wenigstens noch Konkret-Gegenständliches, d.h. ein Bild oder ein Grundstück, als Grundlage juristischer Überlegungen vor Augen haben konnte, geht nunmehr auch dieser greifbare Fundus verloren. Das erkennt man erneut, wenn man sich auch hier der Kontrollfrage zuwendet, ob man je schon eine Forderung zu Gesicht bekommen habe? Auch hier: natürlich nein. Denn die Forderung ist lediglich ein Recht, von jemand anderem – wie es in der einschlägigen Norm heißt – „ein Tun oder Unterlassen“ zu verlangen; §§ 194, 241 BGB. Ein Recht ist aber erneut nichts weiter als ein Gedankenkonstrukt, dem in der realen Welt kein greifbares Pendant entspricht.

Freilich – schon seit Jahrtausenden bemühen sich die Juristen darum, die Fiktionalität einer Forderung zu vergegenständlichen: Der für die Rechtsentwicklung unserer Welt unendlich bedeutsame frühmittelalterlich-ostromische Kaiser Justinian kennzeichnete eine Forderung als ein *vinculum iuris*,³ also als eine vom Recht angelegte Fessel; in der heutigen Zeit hat sich dieses Sprachbild etwas humanisiert, indem man eine Forderung nunmehr gern als ein „Band zwischen Gläubiger und Schuldner“ verbildlicht. Aber natürlich gibt es in der Realität kein wirkliches Band, das mich mit meiner Bank verbinden würde; das sind allein Erklärungsversuche, um Fiktives vorstellbar zu machen. An der Tatsache, dass es sich bei der Forderung einzig und allein um Gedachtes-Ungegenständliches handelt, vermögen alle Sprachbilder nichts zu ändern; auch nicht, wenn ich etwa ein Schriftstück (d.h. Wertpapier) aufsetze, das diese Forderung repräsentieren soll.

Diese letztere Aussage führt zu der sich aus den voranstehenden Überlegungen gespeisten Einsicht, dass die Innehabung einer Forderung so etwas ist wie ein Konstrukt – nämlich „Eigentum“ – an einem Konstrukt – nämlich

³ Iust. Inst. XIII pr.

„Forderung“. Mit anderen Worten, die juristische Welt operiert hier auf einer Weltanschauung, die lediglich in den Köpfen der Menschen existiert, der aber keine konkret-gegenständliche Substanz entspricht. Ohne das hier weiter vertiefen zu wollen, sei aber immerhin darauf verwiesen, dass sich die bisherigen Irritationen noch steigern lassen – dann nämlich, wenn man der (wirklichen und praktischen Bedürfnissen entsprechenden) Frage nachgeht, wie denn die Eigentumsverhältnisse an Gegenständen sind, die es lediglich in Internetspielen gibt.⁴ Parallelwelten wie „Second Life“ machen diese Frage auch heute schon zum teilweise erbittert umkämpften Problem.⁵ Hier sind die in Frage stehenden Rechtsobjekte digitalisierte, auf irgendwelchen Speichermedien irgendwo festgehaltene Magnetisierungszustände, die sich mit einer spezifischen Zusammenstellung von Einsen und Nullen beschreiben lassen.

II. Bisher war die Rede nur von den herkömmlichen, d.h. schon im antiken römischen Recht operationabel gemachten Rechtsobjekten. Deren Präsentation und Erläuterung ist als Vorbild vonnöten, um anhand dessen erkennen zu können, auf welche Weise die Rechtsordnung verfährt, wenn es Einzelrechte einem Rechtssubjekt zuordnet. Sie erreicht dies gleichsam mit einem Trick, indem sie nämlich lediglich gedachte – und damit fiktive – *labels* schafft, die den betreffenden Gegenstand (sei er konkret existent oder sei er nur gedacht) als dem oder dem zugeordnet ausweisen. Sehe ich beispielsweise die Armbanduhr am Handgelenk meines Gegenüber, bin ich dazu in der Lage und befugt, mir sogleich dazuzudenken, dass er auch Eigentümer daran haben müsse (kompliziert – und für die vorliegenden Zwecke uninteressant – wird es, wenn diese Schlussfolgerung einmal unrichtig ist). Hieran schließt sich nunmehr die Frage an, ob sich dieser Befund auf das Wissen übertragen lässt. Die zunächst einmal ernüchternde Antwort auf diese Fragen kann gar nicht anders als verneinend sein – denn zunächst muss einmal geklärt sein, was man unter Wissen verstanden wissen will.

1. So wie man kein Eigentum an irgendwelchen Uhren haben kann, sondern nur an konkreten – und seien sie auch noch so viele –, kann man auch nicht „das Wissen“ als solches zuordnen. Was nämlich soll davon erfasst sein? Bei der UNESCO in Paris wurde 2010 „die französische Küche“ zum Weltkulturerbe ernannt; derzeit streitet man sich – ernsthaft! – um die gleiche Qualifikation der „Pizza Napoletana“ (sic!). Auch wenn ein derartiger „Ritterschlag“ selbstverständlich mit massiven finanziellen Implikationen einhergeht, bedeutet der Kampf darum aber auch zugleich, dass es hierbei gleichfalls um Wissen geht. Dieses Beispiel lädt ein zu allen möglichen Weiterun-

⁴ Dazu etwa *Berberich*, Virtuelles Eigentum, 2010; *Schneider*, Virtuelle Werte, 2010.

⁵ In insolvenzrechtlicher Hinsicht s. etwa *Paulus*, A Bank's Insolvency: Irritating Connections between a Virtual and the Real World in Second Life, IILR 2010, 10 f.

gen: Wissen ist dann also nicht mehr allein das, was an höheren Bildungsanstalten wie Universitäten oder Akademien mühsam angeeignet wird, oder doch zumindest das, was in mindestens Jahre währender Ausbildung erworben wird; Wissen ist dann, Kochrezepten vergleichbar, auch das, was den Improvisationskünstler in diesem Moment umtreibt, was den erfolgreichen Krieger, den Sportler, kurz: jeden einzelnen Menschen auszeichnet.

Die Beispiele zeigen, gerade in der Willkür ihrer Auswahl, dass man eingrenzen muss, wenn man ernsthaft von rechtlicher Zuordnung von Wissen sprechen will. Genau dies tut die Rechtsordnung seit einiger Zeit. Dabei ist an dieser Entwicklung insbesondere der geistesgeschichtliche Hintergrund aufschlussreich; zeigt sich doch an ihm, wie sich im Laufe der Zeit das Bedürfnis entwickelt, bestimmtes Wissen dem Schutz des Rechts zu unterstellen und damit auch zugleich einen ökonomischen Regeln gehorchenden Markt für eben dieses Wissen zu schaffen. Das schlagendste Beispiel dafür ist die Entwicklung des Urheberrechts:⁶ Das Empfinden, dass der Plagiator sich die Sache auf Kosten des Original-Schaffenden einfach macht oder gar einen Diebstahl begeht – dieses Wissen bzw. Missvergnügen hat man bereits in der griechischen und römischen Antike empfunden. Berühmt ist das Epigramm des römischen Dichters Martial aus dem ersten nachchristlichen Jahrhundert, in dem er einen seiner Plagiatoren öffentlich anprangert. Schutzbedürfnis empfand man also durchaus, jedoch instrumentalisierte man dafür nicht das Recht.⁷ Auf gerade rechtlichen Schutz baute man erst sehr viel später, basierend auf einem komplexen Amalgam von diversen Entwicklungen – etwa im 17. und 18. Jahrhundert. Wie wir aus rückblickender Perspektive erkennen können, war die entscheidende Weichenstellung für die Emanation des Urheberrechts, dass aus der Fülle des Wissens dasjenige individualisiert wurde, das sich in einem Werk verkörperte. Dieser Terminus – „Werk“ – ist denn bis heute auch der Zentralbegriff dieses Rechtsgebietes. Wenn es ein Werk gibt, kann der rechtliche Schutz des Urhebergesetzes eingreifen.

2. Wenn man in Parallele dazu etwa das Patentrecht betrachtet und dessen Zentralbegriff „technische Erfindung“, der allein – aber eben auch: immerhin – juristischer Schutz zuteil wird, zeigt sich deutlich, welche Vorarbeit geleistet werden muss, um im juristisch relevanten Sinne der Frage nachgehen zu können, wem das Wissen gehört. Wenn man über den vorhandenen Schutz des Urheber- und Patentrechts oder der sonstigen, jetzt schon geschützten Wissenskategorien hinausgelangen will, benötigt man mithin zuerst eine wie auch immer zu definierende Eingrenzung dieses Wissens; es muss eine den Begriffen „Werk“ bzw. „technische Erfindung“ vergleichbare

⁶ Zum Folgenden s. nur *Wandtke*, Urheberrecht, 3. Aufl, 2012, 1. Kap, Rz. 2 ff., S. 4 ff.

⁷ Hierzu aufschlussreich *Schickert (de la Durantaye)*, Der Schutz literarischer Urheberschaft im Rom der klassischen Antike, 2005.

Kategorie gefunden werden, um mit ihrer Hilfe dann einen entsprechenden Schutz zu entwickeln.

Die historische Erfahrung zeigt freilich, dass ein solcher Schritt nicht gewissermaßen „am Reissbrett“ entworfen werden kann; vielmehr entwickelt sich Recht üblicherweise so, dass sich das Bewusstsein einer Regelungslücke allmählich verdichtet; hunderte, tausende, ja sogar abertausende Einzelfälle sind nötig, um das Bewusstsein zu schärfen, dass sie alle ein Gemeinsames, noch auf einen gemeinsamen Nenner zu Bringendes verbindet. Als ein herausragendes Beispiel für diese Mühseligkeit mag der (an sich überhaupt nicht in den vorliegenden Kontext passende) Begriff der Fahrlässigkeit dienen: In dem XII-Tafelgesetz aus dem Jahre 450 v. Chr. umschreiben die alten Römer das adressierte Phänomen so, dass „der Speer die Hand mehr flieht, als dass er geworfen wird“.⁸ Sie, die die Lehrmeister des rechtlichen Denkens sind – in weiten Teilen des Zivilrechts sogar noch in die heutige Zeit hinein wirkend –, haben es in tausendjährigem Schaffen nicht vermocht, zu der heute gültigen Definition zu kommen, dass Fahrlässigkeit dann vorliegt, wenn man „die im Verkehr übliche Sorgfalt außer Acht lässt“, § 276 BGB.

III. Mit diesen skizzenhaften Überlegungen soll es hier sein Bewenden haben. Das ist zwar ernüchternd und ein wenig unbefriedigend, doch in Anbetracht der enormen Herausforderung, das Wissen juristisch operationabel und zuordnenbar zu machen, ist der Rückblick auf bisheriges, vergleichbares Vorgehen vielleicht doch ein wenig hilfreich. Der Jubilar jedenfalls ist dank seiner Interessenausrichtung auf das Immaterialgüterrecht einer der Vorkämpfer für diese Aufgabe. Möge er die vorstehenden Gedanken mit Gewinn, und sei er noch so gering, lesen.

⁸ Tab. VIII 24a: Si telum manu fugit magis quam iecit, aries subicitur.

Weniger Urheberrecht ist mehr

HAIMO SCHACK

I. Handlungsbedarf

Das Urheberrecht befindet sich in einer Legitimationskrise. Um die richtige Balance zwischen den Interessen der Urheber, der kommerziellen Verwerter und der Kulturverbraucher wird so heftig gestritten wie nie zuvor. Manche Widersprüche sind offensichtlich: Einerseits ist die Politik sich der Gefahr einer „Hypertrophie der Schutzrechte“ bewusst,¹ andererseits werden Schutzfristen immer weiter verlängert² und die Einführung immer neuer, fragwürdiger Leistungsschutzrechte vorbereitet³ oder gefordert.⁴ Einerseits will man die Medienkompetenz der Bevölkerung stärken, andererseits werden die Nutzer einem erheblichen Haftungsrisiko ausgesetzt, wenn sie etwa ihren WLAN-Anschluss nicht ausreichend sichern⁵ oder fremde Texte und Bilder ins Internet stellen. Einerseits soll das Urheberrecht besondere schöpferische Leistungen belohnen und Investitionen absichern, andererseits setzen viele digitale Bild- und Tonaufnahmen heute weder besondere Fertigkeiten noch Investitionen voraus, die ein Schutzrecht rechtfertigen könnten.

Das Internet leistet einen fundamentalen Beitrag zur Meinungs-, Informations- und Kunstfreiheit, indem jeder Nutzer als Autor, Verleger oder Künstler ohne großen finanziellen und technischen Aufwand ein unbegrenztes Publikum erreichen kann. Während der Aufwand für die Schaffung⁶ und

¹ Vgl. den Vortrag der damaligen Bundesjustizministerin Zypries auf der GRUR-Jahrestagung am 17.9.2004, GRUR 2004, 977–980.

² So für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller von 50 auf 70 Jahre durch die bis zum 1.11.2013 umzusetzende Richtlinie 2011/77/EU vom 27.9.2011, EU-ABl. L 265, S. 1.

³ Für Presseverleger im Regierungsentwurf vom 29.8.2012 (§§ 87f–87h UrhG-E).

⁴ Für Sportveranstalter z.B. von Hilty/Henning-Bodewig, Leistungsschutzrechte zugunsten von Sportveranstaltern?, 2007 (Rechtsgutachten); hierzu Heermann, GRUR 2012, 791–799. Vgl. auch EuGH GRUR 2012, 156 Tz. 100 ff., 103 – Football Association Premier League und Murphy.

⁵ BGHZ 185, 330 = GRUR 2010, 633 mit Anm. Stang/Hübner – Sommer unseres Lebens.

⁶ Vor allem in der Remix-Kultur; vgl. Lessig, Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy, New York 2008. Kritisch Wandtke, UFITA 2011-III, 649, 650 ff.

Verbreitung neuer Werke drastisch sinkt, steigt im weltumspannenden Medium des Internets das Risiko, fremde Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte zu verletzen, exponentiell. Dieses Risiko versucht man mit einer gesetzlichen Haftungsprivilegierung von Internet Service Providern einzudämmen⁷ und bei der Störerhaftung durch eine mühsame richterrechtliche Konkretisierung von Prüfungspflichten.⁸ Auf der Strecke bleiben jedoch die Anbieter eigener Inhalte, § 7 I TMG. Ihnen kann man nur helfen, indem man das Dickicht der Immaterialgüterrechte lichtet.

Der folgende Beitrag will nicht die Axt an das Urheberrecht legen, sondern aufzeigen, wie man diesen wild gewachsenen Obstbaum so zurückschneiden kann, dass er weniger Schatten wirft, bessere Früchte trägt und wieder mehr geschätzt und respektiert werden kann. Die gegenwärtige Diskussion beschränkt sich regelmäßig auf die Einführung neuer oder die Erweiterung bestehender Schranken. Doch ist es mit einer solchen Schrankenkosmetik, dem Abschneiden einzelner äußerer Zweige, nicht getan. Um den Baum wieder in eine überzeugende Form zu bringen, müssen vielmehr ganze Äste entfernt werden. Gefragt ist also die Säge und nicht die Heckenschere. Meine These, von der ich glaube, dass sie auch bei Artur Wandtke auf Zustimmung stößt,⁹ lautet: Weniger Urheberrecht ist mehr.¹⁰

II. Lichtbilder, Laufbilder, einfache Datenbanken

1. Das Missverhältnis von Schutzbedürftigkeit und Störpotenzial ist besonders groß bei einfachen Lichtbildern, die im deutschen Recht gemäß § 72 I UrhG wie Lichtbildwerke (§ 2 I Nr. 5 UrhG) geschützt werden. Der Grund hierfür liegt außer in der starken Fotografenlobby in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts¹¹ in den angeblich „unüberwindlichen Abgrenzungsschwierigkeiten“.¹² Indes kann man dieser Abgrenzung schon wegen der unterschiedlichen Schutzfrist in § 72 III UrhG und wegen des fehlenden Schutzes von Lichtbildern auf internationaler Ebene nicht ausweichen.¹³

⁷ Vgl. §§ 7 II, 8–10 TMG und *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Aufl. 2013, Rn. 771 f.

⁸ Vgl. OLG Hamburg MMR 2012, 393 – Rapidshare II; *Schack*, UrhR, Rn. 767; *ders.*, Täter und Störer: Zur Erweiterung und Begrenzung der Verantwortlichkeit durch Verkehrspflichten, in FS Reuter 2010, S. 1167–1182.

⁹ Vgl. zuletzt *Wandtke*, Aufstieg oder Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter?, UFITA 2011-III, 649–684.

¹⁰ Mit der Devise „weniger ist mehr“ strebte der Architekt Ludwig Mies van der Rohe (1886–1969) die Reduktion auf das Wesentliche an.

¹¹ Vgl. *Schack*, in GedS Eckert 2008, S. 725, 736.

¹² RegE BTDr. IV/270, S. 89.

¹³ *Schack*, UrhR, Rn. 720.

Das Urheberrecht schützt keine handwerklichen, sondern nur künstlerische Leistungen, nur „persönliche geistige Schöpfungen“ (§ 2 II UrhG). Von ihnen kann bei banalen Urlaubsfotos so wenig die Rede sein wie bei professionellen Produktfotos. Die rein handwerkliche Leistung eines Reproduktionsfotografen verdient verglichen mit der von Malermeistern oder technischen Zeichnern keinen besonderen Schutz, nur weil Ersterer sich bei seiner Arbeit des Lichts oder einer anderen strahlenden Energie bedient. Allen Fotografen unter dem Mantel der „verwandten Schutzrechte“ (nahezu) vollen Urheberschutz zu gewähren, war deshalb ein schwerer Fehler.

Die negativen Auswirkungen dieses unverdienten Schutzes auf die Kommunikationsfreiheit zeigen sich, wenn im Internet frei zugängliche, aber de lege lata nach § 72 I UrhG geschützte Produktfotos zur Illustration eines Verkaufsangebots auf eBay oder zu ähnlichen Zwecken genutzt werden.¹⁴ Die Meinungs- und Kunstfreiheit (Art. 5 I, III GG) wird empfindlich getroffen, wenn über den Lichtbildschutz von Reproduktionsfotografien die Zitierfreiheit (§ 51 UrhG) der abgebildeten Kunstwerke unterlaufen werden kann.¹⁵ Die unhaltbare Situation wird dadurch noch verschärft, dass manche Untergerichte die (angeblich) angemessene Lizenzgebühr wegen unterlassenen Bildquellennachweises (§ 13 UrhG) pauschal verdoppeln.¹⁶ Hier haben die Reproduktionsfotografen und ihre Anwälte im Internet eine lukrative Einnahmequelle entdeckt, die spürbar dazu beiträgt, dass das Urheberrecht insgesamt unter den Internetnutzern in Misskredit geraten ist.

2. Für den Schutz einfacher Laufbilder durch §§ 95, 94 UrhG gilt das Gleiche. Anders als ambitionierte Filmwerke (§ 2 I Nr. 6 UrhG) lassen sich Laufbilder heute ohne großen technischen Aufwand herstellen. Das gilt für die Bedienung eines Handys oder einer Digitalkamera wie für die Bearbeitung der Digitalisate. Wenn der Fotograf vor der Kamera kein Werk inszeniert, gibt es keinen Grund, die mechanisch-handwerkliche Ablichtung der Realität mit einem urheberrechtsähnlichen Monopolrecht (§ 94 UrhG) zu belohnen. Das wird die Pornofilmindustrie naturgemäß anders sehen; doch wo künstlerische Ambitionen fehlen, hat das Urheberrecht nichts verloren. Und vor schmarotzenden Konkurrenten schützt das Lauterkeitsrecht (s. unten VII).

3. Im Hinblick auf die Informationsfreiheit (Art. 11 GRCh, Art. 5 I GG) bedenklich ist auch der von der EU befohlene sui-generis-Schutz einfacher Datenbanken in §§ 87a ff. UrhG.¹⁷ Hier werden nicht nur Werke, sondern

¹⁴ OLG Braunschweig MMR 2012, 328 – Produktfotos bei eBay; BGH GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de.

¹⁵ So die wohl noch h.M.; dagegen *Schack*, Bildzitate zu Lasten der Fotografen?, in FS Pfennig 2012, S. 207–215, 210 m.w.N., und in UrhR, Rn. 550.

¹⁶ Nachweise bei *Schack*, UrhR, Rn. 784. Dogmatisch richtig ist der Weg über den Ersatz des immateriellen Schadens gemäß § 97 II 4 UrhG.

¹⁷ Beruhend auf Art. 7 der RL 96/9/EG vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, EG-ABl. 1996 L 77, S. 20.

auch schlichte, aber womöglich wichtige Daten mittelbar monopolisiert, wenn diese nämlich außerhalb der geschützten Datenbank nicht oder nur schwer zugänglich sind. Für ein Leistungsschutzrecht fragwürdig ist schon der Schutzgegenstand, die „wesentliche Investition“ des Datenbankherstellers.¹⁸ Nur weil etwas Geld gekostet hat, muss es noch lange nicht immaterialgüterrechtlich geschützt werden. Auch hat die EU-Kommission ihr Ziel, die europäische Datenbankindustrie zu stärken, nach eigenem Eingeständnis nicht erreicht,¹⁹ während die Konkurrenz in den USA auch ohne ein Datenbankherstellerrecht floriert. Die logische Konsequenz, ein nutzloses Schutzrecht, das auf nationaler wie europäischer Ebene unzählige Gerichtsentscheidungen provoziert, wieder abzuschaffen, hat die EU-Kommission dennoch nicht gezogen. Das ist ein Beispiel dafür, wie schwer die Korrektur verfehlter Immaterialgüterrechte fällt, wenn sich die Rechteinhaber erst einmal an sie gewöhnt haben. Mit der Abschaffung dieses Sonderschutzes entstehen im Internet Freiräume für Linksammlungen und andere nicht urheberschutzfähige Zusammenstellungen von Daten.

III. „Kleine Münze“ des Urheberrechts

1. Lichten muss man nicht nur den Wildwuchs der Leistungsschutzrechte (oben II), sondern auch die „kleine Münze“ des Urheberrechts.²⁰ Bedienungsanleitungen, Formulare, einfache Computerprogramme und andere Erzeugnisse des menschlichen Geistes, die allenfalls Spurenelemente einer schöpferischen Tätigkeit enthalten, verdienen keinen absoluten, immaterialgüterrechtlichen Schutz, erst recht nicht für die Dauer von 70 Jahren post mortem auctoris. Die „Schöpfer“ solcher Allerweltsprodukte sind meist unbekannt, auch interessiert sich niemand für sie. Das Urheberrecht dient hier nur als Waffe der Verwertungsindustrie, es wird wirtschaftspolitisch instrumentalisiert. Die Masse der alltäglichen Erzeugnisse kann nicht den gleichen Schutz und erst recht nicht den gleichen Respekt der Bevölkerung verlangen wie die große Kunst, in deren Gefolge die kleine Münze mitschwimmt. Völlig mit Recht setzt die Rechtsprechung deshalb die Schutzwelle bei Werken der angewandten Kunst deutlich höher an,²¹ und auch an die Individua-

¹⁸ § 87a I 1 und II UrhG; vgl. *Schack*, UrhR, Rn. 744.

¹⁹ Vgl. den Evaluierungsbericht vom 12.12.2005 zur Datenbank-RL und die Stellungnahme des MPI für Geistiges Eigentum in GRUR Int. 2006, 725–728.

²⁰ Für deren Zurückdrängung *Schack*, UrhR, Rn. 297 f. m.w.N.; *Wandtke*, UFITA 2011-III, 658; *Rehbinder*, Urheberrecht, 16. Aufl. 2010, Rn. 61; *Gernot Schulze*, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, 1983, S. 279 ff.; *Peifer*, Das Urheberrecht und die Wissensgesellschaft, UFITA 2007-II, 327, 354; *Ulf Müller*, in FS Pfennig 2012, S. 179, 192, 198.

²¹ *Schack*, UrhR, Rn. 232 m.w.N. Das ist verfassungsgemäß, BVerfG GRUR 2005, 410 f. – Laufendes Auge.

lität von wissenschaftlichen Werken, Anwaltsschriftsätzen und Briefen stellt sie deutlich höhere Anforderungen.²² Bei anderen Sprachwerken und bei Musikwerken²³ großzügiger zu sein, besteht kein Anlass.

Dass Werke der „kleinen Münze“ nur einen kleinen, dem geringen Gestaltungsspielraum entsprechenden Schutzzumfang aufweisen, macht ihren urheberrechtlichen Schutz darum längst noch nicht harmlos. Zum einen partizipieren sie zu Lasten der übrigen Urheber an dem Aufkommen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen, das von den Verwertungsgesellschaften verteilt wird. Zum anderen entfalten Urheberrechte an Werken der kleinen Münze, auch wenn sie praktisch oft nicht durchgesetzt werden, ein erhebliches Abschreckungspotenzial. Viele Nutzer und Urheber werden von einer Nutzung oder Bearbeitung vorsichtshalber Abstand nehmen, wenn sie nicht sicher abschätzen können, ob ein Werk urheberrechtlich geschützt ist und die Rechte auch geltend gemacht werden. Die Profit maximierenden Abmahnwellen mancher Anwälte²⁴ tragen zusätzlich zur Einschüchterung (und Empörung) der Bevölkerung bei. Die Lösung kann hier nur in einer deutlichen Heraufsetzung der Schutzwelle bestehen. Nur wenn für jedermann offensichtlich ist, dass eine schutzwürdige, besondere schöpferische Leistung vorliegt, kann man Respekt für das Urheberrecht erwarten.

2. Während Leistungsschutzrechte nur vom Gesetzgeber geschaffen und wieder abgeschafft werden können, hätte die Rechtsprechung es grundsätzlich selbst in der Hand, die Schutzwelle des § 2 II UrhG anzuheben. Adressat für solche Forderungen ist heute allerdings immer weniger der deutsche Bundesgerichtshof als vielmehr der EuGH in Luxemburg. Denn der Werkbegriff ist in wichtigen Teilbereichen durch EU-Richtlinien vorgegeben. So ist die nötige Individualität von Computerprogrammen und Lichtbildwerken zu bejahen, wenn „sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind“.²⁵ Diese eher niedrige Schutzwelle will der EuGH auch auf andere Werkarten anwenden.²⁶

Diese über den sektoralen Geltungsbereich der EU-Richtlinien hinausgehende Rechtsangleichung durch Richterrecht setzt sich über den begrenzten Regelungswillen der Mitgliedstaaten hinweg. Hier erweist sich der EuGH einmal mehr als selbstständiger Integrationsmotor der EU. Das wird bedenklich, wenn der EuGH durch seine Rechtsprechung die Schlagseite der ver-

²² *Schack*, UrhR, Rn. 205, 296 m.w.N.

²³ Restriktiv für „unwesentliche“ Bearbeitungen von Werken der Volksmusik auch § 3 Satz 2 UrhG; vgl. *Schack*, UrhR, Rn. 272 f.

²⁴ Hierzu etwa *Malkus*, Harry Potter und die Abmahnung des Schreckens, MMR 2010, 382–388.

²⁵ Art. 1 III 1 Computerprogramm-RL, Art. 6 Schutzdauer-RL.

²⁶ So für die Vervielfältigung von Werkteilen in Art. 2 Harmonisierungs-RL EuGH GRUR 2009, 1041 mit Anm. *Gernot Schulze* 1019 – Infopaq I.

werterfreundlichen EU-Gesetzgebung noch verstärkt. Beispiele sind die unzureichende Berücksichtigung der Nutzerinteressen in der abschließenden, unflexiblen Regelung der Schranken in Art. 5 Harmonisierungs-RL, aber auch das von der EU ausgehandelte Anti-Counterfeiting Trade Agreement²⁷ (ACTA), das zum Glück im Juni 2012 im EU-Parlament gescheitert ist. Wenn die EU immer wieder einseitigen Verwerterinteressen nachgibt, wie zuletzt bei der Schutzfristverlängerung zugunsten von ausübenden Künstlern und Tonträgerherstellern (s. unten V), vergrößert das die Akzeptanzprobleme nicht nur des Urheberrechts, sondern auch der Europäischen Union. Der Aufgabe, das hypertrophe Urheberrecht auf eine konsensfähige Form zurückzuschneiden, müssen sich deshalb auch die EU und insbesondere der EuGH stellen.

IV. Andere Monopolisierungsversuche

Das Urheberrecht gerät auch dadurch in Misskredit, dass immaterialgüterrechtsgleiche Befugnisse sachfremd aus anderen Rechten hergeleitet werden.

1. Dazu kann es leicht unter dem Mantel des Schutzes nachgelassener Werke (§ 71 UrhG) kommen. So hat das LG Magdeburg dem Land Sachsen-Anhalt als Eigentümerin der 3600 Jahre alten Himmelscheibe von Nebra, die (auf 25 Jahre befristeten) Verwertungsrechte gemäß § 71 UrhG zugesprochen.²⁸ Das war gleich doppelt verfehlt: Zum einen erfasst § 71 I 2 UrhG in richtlinienkonformer Auslegung von Art. 4 Schutzdauer-RL überhaupt nur solche Werke, die irgendwann einmal urheberrechtlich geschützt gewesen sind.²⁹ Zum anderen ist Inhaber dieses Leistungsschutzrechts niemals der Eigentümer als solcher,³⁰ sondern der Verleger, der die schutzwürdige Leistung des Erscheinenlassens erbracht hat.³¹ Aus dem Sacheigentum allein folgen bei § 71 UrhG so wenig wie sonst irgendwelche urheberrechtlichen Befugnisse.

2. Die grundverschiedenen Ebenen des Sachenrechts und des Immaterialgüterrechts vermischt hat der für das Grundstücksrecht zuständige V. Zivilsenat des BGH, wenn er dem Grundstückseigentümer „das ausschließliche Recht zur Anfertigung und Verwertung von Fotografien von Bauwerken und

²⁷ Zu ihm *Stieper*, Das [ACTA] – wo bleibt der Interessenausgleich im Urheberrecht?, GRUR Int 2011, 124–131.

²⁸ LG Magdeburg GRUR 2004, 672, 673 – Himmelscheibe von Nebra.

²⁹ Ausführlich *Eva Langer*, Der Schutz nachgelassener Werke, 2012, S. 86 ff., 160; a.A. *Waitz*, Das Leistungsschutzrecht am nachgelassenen Werk, 2008, S. 78 f.

³⁰ Gegen das LG Magdeburg mit Recht *Langer* (vorige Fn.), S. 151; *Waitz* (vorige Fn.), S. 57; *Stieper*, GRUR 2012, 1083, 1085.

³¹ *Schack*, UrhR, Rn. 738, 740; *Langer* aaO, S. 152 f.; *Stieper*, GRUR 2012, 1085.

Gartenanlagen [zuspricht], soweit diese Abbildungen von seinem Grundstück aus angefertigt worden sind“.³² An einer Eigentumsbeeinträchtigung (§§ 823 I, 1004 I 2 BGB) fehlt es jedoch nicht nur dann, wenn das Objekt vom öffentlichen Raum aus gemäß § 59 UrhG frei fotografiert und solche Fotos auch kommerziell genutzt werden dürfen,³³ sondern generell. Die Fotografie greift weder in die Substanz noch in die Nutzungsmöglichkeit der abgebildeten Sache ein. Genutzt wird nur das Grundstück, das der Fotograf betreten hat. Das Betreten kann der Grundstückseigentümer verbieten, darum aber längst noch nicht den Erlös aus allen ungenehmigten Handlungen beanspruchen, die auf seinem Grundstück vorgenommen worden sind.³⁴ Die Bildrechte stehen allein dem Fotografen zu und vorrangig dem Urheber, wenn das fotografierte Objekt (noch) urheberrechtlich geschützt ist, niemals jedoch dem Grundstückseigentümer.

Die Gefahr, die von dieser verfehlten Rechtsprechung des V. Zivilsenats für die Urheber und die Allgemeinheit ausgeht, hat sich bereits realisiert: Gestützt auf das Grundeigentum der Berliner Verkehrsbetriebe BVG an ihren Bahnhöfen und U-Bahn-Waggons hat das LG Berlin dem Produzenten des Filmwerks „Unlike U-Trainwriting in Berlin“ jede Vervielfältigung und Verbreitung der ungenehmigten Filmaufnahmen der Verkehrsmittel und der Betriebsanlagen der Klägerin verboten.³⁵ Die beiden inkriminierten Filmszenen zeigen verummte Personen, die einen U-Bahn-Waggon im Bahnhof von außen und unterwegs von innen mit Graffiti besprühen. Dem BGH³⁶ folgend meint das LG Berlin, dass der Verwertung der ungenehmigten Abbilder „gegenüber ihrer Herstellung ein eigener – zusätzlicher – Unrechtsgehalt inne wohnt mit der Folge, dass auch die isolierte Verwertung fremder Bilder für sich genommen eine Eigentumsstörung darstellt“.³⁷ Aber wer eine fremde Straftat filmt, wird dadurch noch nicht zum Mittäter einer Sachbeschädigung oder eines Hausfriedensbruchs, und ein Filmregisseur bzw. Produzent, der solches Filmmaterial in ein Filmwerk integriert, handelt erst recht nicht unerlaubt, sondern im Rahmen seiner grundrechtlich garantierten Kunstfreiheit.

3. Gegenüber dem Urheberrecht bedenklich verselbstständigt hat sich auch der Schutz technischer Maßnahmen durch den 2003 eingefügten § 95a

³² BGH (V ZR 45/10 – Preußische Schlösser und Gärten) JZ 2011, 371, 1. Leitsatz, mit abl. Anm. *Schack* = GRUR 2011, 323 mit abl. Anm. *H. Lehment* = ZUM 2011, 327 mit abl. Anm. *Stieper*. Kritisch auch *Dreier*, in FS Pfennig 2012, S. 15, 22 f.

³³ BGH (vorige Fn.), Tz. 12; BGH NJW 1989, 2251, 2252 – Friesenhaus (I. ZS).

³⁴ *Schack*, JZ 2011, 376; *Stieper*, ZUM 2011, 332; vgl. auch *H. Lehment*, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, 2008, S. 106.

³⁵ LG Berlin ZUM 2012, 815 = KUR 2012, 178 mit Anm. *B. Raue* 166.

³⁶ Oben Fn. 32 Tz. 17.

³⁷ LG Berlin KUR 2012, 178, 181.

UrhG.³⁸ Während Art. 11 WCT die Vertragsstaaten nur zum Schutz solcher technischer Maßnahmen verpflichtet, „die Handlungen in Bezug auf ihre Werke einschränken, die die betreffenden Urheber nicht erlaubt haben oder die gesetzlich nicht zulässig sind“, schützen Art. 6 Harmonisierungs-RL und der sie umsetzende § 95a UrhG technische Schutzmaßnahmen um ihrer selbst willen, also auch dann, wenn sie die Nutzung von gemeinfreien Werken oder solche Nutzungshandlungen verhindern sollen, die von den gesetzlichen Schranken des Urheberrechts gedeckt wären.³⁹ Das Ergebnis ist ein „Pseudo-Urheberrecht“, das die vom Urheberrechtsgesetzgeber angestrebte Balance von Monopolisierungs- und Allgemeininteressen zum Vorteil von Verwertern verschiebt, die technische Schutzmaßnahmen einsetzen.⁴⁰ Damit geht faktisch ein weiteres Stück Gemeinfreiheit verloren.

V. Sicherung der Gemeinfreiheit

Immer wieder gibt der Gesetzgeber dem Drängen der Verwertungsindustrie nach, indem er urheberrechtliche Schutzfristen ein ums andere Mal verlängert und neue Schutzrechte schafft. Dadurch wird im Interesse individueller Monopole die Gemeinfreiheit Stück für Stück zurückgedrängt und die Allgemeinheit um ihren Teil des Deals – zeitlich und inhaltlich begrenzte Monopolrechte gegen anschließende freie Nutzung für alle – betrogen.

Die jüngste Verlängerung der Schutzfrist für ausübende Künstler und (primär) für Tonträgerhersteller durch die Richtlinie 2011/77/EU⁴¹ war deshalb ein Fehler, ebenso die Heraufsetzung der allgemeinen Schutzfrist des Urheberrechts von 50 auf 70 Jahre post mortem auctoris in § 64 UrhG durch den deutschen Gesetzgeber von 1965. Dass sich der europäische Gesetzgeber dem mit der Schutzdauer-RL von 1993 angeschlossen hat,⁴² macht die Sache nicht besser. Die Enkel und Urenkel von Urhebern verdienen kein arbeitsloses Einkommen, und die legitimen Amortisationsinteressen der Verwerter sind 50 Jahre nach dem Tode des Urhebers längst befriedigt. Geboten ist deshalb eine Verkürzung der Schutzfrist auf die international üblichen 50 Jahre post mortem auctoris.⁴³

³⁸ Verstöße hiergegen werden nicht durch § 97 UrhG, sondern über § 823 II BGB sanktioniert; BGH GRUR 2008, 996, 997 – Clone-CD; *Schack*, UrhR, Rn. 839 m.w.N., und sogar mit den Mitteln des Strafrechts in § 108b UrhG.

³⁹ § 95b UrhG privilegiert auf technisch fragwürdige Weise nur einzelne Schrankennutzungen („Schranken erster Klasse“), zu denen jedoch z.B. weder die Zitierfreiheit noch digitale Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch zählen; vgl. *Schack*, UrhR, Rn. 835 ff.

⁴⁰ *Schack*, UrhR, Rn. 838, 829. Vgl. auch *Stieper*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 433 ff., 537.

⁴¹ S. oben Fn. 2. Kritik an den Plänen schon bei *Klass*, ZUM 2008, 663, 673.

⁴² Art. 1 I der RL 93/98/EWG, heute RL 2006/116/EG, EU-ABl. 2006 L 372, S. 12.

⁴³ *Schack*, UrhR, Rn. 518 (seit der 5. Aufl. 2010); vgl. auch *Chr. Seidel*, Die zeitliche

Immaterialgüterrecht und Gemeinfreiheit sind komplementäre Werte, die in einen gerechten Ausgleich gebracht werden müssen.⁴⁴ Dabei sind die Interessen der Allgemeinheit in den letzten 25 Jahren deutlich zu kurz gekommen. Das ist ein wesentlicher Grund für die sehr kritische bis ablehnende Haltung weiter Teile der Öffentlichkeit gegenüber dem Urheberrecht.

Mit der Gemeinfreiheit muss man Ernst machen, indem man die Zahl und den Inhalt der Schutzrechte nicht ausufern lässt, und erst recht nach Ablauf der Schutzfrist.⁴⁵ Das gilt besonders für die Vermeidung eines mittelbaren Produktschutzes durch Formmarken (vgl. § 3 II Nr. 3 MarkenG). Generell ist die Nachahmung fremder Waren oder Dienstleistungen nach Ablauf der Schutzfrist nicht per se unlauter, sondern nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen von § 4 Nr. 9 UWG.⁴⁶ Dann lässt sich die Unlauterkeit auch nicht mehr über § 3 UWG auf das Einschleichen in eine fremde Serie stützen.⁴⁷

Den *Domaine public* sichert und vergrößert man am besten durch die strikte Begrenzung der Immaterialgüterrechte. Die sie umgebenden Grauzonen vor allem des Lauterkeitsrechts müssen so klein wie möglich gehalten werden, damit gemeinfreie Immaterialgüter nicht aus Angst vor Rechtsverletzungen ungenutzt bleiben.

Abzulehnen sind allerdings Vorschläge, den *Domaine public* mittelbar dadurch zu vergrößern, dass man entgegen Art. 5 II 1 RBÜ die Gewährung von Urheberrechtsschutz wieder an die Einhaltung bestimmter Förmlichkeiten knüpft.⁴⁸ Das träfe nur die Urheber „großer Kunst“, ohne das Problem der „kleinen Münze“ zu lösen (s. oben III 1).

VI. Spielraum für Reformen durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung

Der Spielraum für den notwendigen Rückbau des Urheberrechts wird durch verschiedene international-, europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben eingeschränkt.

Begrenzung des Urheberrechts, 2002, S. 161, 145 (50 Jahre p.m.a. „am ausgewogensten“). *Nils Beier*, Die urheberrechtliche Schutzfrist, 2001, S. 135 (besprochen von *Schack*, *RabelsZ* 67 [2003] 628–631) hält eine Schutzfrist von 40 bis 90 Jahren p.m.a. für interessengerecht.

⁴⁴ Vgl. *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 2012; *Peifer*, UFITA 2007-II, 327, 355 f.

⁴⁵ Ausführlich *Benjamin Raue*, Nachahmungsfreiheit nach Ablauf des Immaterialgüterrechtsschutzes?, 2010.

⁴⁶ *Schack*, *UrhR*, Rn. 79 ff.; *Sambuc*, in *Harte/Henning*, UWG, 2. Aufl. 2009, § 4 Nr. 9 Rn. 15; vgl. BGH GRUR 2007, 339, 342 Tz. 24 – Stufenleitern.

⁴⁷ Im Ergebnis richtig BGHZ 161, 204, 212 ff. – Klemmbausteine III; vgl. *Julia Deufel*, „LEGO“ im Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht, 2011, S. 226 ff., 235; *Raue* (Fn. 45), S. 171.

⁴⁸ Gegen *Stef van Gompel*, Formalities in Copyright Law, *Alphen* 2011, S. 8, 285 (besprochen von *Schack* in UFITA 2012-III).

1. Die großen internationalen Konventionen zum Schutz des Urheberrechts – die RBÜ, TRIPs und der WCT – haben sich bewährt und dürfen nicht angetastet werden, müssen dies für unsere Zwecke aber auch nicht. Der Werkbegriff in Art. 2 RBÜ ist offen im Sinne einer persönlichen geistigen Schöpfung, ohne jedoch Aussagen über die Höhe der nach nationalem Recht zu bestimmenden Schutzwelle zu treffen.⁴⁹ Vorgegeben sind die in Art. 2 I RBÜ genannten Werkarten; ob auch Erzeugnisse der kleinen Münze geschützt werden sollen, bleibt offen. Art. 7 I, VI RBÜ verlangt auch nur eine Mindestschutzfrist von 50 Jahren post mortem auctoris. Auch die großen Übereinkommen über den Leistungsschutz für ausübende Künstler, Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen – das Rom-Abkommen, Art. 14 TRIPs und der WPPT – erfassen schon von ihrem Regelungsgegenstand her nicht die hier problematischen einfachen Lichtbilder, Laufbilder und Datenbanken (oben II). Internationalrechtlich ist die Bahn für Reformen also frei.

2. Europarechtlich ist der Spielraum dagegen deutlich enger. Die Abschaffung des sui-generis-Schutzrechts für einfache Datenbanken (s. oben II 3) setzt eine Änderung der Datenbank-RL voraus. Für die Zurückdrängung der kleinen Münze hingegen müssten keine EU-Richtlinien geändert werden. Hier wäre es Aufgabe des EuGH, die Anforderungen an eine „eigene geistige Schöpfung des Urhebers“ anzuheben. So muss Art. 6 Schutzdauer-RL nicht zwingend zu einer Absenkung der Schutzuntergrenze führen, wenn der EuGH stärker den Erwägungsgrund 16 der Schutzdauer-RL 2006/116/EG betont, der eine „eigene geistige Schöpfung des Urhebers, *in der seine Persönlichkeit zum Ausdruck kommt*“,⁵⁰ verlangt.⁵¹ Gefordert ist der EU-Gesetzgeber wieder bei einer Reduzierung der 70-jährigen postmortalen Schutzfrist in Art. 1 Schutzdauer-RL und bei der Rückführung des Schutzes von technischen Maßnahmen in Art. 6 Harmonisierungs-RL auf den berechtigten Kern von Art. 11 WCT (s. oben IV 3).

3. Heikler sind von Grundrechten gezogene Schranken (Art. 17 GRCh, Art. 14 I GG), wenn Schutzfristen verkürzt oder ein bisher gewährter Urheberrechtsschutz zurückgenommen werden sollen. Was Gegenstand und Inhalt des Eigentums ist, bestimmt ganz wesentlich der Gesetzgeber. Während es bei der Ausgestaltung der Schranken des Urheberrechts um die Institutsgarantie geht,⁵² ist bei einem Eingriff in bestehende Rechte die Bestandsgarantie betroffen. Das bedeutet nicht, dass eine einmal gewährte Rechtsposition für

⁴⁹ Vgl. Schack, UrhR, Rn. 952, 954, 1033.

⁵⁰ Hervorhebung von mir.

⁵¹ Das tut EuGH GRUR 2012, 166 Tz. 88 ff. – Painer/Standard (Porträtfoto), mit Anm. Seiler K&R 2012, 104–108; leider nicht jedoch BGH GRUR 2000, 317, 318 – Werbefotos; öst. OGH GRUR Int. 2002, 865, 866 f. – Eurobike.

⁵² Vgl. Schack, UrhR, Rn. 92 ff.

alle Zeiten unantastbar ist;⁵³ der Gesetzgeber kann vielmehr „individuelle Rechtspositionen umgestalten, ohne damit gegen die Eigentumsgarantie zu verstoßen.“⁵⁴ Hierfür bedarf es jedoch sachlicher „Gründe des öffentlichen Interesses“, die einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten müssen.⁵⁵ In Fällen einer echten Rückwirkung kann dies, abhängig vom Ausmaß und Wert der bisher geschützten Leistung, Ausgleichs- und Übergangsregelungen erfordern.⁵⁶

Unter diesen Voraussetzungen ist auch die Reduzierung einer als zu lang erkannten Schutzfrist möglich.⁵⁷ Das BVerfG hatte auch nichts dagegen, den fremdenrechtlichen Schutz US-amerikanischer ausübender Künstler über das fiktive Bearbeiterurheberrecht zum 1.1.1966 ersatzlos entfallen zu lassen.⁵⁸ Dann kann die Bestandsgarantie des Art. 14 GG erst recht einer Herausdrängung der „kleinen Münze“ aus dem Urheberrecht nicht entgegenstehen, zumal bei diesen „geistigen“ Erzeugnissen weder die Kunstfreiheit noch persönlichkeitsrechtliche Interessen ernstlich betroffen sind. Im Ergebnis kann der Gesetzgeber daher Leistungsschutzrechte (§§ 72, 87a, 95 UrhG) auch wieder zurücknehmen (oben II), und parallel dazu kann die Rechtsprechung, wenn sie will, die Schutzwelle deutlich anheben und die „kleine Münze“ aus dem Urheberrecht entfernen (oben III).

VII. Ausblick

Die hier vorgeschlagene Radikalkur löst längst nicht alle Probleme des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, insbesondere nicht die illegale Nutzung von Musik- und Filmwerken im Internet. Doch reduziert sie das Haftungspotenzial ganz erheblich, wenn die Hersteller von Lichtbildern, Laufbildern, einfachen Datenbanken und sonstiger „kleiner Münze“ die Kommunikationsfreiheit nicht mehr durch ungerechtfertigte Ausschließlichkeitsrechte behindern können. Wenn sich das Urheberrecht auf seine Kernaufgabe besinnt, besondere, schöpferische Leistungen zu schützen,⁵⁹ kann es auch

⁵³ BVerfGE 31, 275, 284 = GRUR 1972, 491 – Schallplatten; BVerfG GRUR 2010, 332, 335 – Filmurheberrecht (zur Aufhebung von § 31 IV UrhG).

⁵⁴ BVerfGE 31, 275, 285 zur Umformung des fiktiven Bearbeiterurheberrechts in § 2 II LUG in die Leistungsschutzrechte der ausübenden Künstler gemäß §§ 73 ff. UrhG.

⁵⁵ BVerfGE 31, 275, 289 f., 294; BVerfG GRUR 2010, 332, 335.

⁵⁶ Vgl. *Grzeszick*, Geistiges Eigentum und Art. 14 GG, ZUM 2007, 344, 349 f., 353; *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 2010, Art. 17 Rn. 39.

⁵⁷ BVerfGE 31, 275, 291 f. Hierbei hat das BVerfG 1971 die damals geltende Schutzdauer von nur 25 Jahren für ausübende Künstler als angemessen akzeptiert, aaO 288 f.

⁵⁸ BVerfGE 81, 208, 217 = GRUR 1990, 438, 440 – Bob Dylan. Vgl. *Schack*, UrhR, Rn. 934.

⁵⁹ Vgl. auch die Erläuterungen (Art. 52 VII GRCh) zu Art. 17 II GRCh, die das Urheberrecht als *literarisches und künstlerisches* Eigentum bezeichnen.

leichter bei der Rechtsdurchsetzung von der breiten Öffentlichkeit den Respekt und den Schutz einfordern, den die Schöpfer „von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst“ (§ 1 UrhG) verdienen.

Für wirtschaftlich relevante Erzeugnisse, die nicht von der Persönlichkeit ihres Schöpfers geprägt sind und deshalb aus dem Urheberrecht herausfallen, bleibt immer noch der lauterkeitsrechtliche Schutz über §§ 3, 4 Nr. 9 UWG.⁶⁰ Auf diesem Wege lassen sich flexibel und für einen begrenzten, kürzeren Zeitraum legitime besondere Amortisationsinteressen vor schmarotzender Nachahmung durch Konkurrenten schützen.

Wenn man die ausschließlich wirtschaftlich relevanten Leistungen aus dem Urheberrecht verabschiedet, könnte man endlich auch die anachronistischen fremdenrechtlichen Schranken des Urheberrechts aufgeben und über § 121 VI UrhG hinaus allen in- wie ausländischen Werkschöpfern den vollen Urheberschutz gewähren.⁶¹ Auch das wäre ein großer Fortschritt.

⁶⁰ Vgl. *Schack*, UrhR, Rn. 297.

⁶¹ *Schack*, UrhR, Rn. 1380; dafür auch *Wandtke*, UFITA 2011-III, 682.

Erbsenzählerei oder Erkenntnisgewinn?

Anmerkungen zu einer statistischen Rechtswissenschaft am Beispiel des Urheberrechts

THOMAS DREIER*

I. Widmung und Anlass

Es gibt vielfältige Konstellationen der Verbindung zwischen Jubilar und Gratulant. Im vorliegenden Fall besteht die wohl engste Verbindung im Wettbewerbsverhältnis der beiden in Bezug auf „Ihren“ Kommentar. Seit Anbeginn wetteifern „Wandtke/Bullinger“ und „Dreier/Schulze“ um Aufmerksamkeit und Käuferschaft im Marktsegment „Urheberrecht“. Diesen Wettbewerb hat der Verleger geschickt als hausinternen Binnenwettbewerb organisiert: Unablässig feuern miteinander konkurrierende Lektorate des gleichen juristischen Fachverlages Herausgeber und Autoren an, bei der jeweils nächsten Auflage die Nase vorn zu haben. Die periodische Aktualisierungsarbeit an einem Kommentar gibt nicht nur Anlass zur fortwährenden wissenschaftlichen Durchdringung des Rechtsgebietes. Angesichts eines Turnus von drei bis vier Jahren bis zur jeweiligen Neuauflage verschafft sie zugleich einen recht guten Überblick über Ausmaß und Aufteilung der aktuellen Aktivitäten von Gesetzgeber, Gerichten und der Literatur.

Das gibt Anlass, einen Festschriftenbeitrag einmal nicht einer konkreten und inhaltlich begrenzten juristischen Fragestellung, sondern ihn den Entwicklungen des Rechtsgebietes „Urheberrecht“ in der jüngsten Zeit insgesamt zu widmen. Nun ließe sich dies durchaus deskriptiv erledigen, indem die technischen Veränderungen der letzten Jahre sichtbar gemacht, der gesellschaftspolitische Druck auf Teile des Urheberrechts, wenn nicht gar das Urheberrecht insgesamt – Stichworte Piratenpartei und (erfolgreiche) Anti-ACTA-Demonstrationen – in seinen Ursachen und Wirkungen analysiert und die Entwicklung von europäischer sowie nationaler Gesetzgebung und Rechtsprechung nachgezeichnet würden. Im vorliegenden Beitrag sei jedoch – fast ist man versucht zu sagen: zur Abwechslung – einmal eine andere Methode gewählt, die im Wesentlichen auf der Auswertung statistischer Zah-

* Prof. Dr. iur. M.C.I. (New York University); Leiter des Instituts für Informations- und Wirtschaftsrecht, Karlsruher Institut für Technologie (KIT), Karlsruhe, und Honorarprofessor Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg.

len beruht. Grund war, dass im Zuge der Aktualisierung der dritten Auflage des Dreier/Schulze aus dem Jahr 2008, dessen 4. Auflage Anfang 2013 erscheint, die zu jedem Gesetzesparagrafen ergangenen Entscheidungen und Aufsätze sowie Anmerkungen gesondert bibliografisch aufgelistet vorlagen. Das führte zu der Idee, einmal anhand dieses überschaubaren Zeitraums und des durch das Urheberrecht inhaltlich abgegrenzten Gebiets Möglichkeiten und Grenzen eines im Wesentlichen statistischen rechtswissenschaftlichen Erkenntnisgewinns auszuloten.¹ Nach rund vierzig Jahren eines alle anderen Methoden – darunter auch Jurimetrics² – dominierenden Law and Economics könnte eine solche Vorgehensweise durchaus vielleicht einen neuen Ansatz für den Gewinn neuer Erkenntnisse liefern. Immerhin finden sich auch international – wenn auch noch vereinzelt, so doch zunehmend – neuere juristische Arbeiten, die sich vergleichbaren Fragestellungen mit ähnlicher Methodik annehmen.³

II. Methodische Fragen

Jede Ableitung möglicher Schlussfolgerungen aus erhobenen Zahlen bedarf zunächst der Versicherung über Umfang und Qualität des statistischen Ausgangsmaterials sowie über die Methode der Datenerhebung.

1. Ausgangsdatenbestand

Im Zuge einer Kommentierung besteht für den Bearbeiter einer Neuauflage zum einen die Möglichkeit, aktuelle Literatur und Rechtsprechung sogleich nach Erscheinen in die Kommentierung einzuarbeiten. Die Alternative ist, Literatur und Rechtsprechung für jede der zu kommentierenden Vorschriften bis zu einem bestimmten Datum zu sammeln und dann geschlossen einzuarbeiten. Beide Methoden haben ihre Vor- und ihre Nachteile: Bleibt die Kommentierung bei der ersten Methode fortwährend aktualisiert, ermöglicht die zweite Methode aus einem gewissen zeitlichen Abstand eine Gewichtung der einzelnen Einfügungen; überdies ist bei Rechtsstreitigkeiten,

¹ Die Auswertung der Daten haben die Mitarbeiter des Instituts für Informationsrecht und Wirtschaftsrecht am Karlsruher Institut für Technologie (KIT) weitgehend selbständig vorgenommen. Frau Ref. iur. Jennifer Dunker, Herrn Philipp Nauerth, B. Sc., und Herrn Ref. iur. Andreas Wedde, LL.M., bin ich zu großem Dank verpflichtet.

² Zur Definition s. etwa legal-dictionary.thefreedictionary.com/Jurimetrics.

³ S. nur etwa zum Urheberrecht *Beebe, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978–2005*, 156 *University of Pennsylvania Law Review* 549 (2008). – Zu früheren empirischen Untersuchungen im deutschen Sprachraum s. *Stauder, Patent- und Gebrauchsmusterverletzungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Großbritannien, Frankreich und Italien, 1985*, und *Bastian, Der Markenverletzungsprozeß in ausgewählten Ländern der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1993*.

die über mehrere Instanzen gehen, nicht mehrmals nachzuarbeiten. Nur bei der zweiten Methode ergibt sich – sozusagen als Abfallprodukt – hinsichtlich der einzelnen Paragraphen zahlenmäßig auswertbares Ausgangsmaterial. Bei der ersten Methode hingegen lassen sich Zahlen für die einzelnen Paragraphen lediglich im Nachhinein – und letztlich losgelöst von der Kommentierungsarbeit – durch eine systematische Abfrage automatisiert abfragbarer Datenbanken, insbesondere also „juris“ und „beck-online“, in Erfahrung bringen.

Hier ergibt sich bereits ein erster Unterschied in Bezug auf den Versuch, aus den im Zuge der Vorbereitung der 4. Auflage des Dreier/Schulze angefallenen Daten Schlüsse abzuleiten. Denn nur der Verfasser ist nach der zweiten Methode vorgegangen, der Co-Komentator hingegen nach der ersten. Damit war die zahlenmäßige Auswertung der Rechtsprechung und Literatur, die für die Kommentierung als relevant erachtet und diesem Beitrag zugrunde gelegt worden ist, auf die Einleitung sowie die §§ 4–6; 15 II, III; 19–22; 43; 44a–60; 64–71; 73–84; 87–87e; 96–103; 106–111c und 120–143 UrhG beschränkt.⁴ Die absoluten Zahlen auch der übrigen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes nachträglich aus den Korrekturfahnen des Co-Komentators herauszulesen, erwies sich angesichts des Aufwandes, den dies erfordert hätte, letztlich als nicht durchführbar. Das mag zwar den absoluten Wert der aus den Daten abgeleiteten Aussage mindern. In methodischer Hinsicht allerdings lag darin zugleich jedoch ein gewisser Vorteil: Es ließen sich nämlich nicht nur die Ergebnisse der automatisierten Abfrage verschiedener Datenbanken ermitteln und miteinander vergleichen, sondern es ergab sich auf diese Weise zumindest für die Hälfte der zu kommentierenden Paragraphen des Urheberrechtsgesetzes auch die Möglichkeit eines Vergleichs zwischen automatisierter Rechtsprechungs- und Literaturrecherche zum einen und händischer Auswertung von Zeitschriften zum anderen.

2. Auswahlkriterien

Damit ist in methodischer Hinsicht als erstes der Maßstab für die Datenauswahl angesprochen.

Ausgangspunkt für die *händische* Auswertung waren die deutschsprachigen juristischen Zeitschriften zum Urheberrecht, zum Recht des geistigen Eigentums, zum Computer- und zum Medienrecht, unter Ausschluss der vornehmlich auf Praktiker ausgerichteten Zeitschriften, in denen Urteile

⁴ Die vom Verf. in der 4. Auflage zusammen mit Dr. Louisa Specht ebenfalls kommentierten Vorschriften des Rechts am eigenen Bild (§§ 22–24, 33 ff. KUG) sind in die vorliegende Auswertung nicht mit einbezogen worden. – Im Vergleich zum Urheberrecht ist aufgrund der in Folge der Caroline-Rechtsprechung des EGMR zahlreichen unter wie höchstrichterlichen Rechtsprechung deutscher Gerichte im hier in den Blick genommenen Zeitraum zwischen 2008 und 2012 ein weiterer, zahlenmäßig bedeutsamer Schwerpunkt gerichtlicher Tätigkeit zu verzeichnen.

lediglich kurz zusammengefasst kommentiert werden, jedoch ergänzt um die Rubrik „3.11 – Gewerblicher Rechtsschutz, Urheber- und Verlagsrecht“ der Karlsruher Juristischen Bibliographie (KJB), mittels derer vor allem das monografische Schrifttum erfasst wurde. Aus diesen Zeitschriften wurden Entscheidungen, Aufsätze und Urteilsanmerkungen bibliografisch erfasst und – teils unter Mehrfachnennung – den einzelnen zu kommentierenden Paragrafen zugeordnet. Vorrangiges Kriterium für die Zuordnung zu den einzelnen Paragrafen war zunächst die zu Beginn des Urteilsabdrucks angegebene Paragrafenkette, ergänzt allerdings um die Schwerpunkte, die sich aus der Formulierung der amtlichen sowie redaktionellen Leitsätze ergaben. Enthielt das Dokument darüber hinaus – was allerdings seltener vorkam – zusätzlich längere, oder aussagekräftige Ausführungen zu weiteren Paragrafen, so wurde das betreffende Dokument auch dort vermerkt. Nicht erfasst wurde hingegen, wenn ein bestimmter Paragraf lediglich im Zuge der Subsumierung genannt wurde, also etwa § 97 UrhG als Anspruchsgrundlage oder § 19a in Filesharing-Fällen, bei denen es schwerpunktmäßig um die Störerhaftung ging. Insoweit lag also bereits der Eingrenzung des in die Kommentierung einfließenden Ausgangsmaterials keine schematische, sondern eine über weite Strecken wertende und gewichtende Auswahl zugrunde. Diese Ausgangsdaten waren nachfolgend zunächst vor der Kommentierung auf Doubletten hin bereinigt worden.

Im Rahmen eines Gesamtvergleichs aller Vorschriften des UrhG⁵ wurde auch auf die Datenbasis der *elektronischen Datenbanken* von „juris“ und „beck-online“ zugegriffen. Dabei ergab sich, dass Suchabfragen nach Urteilen zu einer bestimmten Vorschrift innerhalb eines genau definierten begrenzten Zeitraums bei den beiden Datenbanken zu durchaus erheblich voneinander abweichenden Ausgabezahlen führten, die ihrerseits nicht mit den im Wege händischer Auswahl ermittelten Zahlen übereinstimmen. Um nur ein Beispiel zu nennen: Der Test einer Suche nach „Rechtsprechung“ zu „§ 97a UrhG“ mit einem Zeitraumfilter „01.07.2008–01.06.2012“ ergab bei „juris“ lediglich 24 Treffer. „beck-online“ hingegen lieferte 96 Entscheidungen, während die händische Auswertung 50 Entscheidungen auflistete. Lässt sich die größere Zahl der händischen Auswertung gegenüber der Trefferliste von „juris“ möglicherweise noch damit erklären, dass die inhaltliche Vorselektion auch solche Entscheidungen mit in den Blick genommen hat, die obwohl sie ihren Schwerpunkt im UWG oder im Markenrecht haben, auch für das Urheberrecht von Bedeutung erschienen, lenken die unterschiedlichen Zahlen den Blick doch auf das grundsätzlich Problem statistischer Erhebungen auf der Grundlage elektronischer Datenbanken hin, dass nämlich hinsichtlich deren Datenbasis regelmäßig keine Informationen veröffentlicht sind. Mit anderen Worten: Solange unklar ist, welche Daten überhaupt

⁵ S. dazu nachfolgend III.1.

in die Datenbank aufgenommen worden sind, so lange mögen Trefferzahlen allenfalls als Grundlage für einen relativen Vergleich dienen; verlässliche absolute Zahlen dagegen lassen sich ihnen wenn überhaupt, so nur mit großem Vorbehalt entnehmen.

3. Suchalgorithmen

Das gilt auch in Bezug auf die unterschiedliche Verschlagwortung und die unterschiedlichen Suchalgorithmen, soweit diese – wie regelmäßig – ebenfalls nicht öffentlich einsehbar sind. So lässt die im Vergleich zu „beck-online“ geringere Trefferzahl bei „juris“ im angeführten Beispiel allenfalls vermuten, dass bei „juris“ hauptsächlich die Anspruchsgrundlagen als Schlüssel verwandt werden, wohingegen „beck-online“ wohl auch bei einem viel weiteren Bezug zur Norm eine Verknüpfung herstellt.

Möglicherweise enthält „beck-online“ aber tatsächlich mehr Ausgangsdokumente als „juris“, vielleicht trifft ja sogar beides zu. Überdies ergeben sich aufgrund der Suchalgorithmen bei unterschiedlich formulierten Suchanfragen nach einem bestimmten Dokument selbst innerhalb ein- und derselben Datenbank unterschiedliche Ergebnisse etwa hinsichtlich der Zitierung in Zeitschriften, der sonstigen Veröffentlichung sowie dem Vorhandensein von Anmerkungen und Entscheidungsbesprechungen. Dazu nur ein zufällig herausgegriffenes Beispiel: Für das Urteil BGH I ZR 204/05 vom 3.7.2008 – *Musical Starlights* ließen sich insgesamt 12 Veröffentlichungen sowie zwei Entscheidungsbesprechungen ermitteln. Zwar wiesen „juris“ und „beck-online“ mit 9 eine identische Zahl von Veröffentlichungen auf, doch wurden dabei nur teilweise auf dieselben Fundstellen verwiesen, und von den beiden Entscheidungsbesprechungen fand „juris“ nur eine. Darüber hinaus wurden bei der Suche eines Urteils mit Hilfe des Aktenzeichens teilweise andere Veröffentlichungen ausgegeben, als bei der Recherche nach demselben Urteil mittels einer Fundstelle.

Mit anderen Worten: Die Ausgabeergebnisse elektronischer Datenbanken sind alles andere als verlässlich. Auch wenn die technische Anmutung elektronischer Datenbanken den Benutzer allzu leicht glauben macht, die vorgeblich neutrale, durch keine Fremdinteressen beeinflusste Suche anhand formalisierter und nachprüfbar definierter Suchkriterien weise in der Trefferliste einen exakten Ausschnitt aus der Wirklichkeit aus, so hängt das Resultat doch immer von einer Reihe vorgelagerter Auswahlentscheidungen ab, die für den Nutzer im Einzelnen nicht nachvollziehbar sind. Wollte man elektronische Datenbanken für Schlussfolgerungen aufgrund belastbarer Ausgangszahlen heranziehen, so müssten zu allererst also die Kriterien für die Aufnahme von Dokumenten in die Datenbasis, deren Verschlagwortung und die Vorgehensweise der Suchalgorithmen in Erfahrung gebracht werden.

Zugleich liefern diese theoretischen Überlegungen eine schöne Rechtfertigung für die von vorne herein wertende, weil auswählende händische Ermitt-

lung der für eine Kommentierung einschlägigen Dokumente. Die Auswahl der Kommentatoren mag subjektiv sein, doch gründet sie eben auf der über Jahre hin erworbenen inhaltlichen Kenntnis des zu behandelnden Rechtsgebiets und die dadurch unter den Lesern erworbenen Kompetenz und Autorität. Kommentare werden schließlich zu Recht von juristischen Spezialisten und nicht von Dokumentaristen erstellt. Das haben die Verleger juristischer Kommentare – ganz ohne größeren theoretischen Überbau – zutreffend erkannt.

III. Gesamtvergleich

Immerhin vermag der Vergleich mit den Trefferlisten von Abfragen elektronischer Datenbanken auch dazu beitragen, die Belastbarkeit und Konsistenz der subjektiven Auswahlkriterien zu erhärten.

1. Datenbankabfrage („beck-online“)

Um einen solchen Gesamtvergleich in Bezug auf alle Vorschriften des UrhG durchzuführen, wurden die Zahlen der im genannten Vierjahreszeitraum pro Paragraf des UrhG veröffentlichten Entscheidungen in einer Datenbank anhand einer für jeden Paragrafen gleichartigen Suchanfrage ermittelt. Dabei fiel die Wahl angesichts der nur begrenzten Ausgaben bei „juris“⁶ auf „beck-online“. Das Ergebnis zeigt die Häufigkeit, mit der sich

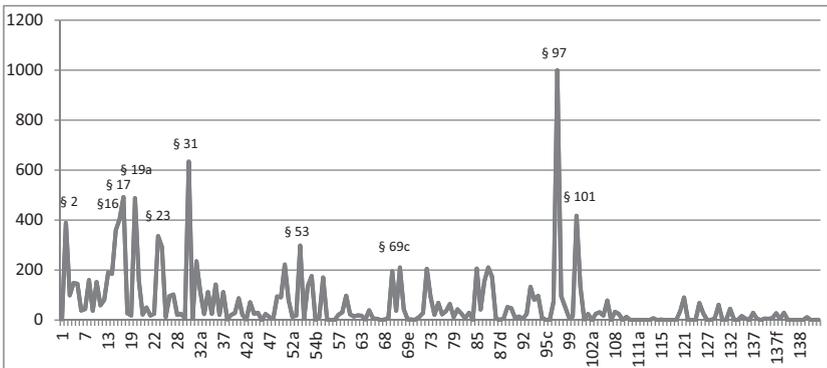


Abb. 1: Anzahl der in „beck-online“ veröffentlichten Entscheidungen⁷ zu den einzelnen Paragrafen des UrhG (Zeitraum 1.7.2008–1.6.2012)

⁶ S. oben II.3.

⁷ Die Werte geben die „Treffer“ bei einer auf Rechtsprechung begrenzten Suche wieder, also die Summe aller Einzeleinträge. Dabei handelt es sich jedoch nicht um die absolute

die Gerichte im genannten Zeitraum mit den einzelnen Paragrafen zu befassen hatten und gibt damit Auskunft über die „Gerichtsmassigkeit“ der einzelnen, in den jeweiligen Paragrafen verorteten Rechtsprobleme (Abb. 1).

Mit Abstand eindeutiger „Spitzenreiter“ ist danach § 97 UrhG (dessen Zahl aufgrund der Kappung die „beck-online“ bei der Ausgabe vornimmt, wenn eine Suche mehr als 1.000 Treffer anzeigt, sogar noch höher ist). Das verwundert freilich nicht, handelt es sich hierbei doch um die urheberrechtliche Anspruchsgrundlage für die negatorischen Ansprüche auf Unterlassen und Beseitigung ebenso wie für den Ersatz des materiellen und auch des immateriellen Schadens. Die nähere Aufschlüsselung zeigt jedoch, dass sich ein nicht geringer Teil dieser Entscheidungen mit der Störerhaftung im Urheberrecht befasst.⁸ Mit Abstand zeigen sich dann aber recht deutlich einige weitere Schwerpunkte richterlicher Tätigkeit, so – in der Reihenfolge ihrer Häufigkeit – beim Urhebervertragsrecht (§ 31 UrhG), beim Verbreitungsrecht (§ 17), beim Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG), beim Auskunftsanspruch (§ 101 UrhG), beim Vervielfältigungsrecht (§ 16), beim Werkbegriff des § 2 UrhG, bei § 15 UrhG, bei den Bearbeitungen und Umgestaltungen (§ 23 UrhG) und bei den Schrankenbestimmungen nicht allein, aber insbesondere bei § 53 UrhG. Das belegt zu einem gewissen Maß – wenngleich vielleicht nicht in dem Ausmaß wie vermutet – die These, dass heutzutage bei der Bestimmung der Ausschließlichkeit weniger die Ausschließlichkeitsrechte selbst als vielmehr die Schrankenbestimmungen im Vordergrund stehen. Allerdings bedürfte es hier wohl einer genaueren Auswertung der insoweit als Ergebnisse einer automatisierten Datenbankabfrage angezeigten Treffer, um etwa diejenigen Nennungen der §§ 15 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 19–22 auszuschließen, bei denen das betreffende Ausschließlichkeitsrecht lediglich betroffen ist, es in der Entscheidung selbst aber um dessen konkrete Reichweite im Lichte einer Schrankenbestimmung geht. Weit kleinere Spitzen finden sich schließlich noch hinsichtlich der Leistungsschutzberechtigten (ausübende Künstler, Tonträgerhersteller, Sendeunternehmen und Datenbankhersteller). Kaum eine Rolle spielen hingegen beispielsweise die Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 110 ff. UrhG, die Maßnahmen der Zollbehörde nach §§ 111a und 111b UrhG, weitestgehend die Zwangsvollstreckungsvorschriften der §§ 112 ff. UrhG und der Großteil der Übergangs- und Schlussbestimmungen.

Anzahl der Urteile. Die reine Anzahl Urteile ließe sich in „beck-online“ wohl nur mit einer händischen Nachbearbeitung der Trefferliste ermitteln, bei der Doppelangaben entfernt werden müssten.

⁸ S. nachfolgend IV.1.

2. Händische Auswertung

Für den Teil der Kommentierung des UrhG, für den der Verfasser verantwortlich zeichnet, stimmt dieses im Wege maschineller Suchabfragen gewonnene Ergebnis mit den aufgrund händischer Auswertung in Erfahrung gebrachten Zahlen hinsichtlich der verhältnismäßigen Häufigkeit im Wesentlichen überein. Die absoluten Zahlen der händischen Auswertung dagegen liegen – wie oben gezeigt⁹ – aufgrund der inhaltlichen Vorauswahl zum Teil erheblich darunter.

Hier konnten anhand der präziseren Zahlen nicht nur die absolute Zahl der Urteile miteinander verglichen werden, die in den Kommentar eingearbeitet wurden, sondern diese ließen sich darüber hinaus mit dem über alle Abschnitte des vom Verfasser bearbeiteten Kommentarteils gebildeten Mittelwert der Urteile sowie mit der jeweiligen Häufigkeit der Veröffentlichung der einzelnen Entscheidungen in Beziehung setzen (Abb. 2).

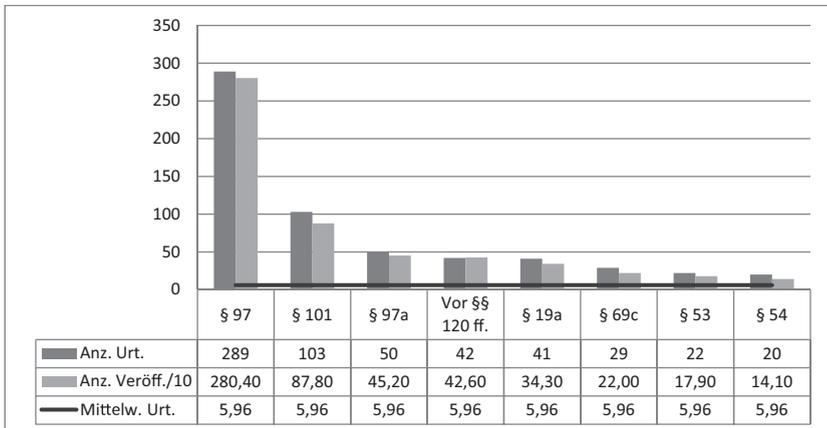


Abb. 2: Anzahl der Urteile und deren Veröffentlichung sowie deren Mittelwert¹⁰

Auch hier ist „Spitzenreiter“ wiederum § 97 UrhG, zu dem ca. 35 % aller eingearbeiteten Urteile einen Bezug hatten. § 101 UrhG, der Platz zwei belegt, betrafen hingegen nur noch etwa 12 % der Urteile und § 97a UrhG erreicht mit 6 % Rang drei. Dieser regressive Verlauf setzt sich fort: Die restlichen 47 % der Urteile verteilen sich auf 65 Paragraphen, für die übrigen 70 ergab die Zählung gar keine Urteile. Immerhin aber liegen die ersten acht Paragraphen (§§ 97, 101, 97a, Vor 120 ff.¹¹, 19a, 69c, 53 und 54 UrhG) noch sig-

⁹ S. vorstehend II.2.

¹⁰ In dem vom Verf. kommentierten Teil; s. II.1.

¹¹ In der Vorbemerkung zu §§ 120 ff. UrhG finden sich die Entscheidungen zum anwendbaren Recht sowie zur internationalen Zuständigkeit.

nifikant über dem über alle ausgewerteten Paragraphen gebildeten Durchschnitt der Entscheidungen pro Paragraph. Interessanterweise zeigt der Vergleich zur Anzahl an Veröffentlichungen dagegen keine deutlichen Abweichungen, sondern erscheint bei allen Entscheidungen konstant.

Hinsichtlich der Anzahl der Veröffentlichung ergibt sich, dass die Urteile zu allen Gruppen im Schnitt jeweils gleich oft – nämlich in rund 9 verschiedenen Quellen – veröffentlicht worden sind.

IV. Einzelfragen

Im Folgenden seien noch eine Reihe weiterer Einzelergebnisse kurz vorgestellt. In die grafische Visualisierung sind dabei jeweils nur diejenigen Paragraphen mit den jeweils höchsten Werten eingeflossen.

1. Entscheidungen zu § 97 UrhG

Schaut man sich die Zahl der zu § 97 UrhG ergangenen Urteilen an, die im Wege der händischen Auswahl für die Einarbeitung in die Kommentierung vorgesehen waren, so ergibt sich die nachfolgende Aufteilung (Abb. 3). Dabei ist neben der absoluten Zahl der Urteile auch die absolute Zahl der Veröffentlichungen, reduziert um den Faktor zehn, zum Vergleich daneben gestellt.

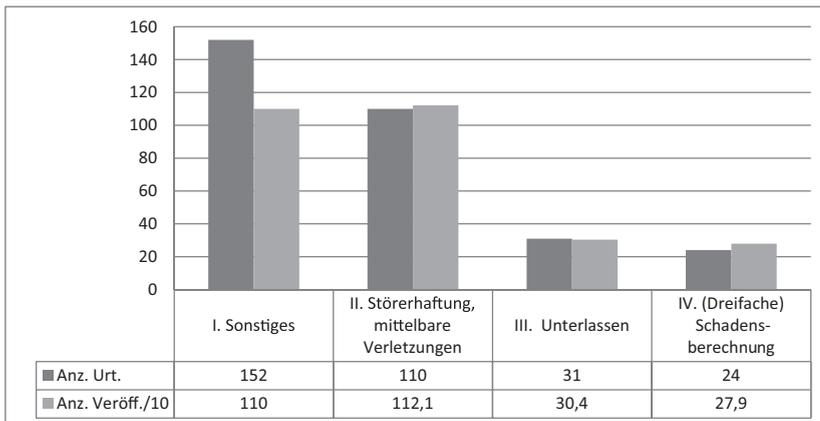


Abb. 3: Aufteilung der Entscheidungen zu § 97 UrhG

Der wohl naturgemäß größte Block „Sonstiges“ umfasst sämtliche Entscheidungen zu § 97 UrhG, die nicht in den nachfolgenden Blöcken gesondert ausgewiesen sind, die also die Verletzung des Urheberrechts oder eines anderen nach diesem Gesetz geschützten Rechts, den Schutzzumfang, die

Widerrechtlichkeit, die Aktiv- und Passivlegitimation (mit Ausnahme der Störerhaftung), die zivilrechtlichen Ansprüche wie Beseitigung, Schadensersatz (ohne dreifache Schadensberechnung), die Übertragbarkeit der Ansprüche, die Aufrechnung und weitere Einwendungen sowie prozessuale Aspekte betreffen.

Von dieser Gruppe entfällt der größte Einzelanteil der im erfassten Zeitraum zu § 97 ergangenen Entscheidungen also auf die Störerhaftung. Sie macht 34,7 % aller Entscheidungen zu § 97 aus. Darin spiegelt sich recht deutlich die Bedeutung der Intermediäre im Onlinebereich wie auch die Tatsache wieder, dass sich der Kreis potenzieller Störer im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung und Vernetzung in den letzten Jahren erheblich erweitert hat, und den Rechtsinhabern eine wirksame Bekämpfung der großen Zahl individueller Rechtsverletzungen mit verhältnismäßigem Aufwand nur insoweit möglich ist, als sie die häufig allein lokalisierbaren Service-Provider in Anspruch nehmen, die überdies zumeist über technische Mittel verfügen, um Rechtsverletzungen jedenfalls in ihrem Einflussbereich zu unterbinden. Zugleich spiegelt sich in der vergleichsweise großen Zahl das Bemühen der Rechtsprechung wieder, die Störerhaftung nicht allzu weit ausufern zu lassen, sondern durch die Umschreibung von Prüfungspflichten zu begrenzen und zugleich hinreichend auszudifferenzieren.¹²

Dass es sich hierbei um ein Phänomen der jüngeren Vergangenheit handelt, zeigt sich u.a. daran, dass der Störerhaftung im Kommentar entsprechend der seit der ersten Auflage aus dem Jahr 2004 weitgehend unverändert beibehaltenen Randnummernzählung lediglich vier von insgesamt 89 Randnummern gewidmet sind (zur Wiedergabe der Ausdifferenzierung sind die Verfasser stattdessen auf Spiegelstriche ausgewichen).

Die Zahl durchschnittlicher Veröffentlichungen der einzelnen Urteile liegt – mit Ausnahme der Gruppe Sonstiges, deren Urteile sich vergleichsweise etwas geringer veröffentlicht finden – sogar noch etwas über den in Abb. 1 ausgewiesenen Werten. Das dürfte mit dem Neuigkeitswert und dem praktischen Interesse von Entscheidungen zur Störerhaftung zu erklären sein.

2. *Höchststrichterliche Entscheidungen*

Interessant ist auch zu sehen, wie sich die höchstrichterlichen Entscheidungen auf die einzelnen Normen verteilen. Hier wurden die Entscheidungen des BGH, des BVerfG und des EuGH jeweils zusammengezählt. Zugleich wurde der Mittelwert wiederum über alle Abschnitte gebildet (Abb. 4).

¹² S. aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zuletzt insbesondere BGH GRUR 2012, 311 – *Blog-Eintrag*; GRUR 2011, 1038 – *Stiftparfum*; GRUR 2011, 152 – *Kinderhochstühle im Internet*; GRUR 2007, 724 – *Meinungsforum*; GRUR 2007, 708 – *Internetversteigerung II*; GRUR 2004, 860 – *Internetversteigerung I*.

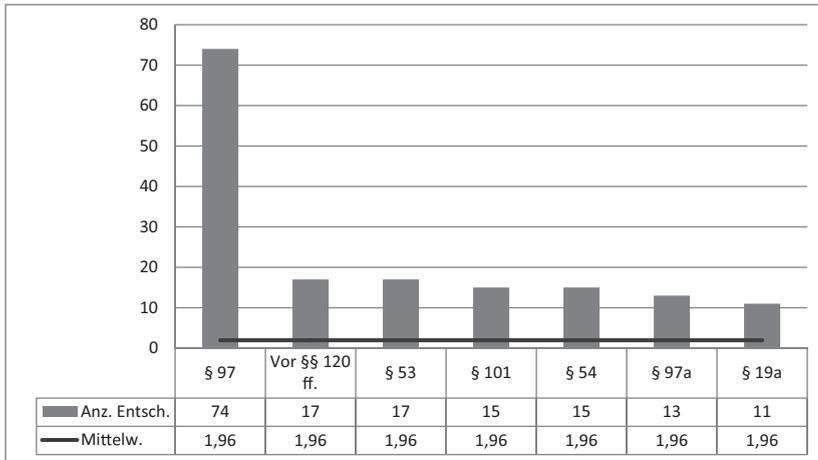


Abb. 4: Anzahl höchstrichterlicher Entscheidungen

Dass § 97 auch hier wiederum als „Spitzenreiter“ auftaucht, vermag angesichts der absoluten Höchstzahl der für diese Vorschrift verzeichneten Entscheidungen (Abb. 1) nicht wirklich zu verwundern. Dass sich bei § 101 UrhG weit weniger höchstrichterliche Urteile finden, als dies der absoluten Häufigkeit der zu dieser Vorschrift ergangenen Entscheidungen (s. auch insoweit Abb. 1) entsprechen würde, erklärt sich letztlich daraus, dass der BGH in den vergangenen Jahren vergleichsweise häufig zur Störerhaftung Stellung bezogen hat, wohingegen die durch § 101 UrhG aufgeworfenen Rechtsfragen großenteils noch der höchstrichterlichen Klärung bedürfen. Im Einzelnen aufgeschlüsselt ergibt sich folgendes Bild: Zu § 97 UrhG zeigen sich insgesamt 64 BGH-Entscheidungen, 5 Entscheidungen des BVerfG und 5 für § 97 bedeutsame EuGH-Entscheidungen (davon entfallen auf die Störerhaftung 23 BGH-Entscheidungen, eine Entscheidung des BVerfG und zwei des EuGH). Immerhin jedoch waren zu § 101 UrhG noch 5 BGH-Entscheidungen, 6 Entscheidungen des BVerfG und 4 § 101 betreffende Urteile des EuGH zu verzeichnen.

3. Verhältnis von Anmerkungen und Entscheidungsbesprechungen zu Urteilen

Interessant erscheint es auch, die Resonanz der Entscheidungen zu den einzelnen Vorschriften in der Literatur rein zahlenmäßig zu ermitteln. Gegenübergestellt wurden daher die Anzahl von Urteilsanmerkungen und Entscheidungsbesprechungen der Anzahl der veröffentlichten Urteile (Abb. 5).

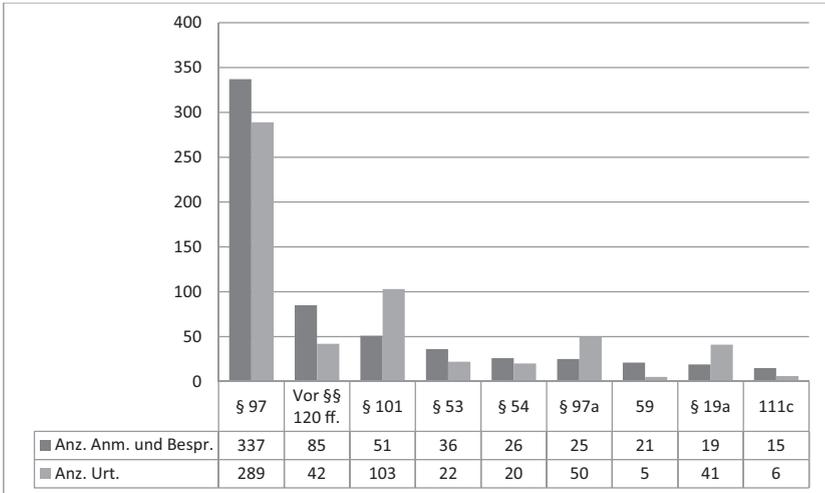


Abb. 5: Verhältnis Anmerkungen und Besprechungen zu Urteilen

Hier ergibt sich kein einheitliches Bild. Vielmehr lassen sich recht deutlich drei unterschiedliche Gruppen von Vorschriften ausmachen: Zum einen gibt es Paragraphen (§§ 97, 53, 54 UrhG), bei denen die Anzahl der Anmerkungen und Besprechungen ungefähr der Zahl an Entscheidungen entspricht bzw. diese leicht überwiegt. Bei anderen Paragraphen (Vor §§ 120 ff.,¹³ 59, 111c UrhG) übersteigt die Zahl der Anmerkungen die Zahl der Entscheidungen deutlich. Je größer hier das Ungleichgewicht zu Gunsten der Literatur ausfällt, desto mehr haben einzelne Entscheidungen zu umfangreicheren Stellungnahmen und Auseinandersetzungen in der Literatur Anlass gegeben. Das Gegenteil ist bei der Gruppe von Paragraphen (§§ 101, 97a sowie 19a UrhG) der Fall, bei denen die Zahl der Urteile die der Anmerkungen und Besprechungen übersteigt.

4. In der Literatur am häufigsten angesprochene Paragraphen im Verhältnis zu den dazu jeweils ergangenen Urteilen

Weiterhin konnte aus der händischen Auswertung die Zahl der zu den einzelnen Paragraphen veröffentlichten Literaturbeiträge (Aufsätze und Monografien) ermittelt und den zu den einzelnen Paragraphen jeweils ergangenen Entscheidungen gegenüber gestellt werden (Abb. 6).

¹³ S. Fn. 11.

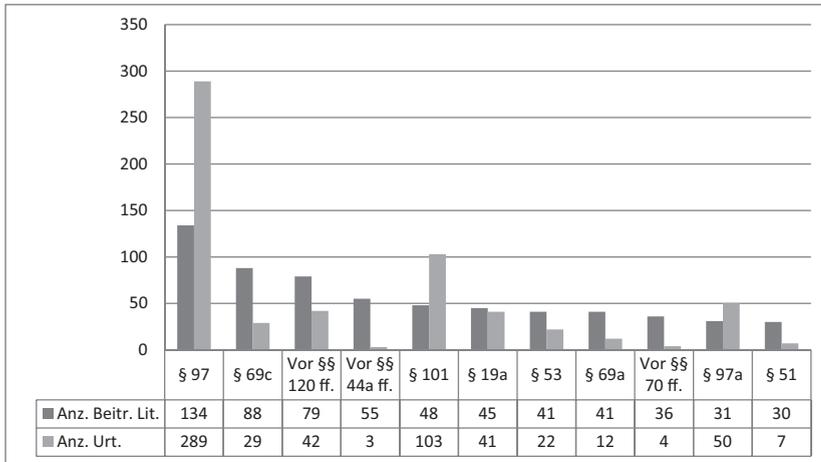


Abb. 6: In der Literatur am häufigsten angesprochene Paragraphen im Verhältnis zu den dazu jeweils ergangenen Urteilen

Hier ist die Aufteilung in die drei im vorigen Abschnitt genannten Gruppen noch markanter. Offenbar gibt es eine Reihe von Vorschriften, bei denen die dazu ergangenen Urteile in ganz besonderem Ausmaß zum Verfassen von Aufsätzen oder gar zur Abhandlung in Monografien angeregt haben (§§ 69c, Vor §§ 120 ff., 53, 69a, 51 UrhG). Dahinter verbergen sich vor allem die Auseinandersetzungen um den Weitervertrieb von bzw. den Handel mit „Gebrauchtssoftware“, zu der inzwischen ein Urteil des EuGH ergangen ist,¹⁴ ebenso wie die in der Literatur vermehrt stattgefunden habende Auseinandersetzung mit den von der Rechtsprechung noch kaum aufgegriffenen Entwicklungen und urheberrechtlichen Fragestellungen im Bereich des Cloud und Grid Computing sowie der Software as a Service (SaaS). Hinter den Veröffentlichungen zu den §§ 53 ff. UrhG verbergen sich die Fragen der Privatkopie in Folge – aber nicht ausschließlich – der *Padawan*-Entscheidung des EuGH. Bei anderen Paragraphen vermag die Zahl der Veröffentlichungen in der Literatur hingegen teils bei weitem nicht an die Zahl der veröffentlichten Urteile heranzureichen (§§ 97, 101 und 97a UrhG). Lediglich bei § 19a UrhG ergibt sich von den in Abb. 6 aufgelisteten Vorschriften ein ausgewogenes Verhältnis.

¹⁴ EuGH Rs C-128/11 – *UsedSoft*.

5. Allgemeine Fragen in der Literatur

Schließlich sei noch genannt, in welchem Umfang sich die Literatur mit den in der Einleitung des Dreier/Schulze angesprochenen Themenfeldern befasst (Abb. 7).

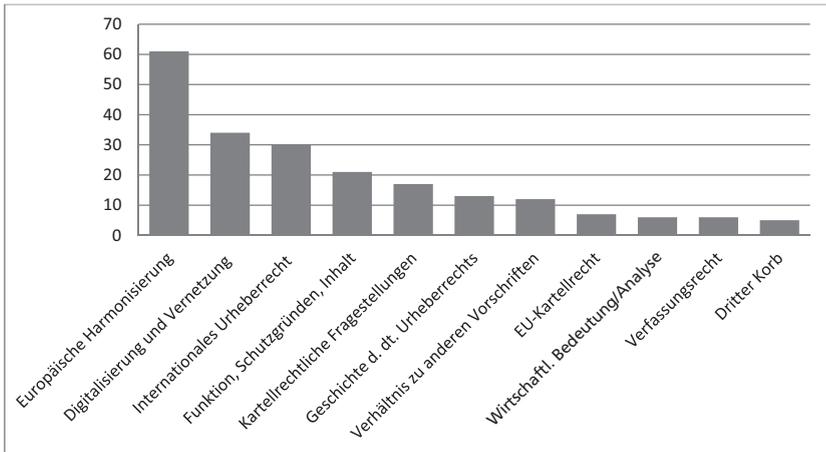


Abb. 7: Literatur zu übergreifenden Themen

Hier zeigt sich ganz deutlich die bedeutsame Auseinandersetzung mit den Entwicklungen der europäischen Harmonisierung (61 Quellen); nimmt man das EU-Kartellrecht hinzu (7 Quellen), so fällt dies sogar noch deutlicher aus. Zweiter thematischer Schwerpunkt waren – ebenfalls nicht anders zu erwarten – die Herausforderungen durch Digitalisierung und Vernetzung (34 Quellen). Der erhebliche Abstand zur Zahl der Veröffentlichungen, die sich mit europäischen Fragen befassen, rührt wohl vornehmlich daher, dass für die Einleitung nur die Quellen erfasst waren, die sich allgemein mit den Auswirkungen der digitalen Technologie auf das Urheberrecht befassen, wohingegen Veröffentlichungen zu Einzelfragen (z.B. zur Störerhaftung oder zum Auskunftsanspruch) bei den jeweiligen Paragraphen des UrhG vermerkt wurden. Stark vertreten waren auch Abhandlungen zu Fragen des internationalen Urheberrechts (30 Quellen) und stärker als vielleicht erwartet war auch die Zahl von Veröffentlichungen, die sich mit kartellrechtlichen Fragestellungen des Urheberrechts befassen (17, zusammen mit Veröffentlichungen zum EU-Kartellrecht 24 Quellen). Im Weiteren finden sich im Zeitraum der letzten vier Jahre 21 Quellen, die sich auf abstrakterer Ebene mit Funktion, Schutzgründen und Inhalt des Urheberrechts befassen. Weiterhin waren der Geschichte des deutschen Urheberrechts (ohne Überblicksaufsätze über die neuere Rechtsprechung) noch 13 Quellen gewidmet, dem Verhältnis des Ur-

heberrechts zu anderen Vorschriften insgesamt 12 (Abgrenzung des Urheberrechts zum UWG: 7; zu den gewerblichen Schutzrechten: 3; zum Deliktsrecht 2). Eine etwas überraschend nur geringere Bedeutung kommt dagegen Ausführungen zur wirtschaftlichen Bedeutung und ökonomischen Analyse des Urheberrechts (6 Quellen), dem Verfassungsrecht (6 Quellen) und dem Dritten Korb (5 Quellen) zu. Lässt sich letzteres durchaus mit dem langen Ruhen der Arbeiten am Dritten Korb erklären, so erscheint gleichwohl fraglich, ob aus der vergleichsweise geringen Anzahl von Veröffentlichungen zur ökonomischen Analyse des Rechts auf ein gewisses Abklingen der Aktualität dieser Methode geschlossen werden kann.

V. Fazit

Man mag nun möglicherweise einwenden, dass die vorliegend erläuterten Ergebnisse insgesamt – oder zumindest hinsichtlich des damit verbundenen Aufwandes – einen vergleichsweise nur geringen Erkenntnisgewinn hervor gebracht haben. Die verwandten Zahlen, auf deren Grundlage die Schlüsse gezogen worden sind, sind nicht wirklich belastbar, sei es weil die händische Auswertung juristischer Zeitschriften und Bibliografien stark subjektiv geprägt ist, sei es weil – und solange – die Kriterien für die Aufnahme von Dokumenten in die Datenbasis elektronischer Datenbanken sowie für die Verschlagwortung und die Suchalgorithmen nicht bekannt sind.

Immerhin, ein wenig an methodischem Erkenntnisgewinn sollte doch – zumindest für Juristen – dabei herausgekommen sein, sowie einiges Erhellende und vielleicht ja auch Überraschende im Hinblick auf die zahlenmäßige Verteilung der Rechtsprechungsaktivität, die in dieser Zusammenschau so vielleicht nicht immer bewusst gewesen sein mag. Zugleich hat der Beitrag einige der Schwierigkeiten aufgezeigt, mit der eine solche statistische Methode der Rechtswissenschaft zu kämpfen hat und er dürfte auch Grenzen eines möglichen Erkenntnisgewinns angedeutet haben.

Der Beitrag war ja auch eher als Anregung gedacht, in dieser Richtung weiter zu forschen. Zusätzliche Fragestellungen sind jedenfalls denkbar. So könnten sich etwa die Prozentzahlen zugelassener Revisionen an der Zahl erstinstanzlicher Urteile und von Berufungsentscheidungen messen lassen; die Häufigkeit, mit der eine Klage im Urheberrecht stattgebend wird; ob sich hier je nach Gerichtsstand statistische Unterschiede ergeben, usw. Vor allem könnte es auf diese Weise gelingen, das oft bemängelte Defizit des Fehlens ausreichender entscheidungserheblicher Daten zumindest zu verringern. Die Unterfütterung des Entscheidungsprozesses der offenen Fragen hinsichtlich Leistungsfähigkeit und eventuellen Fehlfunktionen des gegenwärtigen Urheberrechtsgesetzes könnte durchaus zu einer Qualitätssteigerung der rechtspolitischen Entscheidungen des Gesetzgebers führen.

Soziologische Fragen dürften sich in Deutschland im Gegensatz zu den USA dagegen nur in einem weit geringeren Umfang beantworten lassen. Einer Auswertung von Urteilen in Bezug etwa auf die Abhängigkeit der Urteilsergebnisse von Parteizugehörigkeit und Geschlecht der Richter, von Funktion und sozialer Stellung von Kläger und Beklagten u.a. stehen in Deutschland vor allem der Datenschutz und das Persönlichkeitsinteresse der am Prozess Beteiligten entgegen. Viele der Daten werden hier entweder von vorne herein gar nicht oder aber – wie insbesondere die Namen der Prozessparteien – in den Urteilsveröffentlichungen nur anonymisiert veröffentlicht.

2. Literatur, Theater, Tanz und Kunst

Denn man siehet das im Lichte, das im Dunkeln sieht man nicht – eine urheberrechtliche Fußnote zum Werk von Bertolt Brecht

JÜRGEN MARTEN

Der Autor *Bertolt Brecht* starb am 14. August 1956. Seinen literarischen Nachlass betreffend gab es einige juristische Auseinandersetzungen, die mittlerweile beigelegt zu sein scheinen. Allgemein wird davon ausgegangen, dass entsprechend § 64 UrhG seine Urheberrechte Ende des Jahres 2026 erlöschen und dann alle seine Werke gemeinfrei sein werden. Das mag prinzipiell zutreffen. Eine, einzelne Werke betreffende Betrachtung begründet jedoch Zweifel. Bekanntlich entstanden die Werke des Stückeschreibers *Brecht* vor allem dann, wenn sie mit praktischer Theaterarbeit verbunden waren, häufig innerhalb eines kollektiven Arbeitsprozesses. Allerdings ist bis heute nicht eindeutig geklärt, wo die Beteiligung Dritter an diesen kollektiven Arbeitsprozessen über bloße Anregung und kritische Anmerkung hinaus urheberrechtlich als inhaltliche Mitarbeit, ja Miturheberschaft i. S. von § 8 UrhG zu bewerten ist. Die literaturwissenschaftliche Forschung hat vieles ans Licht gebracht. Manches ist jedoch auch heute noch im Dunkeln. Eine, auf den bisherigen literaturwissenschaftlichen Erkenntnissen aber auch Irrtümern und wohl auch bewussten Verdunkelungen sich begründende urheberrechtliche Bewertung der *Bertolt Brecht* zugeschriebenen Werke ist bisher nur unvollständig geleistet. Die Beantwortung der damit verbundenen Fragen wird allerdings mit fortschreitender Zeit nicht einfacher. Umso mehr wohl auch, weil ein subjektgebundenes Interesse an den sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen offensichtlich nicht zunehmen wird.

Brecht selbst hat an der Verdunkelung der tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhänge mitgewirkt. Bekannt und wohl auch hingenommen – von der Allgemeinheit wie von seinen Mitarbeitern – ist, dass *Brecht*, auf seine grundsätzliche „Laxheit in Fragen des geistigen Eigentums“ verweisend¹, urheberrechtlichen Regelungen keine allzu große Bedeutung beigemessen hat. Vor allem, wenn es sich um die Rechte Dritter handelte. Auf die Siche-

¹ *Bertolt Brecht* Große kommentierte Berliner und Frankfurter Ausgabe, Band 21, Suhrkamp Verlag 2000, S. 316.

nung seiner in seinem Verständnis eigenen Rechte achtete er – mehr noch aber seine Erben – sehr viel nachdrücklicher.

Ein gutes Jahr vor seinem Tod, am 15.05.1955, hat *Brecht* seinen letzten Willen formuliert und dabei auch einige urheberrechtlich relevante Fragen berührt. Eine frühe Biografie *Brechts* vermerkt, er habe dieses Testament seiner ihm eng verbundenen Mitarbeiterin *Isot Kilian* diktiert und diese beauftragt, es abzuschreiben und bei einem Notar beglaubigen zu lassen. Durch Nachlässigkeit sei die Sache unerledigt geblieben.² Diese Darstellung ist später ohne genaue Überprüfung übernommen und mit der Behauptung erweitert worden, dass *Helene Weigel*, die Witwe *Brechts*, dieses Testament, weil es „nicht mehr rechtzeitig beglaubigt“ wurde, „erfolgreich anfechten“ konnte.³

Tatsächlich existiert ein maschinenschriftlich verfasstes Testament, das auch von *Brecht* unterschrieben worden ist.⁴ Allerdings war eine Anfechtung nicht erforderlich, da das staatliche Notariat Mitte von Berlin mit ausreichender juristischer Sachkenntnis dieses Testament aufgrund der Tatsache, dass es nicht, wie rechtlich erforderlich, handschriftlich verfasst war, wegen Formmangels für ungültig erklärte⁵ und in einem sechs Tage nach seinem Tod von seiner Witwe *Helene Weigel* und seinen drei Kindern *Hanne*, *Stefan* und *Barbara* beantragten Erbschein diese als gesetzliche Erben *Brechts* feststellte.

Das aus dem Jahre 1955 stammende Testament, bei dem zu vermuten ist, dass *Brecht* sich aufgrund seiner nicht geringen juristischen Kenntnisse durchaus seiner Unwirksamkeit bewusst war, ist unter urheberrechtlichen Aspekten vor allem auch deshalb interessant, weil *Brecht* in ihm die Verteilung von Einnahmen aus seinen Arbeiten und Stücken verfügt, ohne nur im geringsten eine Miturheberschaft von Dritten in Erwägung zu ziehen. Das entsprach seinem Verhalten zu Lebzeiten und auch dem späteren Verhalten seiner Erben.

Obwohl die damit verbundenen urheberrechtlichen Fragestellungen wesentlich umfassender und im Einzelnen nicht nur juristisch, sondern auch sozial erheblich komplizierter sind, wird folgend, um das urheberrechtliche Problem deutlich zu machen, lediglich auf zwei Stücke Bezug genommen: „*Don Juan von Moliere*“ und „*Pauken und Trompeten*“ nach „*The Recruiting Officer*“ von *George Farquhar*. Beide Stücke sind in ihrer Entstehung

² *Klaus Völker* Bertolt Brecht: Eine Biographie, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1976, S. 388.

³ *Sabine Kebir* Ich fragte nicht nach meinem Anteil, Elisabeth Hauptmanns Arbeit mit Bertolt Brecht, Aufbau Taschenbuch Verlag, Berlin 2000, S. 210; ebenso: *John Fuegi* Brecht & Co., Ullstein, 1999, S. 825.

⁴ Vgl. zu dessen Inhalt: *John Fuegi* a.a.O. Das Testament ist jedoch nicht nur, worauf *Fuegi* verweist, von *Isot Kilian*, sondern auch von *Peter Palitzsch* als Zeugen unterzeichnet.

⁵ Ebenso wie ein weiteres maschinenschriftlich eingereichtes Nottestament, das *Brecht* am Todestag seinem Freund *Otto Müllereisert* diktiert hatte und das von diesem mit der Schreibmaschine abgefasst und als einzigem Zeugen unterschrieben wurde.

ganz wesentlich durch zwei Mitarbeiter Brechts geprägt: *Elisabeth Hauptmann*⁶, *Brecht* über Jahrzehnte nicht immer nur durch Arbeit, durch diese aber bis zum Tode verbunden und durch den Regisseur *Benno Besson*, den Brecht nach dem Krieg in der Schweiz kennenlernte und nach Berlin holte. Der wesentliche Anteil von *Hauptmann* und *Besson* wird auch in den Editionsberichten der „*Großen kommentierten Berliner und Frankfurter Ausgabe*“ hervorgehoben. Zu „*Don Juan*“ wird vermerkt: „Als dem Regisseur und Schauspieler Benno Besson 1951 angeboten wird, eine Gastinszenierung am Volkstheater Rostock zu übernehmen, beschließt er, *Don Juan* (1665) von Moliere für die Bühne neu zu bearbeiten [...] Elisabeth Hauptmann ist von Beginn an dem Projekt beteiligt. Brecht greift erst unmittelbar vor der Uraufführung (25. Mai 1952) in den Arbeitsprozess ein [...] Im Programmheft von 1952 wird sein Name nicht genannt. Dort heißt es: „Für die deutsche Bühne eingerichtet von Elisabeth Hauptmann und Benno Besson, [...] Die Neustrukturierung sowie die gegenüber der Molièreschen Komödie konstatierbaren Akzentverschiebungen bei Fabelführung und der Figurengestaltung sind im wesentlichen als Werk von Elisabeth Hauptmann und Benno Besson zu betrachten.“⁷ Wenngleich in die „Große kommentierte Berliner und Frankfurter Ausgabe“ nicht die „Rostocker Fassung“, an der *Brecht* nur in geringem Umfang teilgenommen hat, sondern eine spätere „Berliner Fassung“ aufgenommen worden ist⁸, besteht, obgleich Erben und auch der Suhrkamp-Verlag das zeitweilig bestreiten, kein Zweifel daran, dass *Hauptmann* und *Besson* Mitautoren des Stückes sind. Vom beiden stammt auch die der Bearbeitung zugrunde liegende Übersetzung. Das trifft in gleicher Weise für das Stück „*Pauken und Trompeten*“ zu. Anfang 1954 übersetzen *Hauptmann* und *Besson* „*The Recruiting Officer*“ von *George Farquhar* und beginnen mit der Bearbeitung. „Die Initiative, *The Recruiting Officer* (1705/06) zu bearbeiten, ist nach Auskunft des Regisseurs Benno Besson von Elisabeth Hauptmann ausgegangen. ... Wann genau sich Brecht in den Bearbeitungsprozess eingeschaltet hat, konnte nicht ermittelt werden.“⁹ Die Mitautorenschaft von *Hauptmann* und *Besson* ist auch das Stück „*Pauken und Trompeten*“ betreffend offensichtlich. Auf die Mitautorenschaft von *Besson* hat zudem *Brecht* selbst ausdrücklich hingewiesen. Auf dem Deckblatt des ersten im Nachlass erhaltenen Typoskripts von 1955 bezeichnet Brecht handschriftlich als Autor: „brecht besson“.¹⁰

⁶ *Elisabeth Hauptmann* ist auch an anderen Stücken *Brechts*, z. B. der „*Dreigroschenoper*“ beteiligt. Vgl. dazu *Sabine Kebir* Ich fragte nicht nach meinem Anteil, a.a.O., insbes. S. 211 ff.

⁷ *Bertolt Brecht* Große kommentierte Berliner und Frankfurter Ausgabe, Band 9, Suhrkamp Verlag 1992, S. 417 ff.

⁸ Ebenda, S. 423.

⁹ Ebenda, S. 431 ff.

¹⁰ Bertolt Brecht Archiv 198/01.

Diese Mitautorenschaft hat rechtliche Konsequenzen. Zum einen sind die Urheber entsprechend den urheberrechtlichen Beteiligungsgrundsätzen an allen Verwertungen ihres Werkes zu beteiligen, zum anderen haben sie als Ausdruck ihres Urheberpersönlichkeitsrechts den Anspruch, als Urheber genannt zu werden. Entscheidenden Einfluss darauf, wie diese rechtlichen Konsequenzen realisiert wurden, hatten nicht nur die in der Literatur umfassend beschriebenen persönlichen Abhängigkeitsverhältnisse zwischen *Brecht* und seinen Mitarbeitern, sondern auch die von seinen Erben geschaffenen Machtverhältnisse bei der Verwertung seiner Werke. Darauf kann hier nicht weiter eingegangen werden.

Was die genannten beiden Stücke betrifft, sind *Hauptmann* und *Besson* an den Aufführungstantiemen beteiligt worden. Und zwar in einem Verhältnis, das von *Brecht*, der als Autor und Vertragspartner auftrat, bestimmt – nicht etwa mit seinen Mitautoren vereinbart – worden ist. Nach welchen Grundsätzen das geschah, ist heute nicht mehr nachvollziehbar. Zunächst erfolgte die Übertragung von Aufführungsrechten ohne Vermittlung eines Verlages unmittelbar durch *Brecht*. In einem mit dem *Berliner Ensemble* abgeschlossenen Aufführungsvertrag über „*Pauken und Trompeten*“ vom 31.08.1955, der *Brecht* als alleinigen Autor bezeichnet und die Beteiligung von *Hauptmann* und *Besson* lediglich als Mitarbeit erwähnt, ist festgelegt, dass von dem für *Brecht* vereinbarten Urheberanteil 50 % an ihn, 30 % an *Besson* und die verbleibenden 20 % an *Hauptmann* ausgezahlt werden sollen. Die „*Kammerspiele*“ München forderte *Brecht* am 08.06.1956 auf, die Aufführungstantiemen für „*Pauken und Trompeten*“ zwischen ihm und *Besson* zur Hälfte zu teilen.¹¹ Später erhielten – was bis in die Gegenwart praktiziert wurde – *Hauptmann* und *Besson* an den Aufführungstantiemen für „*Pauken und Trompeten*“ jeweils 30 %. Der Anteil an den Aufführungstantiemen für „*Don Juan*“ belief sich für *Besson* auf 25 %, für *Hauptmann* auf 20 %.¹² Wohlgemerkt: Diese Verteilung betraf nur die Einkünfte aus den Aufführungsrechten. Die Einnahmen aus anderen Verwertungen der Werke, etwa aus Vervielfältigungen, fielen allein den Erben *Brechts* zu, die sich konsequent weigerten, eine Mitautorenschaft von *Hauptmann* und *Besson* anzuerkennen und eine Beteiligung an allen Verwertungserlösen zu akzeptieren. Einnahmen aus allen über die Aufführungsrechte hinausgehenden Rechtseinzerräumungen werden von den Verwertern allein mit den Erben *Brechts* abgerechnet und an diese ausgezahlt.

Auch hinsichtlich der Urheberpersönlichkeitsrechte von *Hauptmann* und *Besson* bedarf es einer Anmerkung. In der von *Elisabeth Hauptmann* erst-

¹¹ Bertolt Brecht Archiv 766/54.

¹² *Elisabeth Hauptmann* hat testamentarisch verfügt, dass ihre Tantiemenanteile für die beiden Stücke an *Benno Besson* fallen sollen.

mals edierten Fassung der Stücke von Brecht wird, wenngleich zurückhaltend, die Miturheberschaft wie folgt gekennzeichnet: „DON JUAN, Mitarbeiter: B. Besson, E. Hauptmann“¹³, „PAUKEN UND TROMPETEN, Mitarbeiter: B. Besson, E. Hauptmann“.¹⁴ In der „Großen kommentierten Berliner und Frankfurter Ausgabe“ ist dieser persönlichkeitsbezogene Mitarbeiter- (Mitautoren-) Hinweis durch die urheberrechtlich völlig untaugliche Kennzeichnung „in der Bearbeitung des Berliner Ensembles“ ersetzt worden.¹⁵ Als alleiniger Autor wird Brecht bezeichnet. Die Miturheber *Hauptmann* und *Besson* werden als Urheber – bis auf die Beschreibung ihrer Arbeit in den Editionsberichten – nicht ausdrücklich genannt. Diese Unterlassung der Mitautorenbenennung in Verbindung mit dem Werk ist unter Berücksichtigung des belegbaren tatsächlichen Anteils von *Hauptmann* und *Besson* an der Werkschöpfung ganz offensichtlich als Verletzung von § 13 UrhG zu qualifizieren.

Bereits diese kurzen Anmerkungen zu den beiden hier erwähnten Stücken machen ein wesentliches urheberrechtliches Problem klar erkennbar. Mit § 64 UrhG ist die Regelschutzdauer von urheberrechtlichen Werken auf 70 Jahre post mortem auctoris festgelegt. Steht das Urheberrecht mehreren Miturhebern zu, so erlischt es gem. § 65 des UrhG jedoch erst siebenzig Jahre nach dem Tode des längstlebenden Miturhebers. Bezogen auf die hier betrachteten Werke „*Pauken und Trompeten*“ und „*Don Juan*“ muss davon ausgegangen werden, dass *Bertolt Brecht* nicht der alleinige Urheber ist – was im Übrigen auch auf verschiedene andere der ihm zugeschriebenen Werke zutrifft. Alle bekannten Tatsachen und die Erkenntnisse der literaturwissenschaftlichen Forschung sprechen, wenngleich einzelne konkrete Fragen nicht abschließend beantwortet werden können, dafür, dass *Elisabeth Hauptmann* und *Benno Besson* gem. § 8 UrhG Mitautoren der beiden genannten Werke sind. Sie haben zu den Werken ganz unbezweifelbar einen eigenen schöpferischen Beitrag geleistet. Nicht nur sind sie Urheber der als vorbestehende Werke existierenden Übersetzungen, die Grundlage der Stückentwicklung waren. Ihr Beitrag an dieser Stückentwicklung, also an der Werkschöpfung, ist wesentlich und kann nicht auf bloße Mitarbeit oder gar Gehilfenschaft reduziert werden. Wie umfassend der Beitrag der beteiligten einzelnen Urheber war und welche Bedeutung der dabei zweifellos existierende und von den Miturhebern auch anerkannte kreative Einfluss *Brechts* auf den gesamten Schaffensprozess hatte, ist für die rechtliche Bewertung nicht maßgeblich. *Hauptmann* und *Besson* sind Miturheber auch der beiden hier genannten

¹³ *Bertolt Brecht* Stücke Bd. XII, Aufbau Verlag 1962, S. 80.

¹⁴ Ebenda, S. 188.

¹⁵ *Bertolt Brecht* Große kommentierte Berliner und Frankfurter Ausgabe, Band 9, S. 199 u. 259.