

Vorstellungsberichte der Mitglieder

GERALD SPINDLER

Urheberrecht in der Wissens- und Informationsgesellschaft – Skizze eines andauernden Konfliktes

(Vortrag in der Plenarsitzung am 10. Februar 2006)

I. Einleitung

Die postmoderne Gesellschaft ist durch die Produktion und Verarbeitung von Informationen und Wissen gekennzeichnet, das Wort von der „Informationsgesellschaft“ ist inzwischen geflügelt. Jedem Wissenschaftler ist es geläufig, daß seine Arbeiten auf den Gedanken und Ideen von Vorgängern aufbauen oder sie kritisch hinterfragen; die vollständige Innovation ohne Rückgriff auf Bekanntes ist die Ausnahme. Um so wichtiger sind die Fragen, die sich um die rechtlichen Rahmenbedingungen dieser Wissens- und Informationsproduktion und -distribution ranken, die die Anreize und Märkte für Wissen und Information schaffen und modellieren. Denn die Ausgestaltung des Rechts an Wissen und Information entscheidet darüber, wer unter welchen Bedingungen vorhandenes Wissen verwenden darf.

Wem diese Rechte zugewiesen werden und wer die Informationen nutzen darf, wird weltweit vom Urheberrecht geregelt, das als Rechtsgebiet eher zu den jüngeren Disziplinen zu rechnen ist. Das erste Urheberrechtsgesetz war der britische Statute of Anne von 1710 (8 Anne c.19), der



Gerald Spindler, Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Multimedia- und Telekommunikationsrecht und Rechtsvergleichung an der Georg-August-Universität Göttingen, O. Mitglied der Göttinger Akademie seit 2005

die Rechte der Autoren, wenn auch in geringem Umfang, vor dem Hintergrund des Schutzes der Verleger anerkannte. Parallel dazu entwickelte sich, beginnend mit der französischen Revolution, das kontinentaleuropäische Urheberrechtssystem, welches im 19. und im 20. Jahrhundert zur Blüte kam.¹ Die Entwicklungslinien sind deutlich mit den jeweiligen Innovationsschüben in der Industriegesellschaft verzahnt, die die zunehmende Bedeutung der Wissensproduktion und -distribution kennzeichnen, sei es im 19. Jahrhundert als Grundlage des geistigen Eigentums selbst und der Abspaltung besonderer Bereiche wie des Patent- oder Geschmacksmusterrechts, sei es im 20. Jahrhundert mit der Herausbildung besonderer Märkte für Musik, Film und Fernsehen im Gefolge der technischen Innovationen und Möglichkeiten der Konservierung von künstlerischen Darbietungen.² Einen neuen Höhepunkt, unter Umständen aber auch Wendepunkt erlebt das Urheberrecht mit der zunehmenden Verbreitung des Internets und damit der Herausbildung einer globalen Informationsgesellschaft. Sie führen aber auch zu einer Rückbesinnung auf das Verhältnis von Wissensproduktion, Anreizmechanismen, Entwicklung von Märkten und der zukünftigen Funktion des Urheberrechts für eine Informationsgesellschaft.

II. *Rationes des Urheberrechts*

Was als grundlegende Funktionen des Urheberrechts angesehen wurde, hing seit jeher stark davon ab, welche Haltung eine (nationale) Rechtsordnung und Kultur gegenüber der Verkehrsfähigkeit von persönlichkeitsbezogenen Rechtsgütern einnahm. Hierin liegt einer der fundamentalen Unterschiede zwischen der angelsächsischen, insbesondere der US-amerikanischen Tradition, die bis heute weitgehend eine völlige Übertragung von persönlichkeitsbezogenen Rechten auf Dritte zulässt, und der kontinentaleuropäischen, von französischem und deutschem Rechtsdenken geprägten Kultur, die einen ehernen, nicht veräußerbaren Kern an Persönlichkeitsrechten

¹ Zur geschichtlichen Entwicklung s. z. B. Schack (2007), *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, S. 56–60; Sterling (2003), *World Copyright Law*, London: Sweet & Maxwell, S. 5 f. und S. 9–13; Klippel (1993), „Die Idee des geistigen Eigentums in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts“, in: Wadle (Hrsg.), *Historische Studien zum Urheberrecht in Europa: Entwicklungslinien und Grundfragen*, Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Bd. 10; Berlin: Duncker & Humblot, S. 121–138; Ann (2004), „Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiger Leistungen“, in: *GRUR Int.*, 53, S. 597–603.

² Zur Entwicklung des Urheberrechts als Antwort auf technologische Neuerungen s. z. B. Sterling (2003), *World Copyright Law*, London: Sweet & Maxwell, S. 18–24.

kennt, die einem Dritten nicht zu dessen freier Verfügung überlassen werden können und stets bei dem Individuum verbleiben.³

1. Emanation des Persönlichkeitsrechts

Das deutsche Recht (zusammen mit anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen) betrachtet das Urheberrecht seit jeher als eine der fundamentalen Ausprägungen der eigenen Persönlichkeit des Kreativen, des Urhebers. Die geistige Schöpfung ist untrennbarer Bestandteil des Individuums, was sich in der Konzeption niederschlägt, wonach zwar Verwertungsrechte an der Schöpfung an Dritte veräußert werden, nicht aber das Recht, sein Werk zurückzurufen (§42 I S. 1, II UrhG) oder sich gegenüber verzerrenden Darstellungen oder Verwertungen zu wehren (§14 UrhG). Bekannte Beispiele sind etwa die Übermalung eines Wandbildes,⁴ die Hinzufügung von Szenen zu einem Bühnenwerk,⁵ die Verstümmelung eines Lichtbildes durch ausschnittsweise Wiedergabe⁶ oder die Bearbeitung des Werkes⁷. Aber auch modernere Werknutzungen finden hierin Niederschlag, etwa wenn Grafiken für Computerspiele dazu verwandt werden, um volksverhetzende Spiele zu schaffen. Demgemäß verliert der Urheber nie völlig die Bindung zu seinem Werk, es bleibt immer ein Teil seines Persönlichkeitsrechts – was entsprechende Konsequenzen für die ökonomische Verwertbarkeit hat, aber auch für die grundsätzliche Einstellung gegenüber dem Urheberrecht als Schutz der Kreativen.

Wie bereits angedeutet, steht dem die angloamerikanische Tradition gegenüber, die das geistige Eigentum nicht anders behandelt als andere Sachen, mithin eine vollständige Übertragbarkeit sämtlicher Funktionen und des gesamten Rechts an sich kennt, ohne das der Urheber nach Übertragung seiner Rechte noch irgendeinen Einfluß auf das Werk hätte, das vielmehr vollständig in den Händen des Verwerters liegt. Dieses andere Verständnis müssen sich sowohl der Rechtswissenschaftler als auch der Rechtsanwender

³ S. rechtsvergleichend Sterling (2003), *World Copyright Law*, London: Sweet & Maxwell, S. 337–339 und 343–352. Zum Urheberpersönlichkeitsrecht in Deutschland und anderen „civil law countries“ ausf. Dietz (1995), „The Moral Rights of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries“, in: *Cpl.-VLA J.L.&Arts*, 19, S. 199–227; Dietz in: Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht: Kommentar*, 3. Aufl. (2006), München: C.H. Beck, Vor §§12 ff. Rdnr. 26–28f. Zum Urheberpersönlichkeitsrecht im Common Law, s. Dworkin (1986), „Moral Rights in English Law: The Shape of Rights to Come“, in: *E.I.P.R.*, 8, S. 329–336; Ginsburg (1991), „UPRe im Rechtssystem des Common Law“, in: *GRUR Int.*, 40, S. 593–605.

⁴ RGZ 79, 397 – *Felseiland mit Sirenen*.

⁵ BGH, Urt. v. 29.04.1970 – I ZR 30/69 BGHZ 55, 1 = NJW 1970, 2247 = GRUR 1971, 35 – *Maske in Blau*.

⁶ BGH Urt. v. 05.03.1971 – I ZR 94/69 NJW 1971, 885 = GRUR 1971, 525 – *Petit Jacqueline*.

⁷ BGH, Urt. v. 13.10.1988 – I ZR 15/87, GRUR 1989, 106 – *Oberammergauer Passionsspiele II*.

sowie der Rechtspolitiker ständig vor Augen halten, wenn es um Fragen der internationalen Harmonisierung, Anpassung oder Rezeption angelsächsischen Urheberrechts geht. Ausstrahlungen dieses Verständnisses lassen sich bis hinein in die Untersuchungen zur ökonomischen Funktion des Urheberrechts finden, die im Wesentlichen angelsächsischen Ursprungs sind:

2. Ökonomische Funktionen

Die ökonomischen Funktionen des Urheberrechts lassen sich zwar auf einige wenige Grundprinzipien reduzieren, doch kann die ökonomische Analyse des Urheberrechts nicht zuletzt auch aufgrund seiner hohen Divergenz zwischen den Rechtsordnungen noch keineswegs als ausgereift bezeichnet werden.⁸ Grob vereinfacht dient die Verleihung von Ausschließlichkeitsrechten der Setzung von Anreizen für Kreative, entsprechendes Wissen und Informationen zu schaffen; denn nur über die Verleihung solcher „property rights“ können sie die Früchte ihrer Arbeit ernten. Aber schon die Tatsache, daß diese Ausschließlichkeitsrechte nicht generell an neuem Wissen vergeben werden, sondern in fast allen Rechtsordnungen nur an bestimmten Emanationen dieses Wissens, namentlich seiner Verkörperung in einem Werk, zeigt, daß eine Balance zwischen dem Interesse der Gesellschaft an dem freien Zugang zu Informationen und Wissen einerseits und den Anreizen für die Kreativen zur Schöpfung von Wissen gefunden werden muß. Die Ideen bleiben frei, da ansonsten jedes Wissen geschützt wäre und der Lizenzierung bedürfte.⁹ Besonders deutlich wird dies heutzutage daran, daß Algorithmen für Computerprogramme für sich genommen nicht geschützt werden können, da sie lediglich die Idee kennzeichnen, mit deren Hilfe eine bestimmte Lösung erreicht werden kann; erst die Umsetzung in einen

⁸ Grundlegend zur ökonomischen Analyse des Urheberrechts Landes/Posner (1989), „An Economic Analysis of Copyright Law“, in: *The Journal of Legal Studies*, 18, Nr. 2, S. 325–363. S. auch Ohly, Ansgar (2007), „Urheberrecht als Wirtschaftsrecht“, in: Depenheuer/Peifer (Hrsg.), *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?*, Bibliothek des Eigentums Bd. 5, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, S. 141–161; sowie Peukert (2004), „Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut – Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses“, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Baden-Baden: Nomos, S. 11–46.

⁹ BGH Urt. v. 12.03.1987 – I ZR 71/85 GRUR 1987, 704, 706 – *Warenzeichenlexika*; BGH Urt. v. 14.11.2002 – I ZR 199/00 NJW 2003, 665, 667 = GRUR 2003, 231 = ZUM 2003, 304 – *Staatsbibliothek*; BGH Urt. v. 26. 6. 2003 – I ZR 176/01 BGHZ 155, 257 = NJW 2003, 2828 = GRUR 2003 876 – *Sendeformat*. Dies kommt auch in den Schutzvoraussetzungen des §2 UrhG zum Ausdruck, namentlich daß die Werkschöpfung eine Form angenommen haben muß, die durch die menschlichen Sinne wahrnehmbar ist. S. dazu Loewenheim in: Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht: Kommentar*, 3. Aufl. (2006), München: C.H. Beck, §2 Rdnr. 20 und 50; Schulze in: Dreier/Schulze *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, 2. Aufl. (2006), München: C.H. Beck, §2 Rn.37.

Ablaufplan und dann in einen entsprechenden Code vermag den Schutz der §§ 69a ff. UrhG auszulösen.¹⁰

Neben diesen schon immanenten Grenzen des Ausschließlichkeitsrechts definieren fast alle Rechtsordnungen Schranken oder andere Instrumente, um einen ungehinderten Zugang zu Wissen und Informationen (oder Werken generell) zu gewährleisten, teilweise verknüpft mit Zwangsabgaben, die wiederum den Urhebern zugute kommen. Aber auch hier kann das System nicht pauschal über einen Leisten geschlagen werden, da die unterschiedlichen Schranken divergenten Motiven folgen;¹¹ so ist etwa die Schranke der Privatkopie nicht allein dem Zugang zu Wissen geschuldet, sondern vielmehr den in Verbindung mit dem System der Geräteabgaben erheblichen Problemen der Durchsetzung der Ausschließlichkeitsrechte.¹² Sie kann daher also mit Fug und Recht eher als eine Form der Pigou-Steuer bezeichnet werden, da sie das an sich primär effiziente Mittel, nämlich die Durchsetzung der Eigentumsrechte, ersetzt. Dementsprechend wird dieses System seinerseits durch neue technologische Entwicklungen in Frage gestellt, etwa durch die Entwicklung der Digital Rights Management-Systeme, die eine individuelle Kontrolle der Nutzung und damit auch der Durchsetzung der Ausschließlichkeitsrechte erlauben.¹³ Andere Schranken wie etwa für die Lehre, aber auch für Bibliotheken, dienen dagegen der Weiterverbreitung des Wissens, ohne die die Schaffung neuen Wissens kaum denkbar wäre.¹⁴

Theoretisch bestehen daher Anreize für Urheber, Informationen zu produzieren, die im Sinne eines Allokationsmechanismus auf Märkten unter Knappheitsbedingungen verteilt werden. Allerdings gibt es auch erhebli-

¹⁰ BGH Urt. v. 09.05.1985 – I ZR 52/83 GRUR 1985, 1041, 1047 – *Inkasso-Programm*; BGH Urt. v. 04.10.1990 – I ZR 139/8 GRUR 1991, 449, 453 – *Betriebssystem*. Ausf. Ensthaler/Möllenkamp (1994), „Reichweite des urheberrechtlichen Softwareschutzes nach der Umsetzung der EG-Richtlinie zum Rechtsschutz der Computerprogramme“, in: *GRUR*, 96, S. 151–158. S. auch Loewenheim in: Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht: Kommentar*, 3. Aufl. (2006), München: C.H. Beck, §69a Rdnr.12; Dreier in: Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, 2. Aufl. (2006), München: C.H. Beck, §69a Rn. 22.

¹¹ S. etwa Melchiar in: Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht: Kommentar*, 3. Aufl. (2006), München: C.H. Beck, Vor §§44aff Rdnr. 4 m. w. N.; Dreier in: Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, 2. Aufl. (2006), München: C.H. Beck, Vor §§44a ff. Rn. 3 f.; Schack (2007), *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, S. 250–267.

¹² Begr. z. RegE BR-Dr 218/94, S. 17; Begr. z. RegE BT-Dr 10/837, S. 18. S. auch Schenk (2006), *Die digitale Privatkopie*, Berlin: Logos Verlag, S. 3–12; Dreier in: Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, 2. Aufl. (2006), München: C.H. Beck, Vor §53 Rdnr. 1; Loewenheim (2003) in: Loewenheim (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, München: C.H. Beck, S. 423.

¹³ Zum Verhältnis der Digital Rights Management-Systeme zur Pauschalvergütung, s. Begr. z. RegE BT-Dr 16/1828, S. 15 f.

¹⁴ S. Begr. z. RegE. BT-Dr. 15/38, S. 35; Lüft in: Wandtke/Bullinger, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 2. Aufl. (2006), München: C.H. Beck, §52a Rdnr. 1; Schack (2007), *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, S. 250–256.

che Zweifel, ob das Urheberrecht tatsächlich derartige Anreize jedenfalls für Kreative auszuüben vermag: Ähnlich den neueren Erkenntnissen der Behavioral Finance, die von den klassischen ökonomischen Rationalitätsmaßnahmen abweichen und irrationale Verhaltensweisen einbeziehen, ist es für das Urheberrecht fragwürdig, ob sich Kreative bei der Schaffung neuer Werke tatsächlich davon beeinflussen lassen, ob sie später Ausschließlichkeitsrechte für ihre Werke erhalten oder ob nicht vielmehr diese Anreize sich erst bei Verwertern auswirken. Ebenso mangelt es noch weitgehend an vertieften, weitergehenden Untersuchungen der Produktionsstrukturen von Wissen, das heute oftmals durch Arbeitsteilung in verschiedensten Formen inkremental geschaffen wird und nicht als ein einziger großer Wurf. Auch hier bestehen allerdings mannigfaltige Unterschiede zwischen den verschiedensten Formen geistiger Schöpfungen, die in einem großen Spektrum alles ohne Differenzierung erfassen, was auch bei selbst geringen Anforderungen noch als „kreativ“ begriffen werden kann (kleine Münze).¹⁵

III. Entwicklungen in der Realität

Derartige Bedenken deuten schon auf Entwicklungen in der ökonomischen Realität hin, die mit den ursprünglichen Vorstellungen des Urhebers als des Herrschers über sein Werk nicht übereinstimmen, auch nicht im Wissensbereich:

1. Wandlungen der Märkte

Jeder (deutschen) Universität sind im Rahmen der Finanzknappheit des letzten Jahrzehnts die Wandlungen auf den Wissenschaftsmärkten schmerzlich vor Augen geführt worden, nämlich die enormen Preis- und Kostensteigerungen, die mit der zunehmenden Konzentration der Verlage zusammenhängen mag, insbesondere im sog. STM-Markt (Science-Technology-Medicine-Markt).¹⁶ Umgekehrt sind Autoren in vielen Wissenschaftszwei-

¹⁵ S. schon RG Urt. v. 18.12.1912 – I 4/12 RGZ 81, 120, 123 – *Kochrezepte*; BGH Urt. v. 26.09.1980 – I ZR 17/78 GRUR 1981, 267, 268 – *Dirlada*. Keine ausreichende Schöpfungshöhe erreichen z. B. Telefonbücher, s. BGH Urt. v. 06.05.1999 – I ZR 199/96 BGHZ 141, 329, 332 ff. = NJW 1999, 2898 = GRUR 1999, 923 – *Tele-Info-CD*. Zur „Kleinen Münze“ im Urheberrecht, s. Loewenheim in: Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht: Kommentar*, 3. Aufl. (2006), München: C.H. Beck, §2 Rdnr. 38–40 m. w. N.; Schack (2007), *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, S. 143–146.

¹⁶ Ausf. Woll (2005), *Wissenschaftliches Publizieren im digitalen Zeitalter und die Rolle der Bibliotheken*, Kölner Arbeitspapiere zur Bibliotheks- und Informationswissenschaft Bd. 46, <http://webdoc.sub.gwdg.de/ebook/serien/aw/fh-koeln/band046.pdf> (Stand 10.04.2008), S. 13–16; Meier (2002), *Returning Science to the Scientists: Der Umbruch im STM-*

gen – gerade wiederum im STM-Markt – mit dem Phänomen konfrontiert, daß sie Eintritts- oder Druckkostenzuschüsse zahlen müssen, damit ihre Werke überhaupt begutachtet und zur Publikation angenommen werden. Diese Entwicklung ist nur Teil des allgemeinen Phänomens, das darauf hinweist, daß es sich im Wesentlichen um Anbieter-Märkte handelt, bei denen zahlreichen Anbietern (Urhebern) nur wenige Nachfrager (Verwerter/Verlage) gegenüberstehen. Wiederum gilt aber, daß diese Aussage branchenabhängig ist und nicht ohne weiteres von Märkten für wissenschaftliche Publikationen auf andere Publikationsmärkte übertragen werden kann, erst recht nicht für andere Formen geistiger Schöpfungen; vielmehr bedarf es stets der sorgfältigen Analyse des Marktes im Einzelfall.

Eine wesentliche Triebfeder dieser Entwicklung spielt kurioserweise das Internet: Zwar verringert das Internet die reinen Distributionskosten einer Information fast auf Null, im Gegensatz zu früheren Epochen, in denen allein schon die Verteilung einer Information mitsamt den logistischen Kosten (Transport, Lagerung etc.) erheblich zu Buche schlug; doch führt diese explosionsartige Vermehrung der verfügbaren Information zu einem exponentiellen Anstieg der Kosten für die Suche nach qualitativ hochwertigen Informationen. Nicht umsonst werden heute Suchmaschinen als die eigentlichen „Torwächter“ für Informationen im Netz angesehen, nicht umsonst interessieren sich Anbieter wie Google auch für wissenschaftliche Publikationen, die der Recherche zugänglich gemacht werden sollen. Derartige „Torwächter“-Funktionen werden für Verlage heutzutage als Informationsintermediäre immer bedeutsamer,¹⁷ da ihre Funktion als Produzent und

Zeitschriftenmarkt unter Einfluß des Electronic Publishing, Buchhandel der Zukunft: Aus der Wissenschaft für die Praxis Bd. 2, Korr. Nachdr., München: peniopo, S. 25–33. S. außerdem Schnettger (2003), „Wohin führt der Weg? Fachzeitschriften im elektronischen Zeitalter“, in: *zeitenblicke*, 2, Nr. 2, <http://www.zeitenblicke.de/2003/02/pdf/schnettger.pdf> (Stand: 10.04.2008), Abs. 2–5; Bargheer/Bellem/Schmidt (2006), „Kapitel 1: Open Access und Institutional Repositories – Rechtliche Rahmenbedingungen“, in: Spindler (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen*, Göttinger Schriften zur Internetforschung Bd. 2, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, S. 1, S. 4 f. In diesem Zusammenhang ist auch die Entwicklung der Zeitschriftenkosten an der Universitätsbibliothek Regensburg interessant, s. Universität Regensburg (2005), *Die Bibliothek in der Krise*, <http://www.bibliothek.uni-regensburg.de/pdf/krise.pdf> (Stand: 10.04.2008).

¹⁷ Graf (2003), „Wissenschaftliches E-Publizieren mit ‘Open Access’: Initiativen und Widerstände“, in: *zeitenblicke*, 2, Nr. 2, <http://www.zeitenblicke.de/2003/02/pdf/graf.pdf> (Stand: 10.04.2008), Abs. 41–45; Meier (2002), *Returning Science to the Scientists: Der Umbruch im STM-Zeitschriftenmarkt unter Einfluß des Electronic Publishing*, Buchhandel der Zukunft: Aus der Wissenschaft für die Praxis Bd. 2, Korr. Nachdr., München: peniopo, S. 21, 37 f.; Woll (2005), *Wissenschaftliches Publizieren im digitalen Zeitalter und die Rolle der Bibliotheken*, Kölner Arbeitspapiere zur Bibliotheks- und Informationswissenschaft Bd. 46, <http://webdoc.sub.gwdg.de/ebook/serien/aw/fh-koeln/band046.pdf> (Stand: 10.04.2008), S. 39.

Aufbereiter des Wissens zunehmend in den Hintergrund getreten ist, insbesondere neben dem Internet mit der Entwicklung von Technologien, die weitgehend die publikationsreife Vorbereitung eines Werkes schon in Autorenhand und damit die entsprechende Verlagerung der Aufgaben auf die Urheber erlauben¹⁸. Die „Torwächter“-Funktion als das, was den Nutzern die Qualität einer Information signalisiert, ist zudem häufig mit positiven Netzwerkexternalitäten verbunden: Je mehr und größer eine Plattform bzw. Suchmaschine ist, desto mehr werden Anbieter versuchen, ebenfalls über diese Suchmaschine (über den Verlag, den Intermediär) erreichbar zu sein.

Auch für die Wissenschaftsmärkte lassen sich diese Prozesse anhand der geschilderten Verlagsmarktentwicklungen beobachten, indem sich die sog. A-Journale und -Publikationen zunehmend absetzen, der Abstand zu anderen Publikationen zunimmt. Eng damit verknüpft sind Reputationsmechanismen auf Wissenschaftsmärkten, die ein komplexes Wechselspiel darstellen, aber noch weitgehend der näheren Analyse harren.

2. Gegenbewegungen

Allerdings sind die Tendenzen nicht ohne Gegenbewegungen geblieben: Ausgehend von der Softwarebranche, in der die Reaktion auf die Quasi-Monopolisierung der Betriebssysteme für den PC zuerst einsetzte, hat sich der Gedanke der Open-Source-Bewegung breitflächig durchgesetzt.¹⁹ Den Open Source-Lizenzen, allen voran der General Public License (GPL), liegt die Idee zugrunde, daß zwar das neugeschaffene Werk einem Urheberrecht

¹⁸ Zu der Zukunft und den Vorteilen der E-Journals, s. Armbruster (2007), *Society Publishing, the Internet and Open Access: Shifting Mission-Oriented from Content Holding to Certification and Navigation Services?*, <http://ssrn.com/abstract=997819> (Stand: 10.04.2008); Schnettger (2003), „Wohin führt der Weg? Fachzeitschriften im elektronischen Zeitalter“, in: *zeitenblicke*, 2, Nr. 2, <http://www.zeitenblicke.de/2003/02/pdf/schnettger.pdf> (Stand: 10.04.2008).

¹⁹ Ausf. zur Entwicklung von Open Source, Jaeger/Metzger (2006), *Open Source Software: Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software*, München: C.H. Beck, S. 8 ff. S. außerdem Spindler (2004), „Einleitung“ in: Spindler (Hrsg.), *Rechtsfragen bei Open Source*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, S. 1–8; Kharitonouk/Stewin (2004), „Grundlagen und Erfahrungen: Einleitung“ in: Gehring/Lutterbeck (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch 2004: Zwischen freier Software und Gesellschaftsmodell*, Berlin: Lehmanns Media, S. 1–13. Zur Open Access-Bewegung im Bereich des wissenschaftlichen Publikationsmarktes, s. Bargheer/Bellem/Schmidt (2006), „Kapitel 1: Open Access und Institutional Repositories – Rechtliche Rahmenbedingungen“, in: Spindler (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen*, Göttinger Schriften zur Internetforschung Bd. 2, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, S. 1, S. 3 ff.; Hilf (2007), „Digitaler Open Access zu wissenschaftlichen Informationen: Ein Umbruch zu neuen professionellen Diensten“, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch 2007: Zwischen freier Software und Gesellschaftsmodell*, Berlin: Lehmanns Media, S. 395–412; Graf (2003), „Wissenschaftliches E-Publizieren mit 'Open Access': Initiativen und Widerstände“, in: *zeitblicke*, 2, Nr. 2, <http://www.zeitenblicke.de/2003/02/pdf/graf.pdf> (Stand: 10.04.2008), Abs. 1–35.

unterliegt, dieses aber jedermann zur Verfügung gestellt wird, auch zur weiteren Bearbeitung – allerdings unter der Bedingung, daß das neue Werk dann wiederum jedermann zu den gleichen Bedingungen zur Verfügung steht.²⁰ Obwohl für etliche suspekt,²¹ hat sich dieser Gedanke als ökonomisch tragfähig erwiesen, da trotz der offenbar „verschenkten“ Software die Begleitprodukte wie Softwarepflege, Instruktion und Schulung keineswegs kostenlos abgegeben werden – was gerade für Software oftmals wesentlich wichtiger ist als das eigentliche Produkt.²²

Diese Gedanken lassen sich naturgemäß nicht eins zu eins auf die Produktion von Wissen übertragen, da die ökonomischen Anreize unterschiedlich sind; insbesondere bedarf es keiner kontinuierlichen Pflege des „Wissens“ bzw. der „Information“ wie im Fall von Software, so daß das verschenkte Produkt kein Korrelat in Form von fortlaufenden Dienstleistungen hat. Dennoch versuchen verschiedene Initiativen, insbesondere die von Lawrence Lessig ins Leben gerufenen Creative Commons-Lizenzen, die Vorstellungen und den Erfolg der Open Source-Bewegung als Reaktion auf die Verengung der Publikationsmärkte auf die Produktion von Wissen zu übertragen.²³ Als schwächere Formen haben sich einige Open Access-Lizenzen

²⁰ S. dazu etwa Jaeger/Metzger (2006), *Open Source Software: Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software*, München: C.H. Beck, S. 19–73; Spindler (2004), „Open Source Software Lizenztypen und Abgrenzung“ in: Spindler (Hrsg.), *Rechtsfragen bei Open Source*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, S. 9–19.

²¹ Kooths/Langenfurth/Kalwey (2003), *Open-Source Software – An Economic Assessment*, MICE Economic Research Studies 4. Muenster Institute for Computational Economics, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, http://mice.uni-muenster.de/mers/mers4-OpenSource_en.pdf, auch herunterladbar unter <http://opensource.mit.edu/papers/kalweykooths-langenfurth.pdf>

²² Leiteritz (2004), „Open Source Geschäftsmodelle“, in: Gehring/Lutterbeck (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch 2004: Zwischen freier Software und Gesellschaftsmodell*, Berlin: Lehmanns Media, S. 139–170; Perens (2007), „Open Source ein aufstrebendes ökonomisches Modell“, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch 2007: Zwischen freier Software und Gesellschaftsmodell*, Berlin: Lehmanns Media, S. 131, S. 149–155. Weitere Beweggründe für die Entwicklung von Open Source sind Marketing und Wettbewerbsvorteile, s. West (2008), „Unternehmen zwischen Offenheit und Profitstreben“, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch 2008: Zwischen freier Software und Gesellschaftsmodell*, Berlin: Lehmanns Media, S. 83–96. Für eine Analyse der Beziehungen zwischen der Open Source Community und Open Source Software Firmen, s. Yuwei Lin (2006), „Hybrid Innovation: How Does the Collaboration Between the FLOSS Community and Corporations Happen?“, in: *Knowledge, Technology & Policy*, 18, Nr. 4, S. 86–100.

²³ Zu der Entstehung und den Zielen der Creative Commons Initiative s. Lessig, Lawrence (2004), *Free Culture: The Nature and Future of Creativity*, London: Penguin Books, S. 282–286; Lessig (2005), *How it all began*, <http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-lessigletter/2005/000000.html> (Stand: 11.04.2008); Creative Commons (2007), *History*, <http://wiki.creativecommons.org/History> (Stand: 11.04.2008). S. auch Mantz (2006), „Kapitel 3: Open Access-Lizenzen und Rechtübertragung bei Open Access-Werken“, in: Spindler (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen*, Göttinger Schriften zur Internetforschung Bd. 2, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, S. 55–103 für eine Analyse der Creative Commons-Lizenz.

etabliert, die zwar nicht das Recht zur weiteren Bearbeitung verleihen, wohl aber die Rechte der freien Vervielfältigung und der öffentlichen Zugänglichmachung.²⁴ In der Tat ist der Gedanke verführerisch, daß Wissen und Informationen, die mit Hilfe von öffentlichen Geldern produziert worden sind, auch öffentlich zugänglich gemacht werden. Das Problem besteht indes darin, daß der Preismechanismus als Allokation knapper Ressourcen hier außer Kraft gesetzt wird – nicht so bei Open Source-Märkten. Denn dadurch, daß jeglicher Sekundärmarkt fehlt – im Gegenteil, diese Märkte anderen Gesetzen gehorchen (Zitierungsindices etc.) –, mangelt es an einem entsprechenden Korrektiv, so daß die Gewährleistung der Qualitätssignale das Nadelöhr ist, durch das die Open Access-Bewegung gehen muß. Ohne entsprechende öffentliche Ressourcen wird sich dieses Problem indes wohl kaum bewältigen lassen, auch wenn es hier bislang an tiefer gehenden Analysen fehlt.

IV. Die Entwicklungen des UrhR

Vor diesem Hintergrund lassen sich die Entwicklungsschübe des Urheberrechts einordnen, das parallel zu den Technologieschüben entsprechende Anpassungen durchlaufen und gerade seit der Verbreitung des Internets zahlreiche Reformen erlebt hat, deren Ende derzeit noch nicht abzusehen ist und die auch grundlegende Fragen des Urheberrechts betreffen. Hervorzuheben ist zunächst die Einführung eines besonderen Verwertungsrechts, des Rechts auf öffentliches Zugänglichmachen, das schon im TRIPS angelegt ist und in der EU-Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft²⁵ bzw. in §19a UrhG implementiert wurde. Damit wurden die Grundlagen geschaffen für die nötige Anpassung an die geänderten Kommunikationsstrukturen des Internets, die nicht mit den herkömmlichen Senderechten gleichgesetzt werden können.²⁶ Parallel dazu

²⁴ Genannt seien z. B. die auf die elektronische Verbreitung beschränkten Digital Peer Publishing-Lizenzen, Version 1.0 (DDPLv1) und 2.0 (DDPLv2), s. dazu Mantz (2006), „Kapitel 3: Open Access-Lizenzen und Rechtübertragung bei Open Access-Werken“, in: Spindler (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen*, Göttinger Schriften zur Internetforschung Bd. 2, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, S. 55, 77. Eine Übersicht über Open Access-Lizenzen gibt das Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (ifrOSS), *Lizenz-Center*, <http://www.ifross.de/ifross.html/lizenzcenter.html> (Stand: 11.04.2008).

²⁵ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (2001), ABIEG Nr. L 167 v. 22.6.2001, S. 10ff.

²⁶ Begr. z. RegE BT-Dr 15/38, S. 16 f. Zwar bestand für Urheber das Recht, Werke zum Abruf bereitzuhalten, grundsätzlich schon vor der Reform in analoger Anwendung des §15 II a. F.

entbrannte eine heftige Diskussion über die herkömmlichen Schranken des Urheberrechts im Lichte der Digitalisierung und der Zunahme an Raubkopien, einer Tendenz, die durch die Implementierung von Tauschbörsen über das Internet, wie Napster oder dezentrale P2P-Systeme, noch verstärkt wurde. Kennzeichnend für diese Debatten sind die Auseinandersetzungen im Rahmen des sog. „Zweiten Korbs“, der versucht, eine Kompromißlinie zwischen den Extrempositionen eines völligen Verbots von Privatkopien einerseits und einer völligen Freigabe andererseits einzuschlagen. Aber auch für die Wissensgesellschaft enthält der „Zweite Korb“ wichtige Festlegungen, die heftigst umstritten waren, etwa zu den elektronischen Fernleihen, die erheblich eingeschränkt wurden, oder zu dem digitalen Zugang zu Werken über die Bibliotheken, für die mühsam ein Kompromiß ausgehandelt wurde. All dies kann in seinen Einzelheiten nicht nachgezeichnet werden, es mag der Hinweis genügen, daß der „Zweite Korb“ fast mehr als zwei Jahre intensiver Diskussion benötigte, um überhaupt verabschiedet zu werden.²⁷ Darüber hinaus versuchte der „Zweite Korb“ die bislang nicht digitalisierten Werke einer Retro-Digitalisierung zu öffnen (§137 I UrhG), was aber seinerseits erhebliche Probleme erzeugt, etwa hinsichtlich des Umfangs der Rechte.

Zahlreiche gerade für die Wissensgesellschaft und spezifischer für die Wissenschaftsmärkte wesentliche Fragen wurden indes auf einen dritten Korb verschoben, namentlich die Schrankenregelungen für Bibliotheken, die derzeit nur in ihren Räumlichkeiten den Zugang zu digitalisierten Werken anbieten können (sofern keine weitergehenden Lizenzen abgeschlossen werden), ebenso die Fragen zu Open Access-Schranken, die etwa per se jedem Autor das Recht gäben, nach einer Schonfrist sein Werk selbst öffentlich zugänglich zu machen, so daß die Verwerter nicht mehr allein darüber entscheiden könnten.²⁸ Auch die Probleme rund um die Retrodigitalisie-

Jedoch galt dies zum einen nicht für Leistungsschutzberechtigte, denen kein derart umfassendes Ausschließlichkeitsrecht zustand; zum anderen existierten Unsicherheiten im Hinblick auf den Begriff der „Öffentlichkeit“ i. S. des §15 III. Eine Anpassung des Gesetzes an die neuen technischen Gegebenheiten war daher erforderlich. S. dazu v. Ungern-Sternberg in: Schrickler (Hrsg.), *Urheberrecht: Kommentar*, 3. Aufl. (2006), München: C.H. Beck, §19a Rdnr. 32–41; Dreier in: Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, 2. Aufl. (2006), München: C.H. Beck, §19a Rdnr. 2 f.; Loewenheim (2003) in: Loewenheim (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, München: C.H. Beck, S. 295 f.

²⁷ S. etwa dazu Spindler (2008), „Reform des Urheberrechts im ‘Zweiten Korb’“, in: *NJW*, 61, S. 9–16; Hoeren (2007), „Der Zweite Korb: Eine Übersicht zu den geplanten Änderungen im Urheberrechtsgesetz“, in: *MMR*, 10, 615–620; Scheja/Mantz (2007), „Nach der Reform ist vor der Reform: Der zweite Korb der Urheberrechtsreform“, in: *CR*, S. 715–720.

²⁸ Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 16/5939 v. 4.7.2007, S.3 f.; Beschluß des Bundesrates, BR-Dr 582/07 v. 21.9.2007.

rung sind kaum endgültig gelöst, so daß die sog. „Orphan Works“ nach wie vor nicht ohne weiteres dem Publikum zugänglich gemacht werden können.²⁹

V. Perspektiven

So wichtig diese Fragen en détail auch sein mögen, die grundlegenden Probleme werden damit nicht angesprochen, nämlich das Verhältnis von Urheberrecht zu den gewandelten Marktstrukturen, insbesondere das Verhältnis zum Kartellrecht. Denn jedes Ausschließlichkeitsrecht begründet per se ein Monopol – jedes Eigentumsrecht ist streng genommen ein Monopol –, da es jeden anderen von der Verwendung der Sache ausschließt. Die Rechtsprechung hat erst in den letzten Jahren begonnen, die Fragen rund um das Spannungsverhältnis von Kartellrecht und Urheberrecht aufzuarbeiten,³⁰ die zudem noch durch die Schranken des Urheberrechts selbst, nämlich die Sozial- und Gemeinwohlbindung, überlagert werden. Wie oben kurz

²⁹ S. dazu Spindler/Heckmann (2008), „Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen: Die Nutzungsmöglichkeiten von ‚orphan works‘ de lege lata und ferenda“, in: *GRUR Int.*, 57, erscheint demnächst.

³⁰ Erwähnt seien beispielsweise die Fälle *IMS Health* und *Microsoft*. In *IMS Health* hatte die Europäische Kommission IMS Health auf der Grundlage des Mißbrauchsverbots nach Art. 82 EG verpflichtet, an die Mitbewerber die urheberrechtlich geschützte Block-Struktur, mit der Marktforschungsdaten für die pharmazeutische Industrie aufbereitet wurden, gegen ein angemessenes Entgelt zu lizenzieren, da die Struktur ein „de facto-Branchenstandard“ sei und man daher ohne sie auf dem Markt für regionale pharmazeutische Umsatzdienste nicht tätig werden könne. Nach der Niederlage vor EuG und EuGH hat die Kommission ihre einstweilige Anordnung jedoch zurückgenommen, s. Europäische Kommission, Entscheidung vom 3.7.2001, ABIEG Nr. L 59 v. 28.2.2002, S. 18ff. (Einstweilige Anordnung); und EuGH Ur. v. 29.4.2004 – C-418/01 – *IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. OHG*. S. dazu Heinemann (2004), „Internet und externe Begrenzungen des Immaterialgüterschutzes am Beispiel des *IMS Health-Falls*“, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Baden-Baden: Nomos, S. 207–219. Im Fall *Microsoft* stellte die Europäische Kommission fest, der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG liege darin, daß Microsoft die Kompatibilität seiner urheberrechtlich geschützten Software mit der Software konkurrierender Unternehmen durch Geheimhaltung technischer Informationen über sein Betriebssystem Windows bewußt eingeschränkt habe. Dementsprechend wurde das Unternehmen zur Offenlegung der Informationen verpflichtet. Diese Entscheidung hat der EuG bestätigt, s. Europäische Kommission, Entscheidung vom 24.5.2004, ABIEG Nr. L 32 v. 6.2.2007, S. 23ff. (Einstweilige Anordnung); und EuG Ur. v. 17.09.2007 – C-201/04 – *Microsoft Corp./Kommission der Europäischen Gemeinschaften*. S. auch Bock (2008), „Der Fall Microsoft: Offengelegte Schnittstellen und offengebliebene Fragen“, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch 2008: Zwischen freier Software und Gesellschaftsmodell*, Berlin: Lehmanns Media, S. 123–135. Grundlegend zum Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Heinemann (2002), *Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung: Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums*, Jus Privatum, Beiträge zum Privatrecht Bd. 65, Tübingen: Mohr-Siebeck.

dargelegt, ist die alte Vorstellung des Schutzes des Urhebers aber durch die Realität überholt worden. Urheberrecht ist heute in zahlreichen Märkten ein Recht zugunsten der Verwerter geworden, die die Ausschließlichkeitsrechte für sich nutzen. Insofern stellt sich heute Urheberrecht als eine Art verkapptes Marktordnungsrecht dar, das zudem zahlreiche völlig divergente Märkte „über einen Kamm schert“, seien es klassische Musikstücke, moderne Rhythmenstücke, Hip-Hop, Gemälde, Gebäude, Werke der literarischen Kunst, Computerprogramme, Datenbanken oder wissenschaftliche Informationen. Alle diese Märkte zeichnen sich aber durch völlig andere Eigenschaften aus, so daß die Frage auf der Hand liegt, ob das Urheberrecht tatsächlich noch so flexibel ist, den unterschiedlichen Charakteristika und den unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen gerecht zu werden. Die zahlreichen, ausufernden Einzelschranken sprechen hier eine deutliche, negative Sprache, erst recht, wenn einzelne Lobbyisten für ihre Detailprobleme gesetzliche Regelungen nachfragen, wie dies im zweiten Korb geschehen ist.

Speziell für Wissenschaftsmärkte wird in Zukunft das Wechselspiel zwischen Reputationsmärkten, Publikationsmärkten und Karrieren für Wissenschaftler vertiefter zu beleuchten sein. Solange etwa die Publikation in sog. „A-ranked Journals“ entscheidend für die internationale Karriere eines Wissenschaftlers ist, solange werden sich weiterhin positive Netzwerkexternalitäten ergeben, die eine Verbreitung des Open Access-Gedankens erschweren, was wiederum zur Folge hat, daß die Verbreitung von Wissen abnimmt – und damit, gesamtwirtschaftlich betrachtet, eine unter Umständen suboptimale Versorgung der Kreativen mit Informationen, um ihrerseits neues Wissen schaffen zu können. Umgekehrt sieht sich eine Open Access-Lösung mit dem Problem konfrontiert, daß der Preis als Allokationsmechanismus ausfällt und daher wirksame Strategien der Qualitätssicherung gefunden werden müssen, um nicht in einer Flut von undifferenzierten und „schlechten“ Informationen zu ertrinken. Auch hier gilt das Gesetz der „sauren Zitronen“ von Akerlof³¹, wonach sich auf Märkten, die keine Qualität signalisieren können, letztlich die schlechte Ware breitflächig durchsetzen wird. Zwischen dieser Scylla und dieser Charybdis gilt es in Zukunft hindurchzusteuern.

³¹ Akerlof (1970), „The Market for ‚Lemons‘: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in: *Quar. J. Econ.*, 84, Nr. 3, 488.