

Rechtsdurchsetzungsbemühungen - Anzeichen eines Systemkollapses?

Michael Grünberger

Inhaltsüberblick

1. Geistiges Eigentum und Rechtsdurchsetzung: Thema mit Variationen
 - 1.1 Thema: »Die uneingeschränkte Achtung geistigen Eigentums«
 - 1.2 Variation 1: Immaterialgüterrechte mutieren zum »geistigen Eigentum«
 - 1.2.1 Die Parallele zum Eigentum
 - 1.2.2 Der Kommunikationsinhalt des Adjektivs »geistig«
 - 1.3 Variation 2: Expansion des materiellen Rechts auf dem Gebiet des geistigen Eigentums
 - 1.3.1 Normsetzungsebenen
 - 1.3.2 Kategorien der Ausdehnung
 - 1.4 Variation 3: Expansion des Durchsetzungsinstrumentariums
 - 1.4.1 Normsetzungsebenen
 - 1.4.2 Privatisierung der Rechtsdurchsetzung
 - 1.5 Variation 4: Vom Rechtsverletzer zum Piraten
2. Zwischentöne- - Ein Perspektivenwechsel
 - 2.1 Die unterschiedlichen Perspektiven
 - 2.2 Immaterialgüterrechte im multipolaren Verfassungsrechtsverhältnis
 - 2.3 Notwendige Differenzierungen
3. Rechtsdurchsetzung im Urheberrecht - Ein Problem und seine Lösungsansätze
 - 3.1 Der weite Schutzbereich des Urheberrechts
 - 3.2 Eine kommunikative Konzeption von Privatsphäre im Urheberrecht
 - 3.3 Private Kommunikation über öffentliche Distributionskanäle
 - 3.4 Die tiefe Ebene der Streitwertberechnung
 - 3.5 Ansatzpunkte einer Differenzierung bei der Rechtsdurchsetzung
4. Coda

1. Geistiges Eigentum und Rechtsdurchsetzung: Thema mit Variationen

1.1 Thema: »Die uneingeschränkte Achtung geistigen Eigentums«

Am Beginn eines schulmäßigen Variationensatzes steht das Thema, welches im Anschluss in verschiedenen Modulationen variiert wird. Beschäftigt man sich mit der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten, muss man das Thema in der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums suchen. Man wird schnell fündig. »In besonderer Weise soll diese Richtlinie im Einklang mit Artikel 17 Abs. 2 der Charta [der Grundrechte]¹ die *uneingeschränkte Achtung geistigen Eigentums* sicherstellen.²

Der explizite Bezug auf einen ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Schutzauftrag ist nicht ohne historisches Vorbild.³ Die Reichsverfassung der Paulskirche hat 1849 mit Art. IX § 164 Abs. 3 im Abschnitt über die Grundrechte⁴ verfassungsrechtliches Neuland betreten⁵: »Das geistige Eigentum soll durch die Reichsgesetzgebung geschützt werden.« Damit sollte auch⁶ zum Ausdruck gebracht werden, dass die Gesetzgebung im Bereich des geistigen Eigentums stets im Einklang »mit den Fortschritten der Cultur« zu stehen und die jeweiligen Bedürfnisse der Zeit zu berücksichtigen hat.⁷ Obwohl im Text des Grundgesetzes nicht ausdrücklich verankert, besteht in der Dogmatik zum deutschen Verfassungsrecht Einigkeit, dass die vermögensrechtlichen Bestandteile der Immaterialgüterrechte zum sachlichen Schutzbereich des Art. 14 GG zählen.⁸ Art. 17 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta⁹ greift das Vorbild der Paulskirchenverfassung¹⁰ auf: »Geistiges Eigentum wird geschützt.« Aus dem Programmsatz¹¹ ist im Lauf der Zeit eine Institutsgarantie¹² geworden.¹³ Der europäische Normgeber entnimmt dieser Institutsgarantie dann die weitergehende Pflicht »die uneingeschränkte Achtung des geistigen Eigentums sicher[zustellen]«¹⁴. Das wird mit dem

¹ ABI. 2007 C 303/1.

² Erwgr. (32) Richtlinie 2004/48/EG (Hervorhebungen von mir).

³ Vgl. dazu DIETZ, GRUR Int. 2006, 1-6.

⁴ Der Text ist abgedruckt bei DÜRIG/RUDOLF, Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte, 3. Aufl., 1996, 95, hier S. 117.

⁵ WADLE, Das geistige Eigentum in der Reichsverfassung der Paulskirche in: GS Geck, 1989, 930.

⁶ Zu den anderen damit verfolgten Zwecken vgl. WADLE, GS Geck, 1989, 929-45, *passim*.

⁷ WADLE, GS Geck, 1989, 932.

⁸ Grundlegend zum Urheberrecht BVerfGE 31, 229 - Kirchen- und Schulgebrauch; vgl. umfassend FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, 1999, 152-85, 192-256.

⁹ ABI. 2000 C 364/1.

¹⁰ Zu der Verankerung in den Landesverfassungen vgl. GÖTTING, GRUR 2006, 353 (357).

¹¹ WADLE, GS Geck, 1989, 944.

¹² BADURA, Privatnützigkeit und Sozialbindung des geistigen Eigentums, in: OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 54-55.

¹³ Zum verfassungsrechtlichen Rahmen s. u. 3.1.

¹⁴ Erwgr. (32) RL 2004/48/EG.

Hinweis begründet, dass »[o]hne wirksame Instrumente zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums [...] Innovationen und kreatives Schaffen gebremst und Investitionen verhindert [werden].«¹⁵ Speziell zum Urheberrecht wird festgestellt, dass »[e]ine rigorose und wirksame Regelung [...] eines der wichtigsten Instrumente [ist], um die notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen in Europa zu garantieren und die Unabhängigkeit und Würde der Urheber und ausübenden Künstler zu wahren.«¹⁶ Damit schließt sich der Kreis: rigoroser, effektiver und wirksamer Schutz der Rechte des geistigen Eigentums ist ein - mittlerweile sogar völkergewohnheitsrechtlich gesichertes¹⁷ - Menschenrecht¹⁸ und - jedenfalls im Urheberrecht - erforderlich, um die Menschenwürde zu wahren. Am Ende steht eine bestehend einfache Gleichung: gestärkte Rechte des geistigen Eigentums und mehr Schutz für deren Inhaber bedeutet »Förderung von Innovation und kreativem Schaffen, Entwicklung des Arbeitsmarktes und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit«¹⁹.

1.2 Variation 1: Immaterialgüterrechte mutieren zum »geistigen Eigentum«

Der Begriff des »geistigen Eigentums« hat sich mittlerweile fest etabliert.²⁰ Er wird als Synonym²¹ oder - weitergehend - als Ersatz²² für den Begriff der »Immaterialgüterrechte« verstanden, die in Deutschland traditionell im Gewerblichen Rechtsschutz²³ einerseits und im Urheberrecht andererseits zusammengefasst werden.²⁴ Gegen die Bezeichnung »geistiges Eigentum« wurden eine Reihe von Einwänden erhoben²⁵. Zuletzt hat der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss deutliche Kritik daran geübt.²⁶

¹⁵ Erwgr. (3) RL 2004/48/EG.

¹⁶ Erwgr. 11 RL 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, ABI L 167/10 (berichtigt ABI 2002 L 6/71). Der Hinweis auf die Menschenwürde kann nicht mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht erklärt werden, weil dieses außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der RL 2001/29/EG bleibt, vgl. Erwgr. (19).

¹⁷ Vgl. dazu NIEMANN, Geistiges Eigentum in konkurrierenden völkerrechtlichen Vertragsordnungen, 2008, 135-44.

¹⁸ Zur völkervertragsrechtlichen Absicherung siehe Art. 15 Abs. 1 lit. c) des Internationalen Pakts für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte v. 16.12. 1966, BGBl. 1973 II, 1570: »Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden an, den Schutz der geistigen und materiellen Interessen zu genießen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen.« Siehe aber auch Art. 15 Abs. 3 des Paktes: »Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die zu wissenschaftlicher Forschung und schöpferischer Tätigkeit unerläßliche Freiheit zu achten.«

¹⁹ Vgl. Erwgr. (1) RL 2004/48/EG.

²⁰ Vgl. JÄNICH, Geistiges Eigentum, 2002 (passim); OHLY, JZ 2003, 545 (546); PAHLOW, UFITA 2006, 705 (705-08); GÖTTING, GRUR 2006, 353 (358); grundlegend schon TROLLER, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1983, 91-104.

²¹ SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2007 Rn. 21; TROLLER, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1983, 104.

²² OHLY, JZ 2003, 545 (554).

²³ Dazu die Auflistung bei GÖTTING, Gewerblicher Rechtsschutz, 8. Aufl., 2007, Rn. 10-14.

²⁴ FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, 1999, 117.

²⁵ Dazu OHLY, JZ 2003, 545 (546-550).

²⁶ ABI. 2007 C 256/5.

Die Problematik wird dann sichtbar, wenn man versucht, den Inhalt des »geistigen Eigentums« begrifflich zu klären. Ganz deutlich wird das in den Ausführungen von *Jänich*. Er beginnt zunächst mit einer neutralen Definition: »Geistiges Eigentum ist die von der Rechtsordnung verliehene Herrschaftsmacht über das Rechtsobjekt ›Immaterialgut.«²⁷ Diese Definition ist zutreffend, bringt aber keinen Erkenntnisgewinn, der über den des »Immaterialgüterrechts« hinausreicht. Damit bescheidet sich *Jänich* jedoch nicht. Nach einem detaillierten und umfangreichen Vergleich von Immaterialgüterrechten und Sacheigentum erliegt er am Ende völlig der Suggestivkraft des »Eigentums« und definiert geistiges Eigentum »als ein subjektives, absolutes Ausschließlichkeitsrecht, das eine umfassende Herrschaftsmacht über ein durch geistige Leistung geschaffenes immaterielles Gut gibt.«²⁸ Dem rechtsdogmatischen Anspruch, eine wahre Aussage über Immaterialgüterrechte zu treffen, wird sie aber nicht gerecht. Das Interpretenrecht in den §§ 73 ff. UrhG verleiht seinem Inhaber gerade keine »umfassende Herrschaftsmacht«, sondern ist nur die Summe von im UrhG abschließend aufgezählten Befugnissen des ausübenden Künstlers.²⁹ Gleichwohl handelt es sich bei ihm um ein Immaterialgüterrecht³⁰, das in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/48/EG fällt und deshalb positivrechtlich als »geistiges Eigentum« geschützt ist.³¹

Der gewichtigste Einwand aber rührt aus der rechtspolitischen Funktion des »geistigen Eigentums« bei der Herausbildung und Stärkung von Immaterialgüterrechten³² her.³³ »Die Idee vom geistigen Eigentum ist die Parole im Kampf um den Schutz der geistigen Arbeit gewesen. Sie hat diese Bedeutung noch heute nicht eingebüßt.«³⁴ Wie zutreffend diese Feststellung Ulmers fast 30 Jahre später immer noch ist, zeigen die Entwicklungen der letzten Jahre: den Anfang machte das »Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG)«³⁵, die Durchsetzungsrichtlinie und der jüngste Vorschlag der Kommission zu »strafrechtlichen Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums«³⁶ bilden die vorläufigen Höhepunkte. Der häufig anzu-

²⁷ JÄNICH, Geistiges Eigentum, 2002, 226.

²⁸ JÄNICH, Geistiges Eigentum, 2002, 380.

²⁹ GRÜNBERGER, Das Interpretenrecht, 2006, 47; SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2007 Rn. 611.

³⁰ KRÜGER in: Schricker, UrhG, 3. Aufl., 2006, Vor §§ 73ff. Rn. 10.

³¹ Vgl. GRÜNBERGER, GRUR 2006, 894 (897-898).

³² Vgl. dazu RIGAMONTI, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, 2001 (passim); DÖLEMEYER & KLIPPEL, Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts in: FS GRUR, Bd. I, 1991, 206-07.

³³ REHBINDER, Urheberrecht, 2006 Rn. 97; dazu kritisch PAHLOW, UFITA 2006, 705 (719-24).

³⁴ ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 106.

³⁵ v. 7.3.1990, BGBl. I, 422.

³⁶ KOM(2006) 168 endg.

treffende Verweis, man vollziehe mit der Begrifflichkeit vom »geistigen Eigentum« nur eine Entwicklung, die auf internationaler Ebene und vor allem im englischen Sprachraum selbstverständlich sei,³⁷ verschleiert die tatsächliche Entwicklung. Das Patent-, Urheber- und Markenrecht wurden in den U.S.A. bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts als jeweils eigenständiger Bereich angesehen und gerade nicht als Säulen des gemeinsamen Daches *intellectual property* aufgefasst.³⁸ Erst die Verknüpfung und Erklärung dieser Rechte mit dem property-rights-Ansätzen in der ökonomischen Analyse des Rechts³⁹ hat letztlich zu einer ubiquitären Verwendung des Begriffs »intellectual property« geführt.⁴⁰ Damit zeigt sich, dass das U.S.-amerikanische Recht in den letzten Jahrzehnten eine ähnliche Entwicklung wie das europäische und deutsche hin zu einer »propertization of intellectual property law« durchlaufen hat, die von Anfang an mit einer terminologischen Veränderung verknüpft war,⁴¹ die von einem politischen Anliegen getragen wurde.

Wer den Begriff des »geistiges Eigentums« als Grundbegriff des Immaterialgüterrechts etablieren möchte, muss sich der Gefahren bewusst sein, die er mit sich bringt.⁴² Entscheidend ist nämlich nicht der Begriff als solcher, sondern sein Verständnis und seine Verwendung in der fortlaufenden Debatte über Reichweite und Grenzen von Immaterialgüterrechten. »Geistiges Eigentum« suggeriert⁴³ der Allgemeinheit eine Parallele zur Rechtsstellung des Sacheigentümers und verleitet zu Aussagen, der Rechtsinhaber sei mindestens genau so zu schützen wie der Sacheigentümer.⁴⁴ Hier wird eine Vergleichbarkeit des Sacheigentums mit dem »geistigem Eigentum« behauptet, die es doch erst nachzuweisen gilt.⁴⁵ Man könnte sich nämlich auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen und behaupten, dass eine unterschiedliche Behandlung von Sach- und geistigem Eigentum wegen der tatsächlichen Verschiedenheiten gerechtfertigt sei.⁴⁶

Mir geht es im Folgenden nur um die Konzeption des Begriffs vom »geistigen Eigentum« in der aktuellen Debatte. Dabei wird sich zeigen, dass der Begriff regelmäßig mit einem ganz bestimmten Inhalt gefüllt wird: einerseits wird mit dem Begriffsbestandteil »Eigentum« die

³⁷ GÖTTING, GRUR 2006, 353 (353-54); OHLY, JZ 2003, 545 (554); PAHLOW, UFITA 2006, 705 (725)

³⁸ Siehe dazu auch CORNISH, The Expansion of Intellectual Property Rights, in: SCHRICKER/DREIER/KUR (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, 2001, 14-15.

³⁹ Vgl. DEMSETZ, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967) und aus der deutschen Literatur SCHÄFER/OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2005, 549-70).

⁴⁰ LEMLY, 75 Tex. L. Rev. 873, 895-96 (1997).

⁴¹ Vgl. LEMLY, 75 Tex. L. Rev. 873, 895-904 (1997); LEMLY, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1033-38 (2005).

⁴² Zutreffend gesehen von OHLY, JZ 2003, 545 (546-549).

⁴³ Zur Suggestivwirkung siehe RIGAMONTI, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, 2001, 157.

⁴⁴ So SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2007, Rn. 23; PAHLOW, UFITA 2006, 705 (725).

⁴⁵ Vgl. dazu umfassend LEMLY, 83 Tex. L. Rev. 1031 (2005).

⁴⁶ BVerfGE 79, 29 (41).

Parallele zum Sacheigentum beschworen, andererseits dient das Adjektiv »geistig« dazu, die größere Schutzbedürftigkeit von Inhabern von Immaterialgütern im Unterschied zum Eigentum zu unterstreichen.⁴⁷

1.2.1 Die Parallele zum Eigentum

Ein kleiner Umweg über den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz bringt uns der Fragestellung näher. Im Grundsatz ist anerkannt, dass er nicht zu den Immaterialgüterrechten zählt, sondern Verhaltensunrecht sanktioniert.⁴⁸ Andererseits liegt er genau auf der Schnittstelle zwischen diesen und dem Lauterkeitsrecht⁴⁹. Dafür spricht vor allem die Feststellung, dass sich der Rechtsschutz beider Instrumente zunehmend angeglichen hat.⁵⁰ Das zeigt sich insbesondere in der Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung, die inhaltlich identisch⁵¹ für Immaterialgüterrechte und den ergänzenden Leistungsschutz besteht⁵² sowie in der zeitlichen Begrenzung bestimmter Fallkategorien des ergänzenden Leistungsschutzes.⁵³ Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit immer wieder betont, dass die Nachahmung nur dann unlauter sei, wenn das Produkt von wettbewerblicher Eigenart sei und besondere Umstände hinzutreten würden, die die Nachahmung unlauter erscheinen ließen.⁵⁴ Kritiker dieser Rechtsprechung haben wiederholt darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung in der Praxis ihren eigenen Anforderungen nicht genüge, weil im Ergebnis das Leistungsergebnisse selbst vor einer Übernahme geschützt würde.⁵⁵ Manche interpretieren die genannten Kriterien deshalb als solche immaterialgüterrechtlicher Art und weisen auf die »Schrittmacherfunktion« des Lauterkeitsrechts für die Herausbildung der immaterialgüterrechtlichen Leistungsschutzrechte⁵⁶ hin.⁵⁷ Genau dieser Prozess wäre umgekehrt Veranlassung genug, über die lauterkeitsrechtliche Natur der Leistungsschutzrechte - mit Aus-

⁴⁷ GÖTTING, GRUR 2006, 353 (348): »Das Adjektiv „geistiges“ bringt die Verschiedenartigkeit und der Bezug auf das Eigentum die Gleichwertigkeit zum Ausdruck.«

⁴⁸ Statt aller KÖHLER in: Hefermehl/Bornkamm/Köhler, UWG, 26. Aufl., 2008, § 4 Rn. 9.4.

⁴⁹ Vgl. OHLY, GRUR 2007, 731 (735-40); SCHRICKER/HENNING-BODEWIG, WRP 2001, 1367 (1381 f.); WIEBE in: MünchKomm UWG, Bd. I, 2006, § 4 Rn. 15-18.

⁵⁰ Vgl. die Aufzählung bei SAMBUC in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2004, § 4 Nr. 9 Rn. 13; OHLY, Gibt es einen numerus clausus der Immaterialgüterrechte? in: FS Schricker, 2005, 111.

⁵¹ Siehe BGH, GRUR 2006, 431 (433) - Steckverbindergehäuse.

⁵² Ständige Rspr. seit BGHZ 57, 116 (120-22) - Wandsteckdose II.

⁵³ BGH, GRUR 2005, 349 (352) - Klemmbausteine III.

⁵⁴ BGH, GRUR 2007, 795 (795) - Handtaschen m.w.N.

⁵⁵ KUR, GRUR 1990, 1; SAMBUC in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 28-42; WIEBE, Unmittelbare Leistungsübernahme im neuen Wettbewerbsrecht in: FS Schricker, 2005, 74-76.

⁵⁶ ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 40.

⁵⁷ OHLY, FS Schricker, 2005, 110-11.

nahme des Interpretenrechts⁵⁸ - nachzudenken.⁵⁹ Genau diese Frage wird aber von den wenigsten gestellt, im Gegenteil: Man versucht zu begründen, dass der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz »geistiges Eigentum« i.S.d. Richtlinie 2004/48/EG sei, weil damit Investitionen geschützt und Anreiz für kreatives Schaffen geschaffen werde.⁶⁰

Diese Argumentation setzt aber voraus, was in einer freiheitlichen Gesellschaft grundsätzlich zu entscheiden ist: Worin liegt die *default*-Regel: (1.) im Prinzip, wonach von der Wettbewerbs- und Handlungsfreiheit auszugehen ist und demnach jeder Schutz durch eigentumsähnlich ausgestaltete subjektive Rechte die Ausnahme ist⁶¹ oder (2.) im Grundsatz, dass jede unternehmerische Leistung als solche vor einer sachlich nicht gerechtfertigten Nachahmung zu schützen ist⁶²? Der bisher verfolgte Grundsatz der Nachahmungsfreiheit⁶³, der dem Prinzip (1.) entspricht, gerät in letzter Zeit aus verschiedenen Richtungen unter heftigen Beschuss.⁶⁴ Der Gedanke, dass das durch eigene Leistung Erworbene vor der Nutzung Dritter eigentumsrechtlich zu schützen ist, erweist sich erneut als wirkungsmächtig: »Das Leistungsprinzip verlangt, das wirtschaftliche Ergebnis privater oder privatrechtlicher Leistung ganz allgemeine demjenigen zuzuweisen, der das Ergebnis erzielt hat.«⁶⁵ Soweit Gewinnchancen durch die Leistung einer Person eröffnet wurden, gebe es einen prinzipiellen Grund, dieser Person ein ausschließliches Recht an ihrem Leistungsergebnis zuzuweisen.⁶⁶ Dann ist es ganz folgerichtig, wenn die Richtlinie 2004/48/EG im Erwägungsgrund (3) formuliert, dass »[d]er Schutz geistigen Eigentums Erfinder oder Schöpfer in die Lage versetzen [soll], einen rechtmäßigen Gewinn aus ihren Erfindungen zu ziehen.« Am Ende der Entwicklung steht eine Konzeption von »geistigem Eigentum«, die sich als ein Mechanismus zum Amortisationsschutz getätigter Investitionen entpuppt.⁶⁷

⁵⁸ GRÜNBERGER, Das Interpretenrecht, 2006, 35.

⁵⁹ HILTY, UFITA (116) 1991, 35, 41-53; HILTY, "Leistungsschutz" - made in Switzerland? - Klärung eines Missverständnisses und Überlegungen zum allgemeinen Schutz von Investitionen in: FS Ullmann, 2006, 658-64.

⁶⁰ BEYERLEIN, WRP 2005, 1354 (bejahend).

⁶¹ Vgl. HILTY, Sündenbock Urheberrecht?, in: OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 111 und den Beitrag von Peukert in diesem Band; zu einem ökonomischen Begründungsansatz siehe LEMLY, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1046-69 (2005) m.w.N.

⁶² Exemplarisch der Formulierungsvorschlag von FEZER, WRP 2001, 989 (1007).

⁶³ Zuletzt BGH, Urt. v. 11.1.2007 2007, 795 (795) - Handtaschen.

⁶⁴ Vgl. die Kritik von FEZER, WRP 2008, 1; HENNING-BODEWIG, GRUR Int. 2007, 986; KÖHLER, GRUR 2007, 548; LUBBERGER, Grundsatz der Nachahmungsfreiheit? in: FS Ullmann, 2006, 737; ähnlich, wenn auch mit verbraucherschützender Stoßrichtung GLÖCKNER, Der Schutz vor Verwechslungsgefahr im Spannungsfeld von Kennzeichnungsrecht und verbraucherschützendem Lauterkeitsrecht, in: OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 165-79. Zur Gegenansicht vgl. BORNKAMM, Konfliktzonen zwischen Kennzeichen- und Wettbewerbsrecht, in: OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007 und STEINBECK, Zur These vom Vorrang des Markenrechts in: FS Ullmann, 2006, 409 (jeweils zum Markenrecht).

⁶⁵ FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, 1999, 202.

⁶⁶ SIEKMANN, Modelle des Eigentumsschutzes, 1998, 97-99.

⁶⁷ Vgl. GEIGER, 37 "Constitutionalizing" Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental

1.2.2 Der Kommunikationsinhalt des Adjektivs »geistig«

Im Begriffspaar »geistiges Eigentum« kommt dem Adjektiv »geistig« die genau entgegengesetzte Aufgabe zu, den Unterschied zum Sacheigentum hervorzuheben. Das ist zunächst auch sinnvoll. Betrachtet man die Sachverhalte ökonomisch, treten eine Reihe ausgeprägter Wesensunterschiede zwischen materiellen und immateriellen Gütern, insbesondere dem Eigentum an Sachen und dem »geistigen Eigentum« auf.⁶⁸ Immaterielle Güter sind im Ausgangspunkt öffentliche Güter und zeichnen sich deshalb durch zwei Wesensmerkmale aus:⁶⁹

- Die Nutzung immaterieller Güter ist nicht-rivalisierend. Die Güter sind von verschiedenen Personen zur gleichen Zeit nutzbar.⁷⁰ Will eine Person eine Sache gebrauchen, die im Eigentum und im Besitz einer anderen Person ist, muss sie ihr die Sache wegnehmen. Will sie dagegen ein immaterielles Gut nutzen, bedarf es keiner Wegnahme.⁷¹

- Immaterielle Güter können - sobald sie der Öffentlichkeit präsentiert worden sind - von anderen Personen ohne weiteres genutzt werden⁷². Beim Eigentum an Sachen begründet der regelmäßig damit einhergehende Besitz⁷³ eine tatsächliche Herrschaftsmacht, die vor einem Zugriff Dritter schützt.⁷⁴ Diese, durch eine räumliche Beziehung zur Sache bestehende Herrschaftsmacht fehlt bei immateriellen Gütern.⁷⁵

Beide Faktoren sind in der Literatur hinlänglich bekannt und die daraus zu ziehenden Konsequenzen werden äußerst kontrovers diskutiert.⁷⁶ Für die europäische und deutsche Rechtsordnung stellt sich zusätzlich das methodische Problem, ob und inwieweit diese ökonomische Betrachtungsweise überhaupt berücksichtigt werden kann.⁷⁷ Betrachtet man

Rights on Intellectual Property in the European Union 341, 381 (2006) zum Urheberrecht.
⁶⁸ Zum Folgenden DREIER, *Kompensation und Prävention*, 2002, 61-74; LEMLY, 83 *Tex. L. Rev.* 1097 (2005). Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden vom Standpunkt des deutschen Rechts siehe JÄNICH, *Geistiges Eigentum*, 2002, 187-254.
⁶⁹ LEMLY, 83 *Tex. L. Rev.* 1031, 1050-51 (2005); PEUKERT, *Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut - Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses*, in: HILTY/PEUKER (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, 12-14.
⁷⁰ DREIER, *Kompensation und Prävention*, 2002, 61-62; PEUKERT, *Schutzbereich des Urheberrechts*, in: HILTY/PEUKER (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, 13.
⁷¹ DREIER, *Kompensation und Prävention*, 2002, 61-62.
⁷² PEUKERT, *Schutzbereich des Urheberrechts*, in: HILTY/PEUKER (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, 14.
⁷³ Vgl. § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB.
⁷⁴ Vgl. SCHWAB/PRÜTTING, *Sachenrecht*, 2006 Rn. 43, 49.
⁷⁵ Vgl. DREIER, *Kompensation und Prävention*, 2002, 63-64; JÄNICH, *Geistiges Eigentum*, 2002, 219-21.
⁷⁶ Vgl. die Kontroverse zwischen LEMLY, 83 *Tex. L. Rev.* 1031 (2005) und DUFFY, 83 *Tex. L. Rev.* 1077 (2005) und LEMLY, 83 *Tex. L. Rev.* 1097 (2005); siehe auch CARTER, 68 *Chi.-Kent L. Rev.* 715. Weitere Angaben über die reichhaltige U.S.-amerikanische Literatur bei LEMLY, 83 *Tex. L. Rev.* 1031, 1035 Fn. 8 (2005).
⁷⁷ Dazu neuestens LEISTNER, *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb*, 2007, 95-98, 140-144;

die Sache unvoreingenommen, kann man aus diesen Unterschieden drei Konsequenzen für die Ausgestaltung einer Immaterialgüterrechtsordnung ziehen:

(1.) Immaterielle Güter bedürfen als nicht-rivalisierende Güter keine dem Sacheigentum vergleichbare Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten. Anders als bei materiellen Gütern kann es bei nicht-rivalisierenden, immateriellen Gütern nicht zur »*tragedy of the commons*«⁷⁸ kommen.⁷⁹ In einer auf Wettbewerb gegründeten Gesellschaft, in der Informationen eine wesentliche Rolle für die Kommunikation spielen, sprechen daher eine Reihe von ökonomischen Gründen gegen einen starken Schutz von Immaterialgüterrechten.⁸⁰

(2.) Ganz entgegengesetzt lässt sich argumentieren, dass Immaterialgüter aufgrund ihres Charakters als »öffentliche Güter« verletzungsanfälliger sind.⁸¹ Gerade weil die Rechtsverletzungshandlung - anders als beim Sacheigentum - keinen »physischen Eingriff in den fremden Herrschaftsbereich«⁸² voraussetze, sei der Inhaber von Immaterialgüterrechten besonders schutzbedürftig. Das öffentliche Gut wird mit der Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten zugunsten bestimmter Personen zum privaten Immaterialgut. Weil dieses aber rein tatsächlich verletzbar bleibt, ist ein verschärftes Schutzinstrumentarium nur konsequent. Das ist im Wesentlichen die heute herrschende Konzeption.⁸³

(3.) Ein dritter Ansatz versucht, den Unterschied vom Standpunkt eines (potentiellen) Rechtsverletzers aus zu betrachten. Pointiert formuliert: der Verletzer von Immaterialgüterrechten ist im Vergleich zum Verletzer eines Eigentumsrechts schutzbedürftiger, weil der konkrete Schutzbereich der einzelnen Rechte und damit die Möglichkeit einer Rechtsverletzung ungleich schwieriger zu ermitteln ist als es beim Eigentum der Fall ist.⁸⁴ Das liegt zum

grundlegend zum deutschen Recht EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl., 2005, 393-488.

⁷⁸ Dazu HARDIN, The Tragedy of the Commons (162) 1968, 1243 <http://www.sciencemag.org/cgi/reprint/162/3859/1243.pdf>. Eine knappe Beschreibung des Problems findet sich bei LEISTNER, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, 2007, 73.

⁷⁹ PEUKERT, Schutzbereich des Urheberrechts, in: HILTY/PEUKER (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, 13 m.w.N.

⁸⁰ Siehe BREYER, 84 Harv. L. Rev. 281 (1970); LEMLY, 83 Tex. L. Rev. 1031 (2005); ein guter Überblick bei PEUKERT, Schutzbereich des Urheberrechts, in: HILTY/PEUKER (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, 17-20 m.w.N.

⁸¹ Vgl. DREIER, Kompensation und Prävention, 2002, 62-65.

⁸² DREIER, Kompensation und Prävention, 2002, 63.

⁸³ Statt aller BGHZ 57, 116 (118) - Wandsteckdose II, wo mit dem Wesen der Immaterialgüterrechte mit ihrer besonderen Verletzlichkeit und dem sich daraus ergebenden besonderen Schutzbedürfnis des Verletzten die Herausgabe des Verletzergewinns abweichend von § 687 Abs. 2 BGB auch bei Fahrlässigkeit gerechtfertigt wurde.

⁸⁴ LEMLY, 83 Tex. L. Rev. 1097, 1100 (2005): »One of the reasons we are reasonably confident that the law of real property works is that both the physical and legal boundaries of real property are, in the main, clear. We can all find out what the boundaries of real property are, either by looking at physical fences or by going down to the county recorder's office and determining where the lines exist. [...] The physical nature of property and the basic nature of the legal rules mean that people generally understand when they need permission to act and when they don't.«

einen daran, dass der sachliche Schutzbereich der jeweiligen Immaterialgüterrechte nicht immer zweifelsfrei zu bestimmen ist. Ob etwa ein Sprach»werk« mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt eine persönlich-geistige Schöpfung gem. § 2 Abs. 2 UrhG ist, steht keinesfalls immer zweifelsfrei fest.⁸⁵ Die Frage, ob ein Zeichen wegen Verwechslungsgefahr in das ausschließliche Recht des Markeninhabers nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG eingreift, kann letztlich *ex ante* nicht mit ausreichender Sicherheit beantwortet werden.⁸⁶ Dazu kommt das weitere Problem, dass auch hinsichtlich der Schutzbereichsgrenzen der Immaterialgüterrechte Unsicherheiten bestehen. Die Diskussion um die »offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage« in § 53 Abs. 1 UrhG a.F.⁸⁷ ist bezeichnend dafür.

Damit zeigt sich, dass dem »geistigen Eigentum« ein Bedeutungsgehalt zukommt, der dazu tendiert, die Position der Rechtsinhaber kontinuierlich zu stärken und der im Ergebnis zu einer permanenten Verschiebung der Argumentationslast zulasten der Stimmen führt, die für einen zurückhaltenden Gebrauch von Immaterialgüterrechten plädieren. Wenn es zutrifft, dass das »rechtspolitische Anliegen der Zukunft nicht in der pauschalen Forderung nach einer Stärkung des geistigen Eigentums, sondern in dem Bestreben nach einer angemessenen Feinabstimmung zwischen Rechtsschutz und Zugangsfreiheit«⁸⁸ liegt, ist es schwierig, diese Arbeit mit einem Begriff zu bewerkstelligen, der im gegenwärtigen Diskurs mit einem ganz entgegengesetzten Kommunikationsinhalt versehen wird.⁸⁹ Eine Konzeption von »geistigem Eigentum«, die strukturell dazu neigt, im Ausgangspunkt die Position des Rechtsinhabers tendenziell als schutzwürdig und jede Einschränkung als rechtfertigungsbedürftig anzusehen,⁹⁰ kann auf die Dauer nicht mit der Unterstützung aller Beteiligten rechnen. Bevor sich der Begriff dazu eignet, ist es notwendig die im 20. Jahrhundert bei Sacheigentum eingetretene Entmystifizierung des Eigentumsbegriffs⁹¹ auch im Immaterialgüterrecht nachzuvollziehen. Die Entwicklungen der letzten Jahre stimmen mich allerdings nicht optimistisch.

1.3 Variation 2: Expansion des materiellen Rechts auf dem Gebiet des geistigen Eigentums

⁸⁵ Statt aller LOEWENHEIM in: Schricker, UrhG, 3. Aufl., 2006, § 2 Rn. 85-115.

⁸⁶ Vgl. nur die Kommentierung von HACKER in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., 2006, § 9 Rn. 9-341.

⁸⁷ Statt aller DREIER in: Kommentar, 2. Aufl., 2006, § 53 Rn. 11-12.

⁸⁸ OHLY, JZ 2003, 545 (549).

⁸⁹ Anders aber OHLY, JZ 2003, 545 (549).

⁹⁰ Erwgr. (32) RL 2004/48/EG ist das beste Beispiel: »die uneingeschränkte Achtung geistigen Eigentums sicherstellen«.

⁹¹ OHLY, JZ 2003, 545 (549).

Eng verbunden mit dem hier beschriebenen Begriffsverständnis des »geistigen Eigentums« ist nämlich die ständige Ausdehnung der Immaterialgüterrechte. Vor allem seit 1989 leben wir in »an age of expansion«.⁹² Dieser Vorgang läßt sich mit Hilfe mehrerer Kategorien analytisch erfassen.

1.3.1 Normsetzungsebenen

Als erster Ansatzpunkt bietet sich eine Untersuchung nach »Normsetzungsebenen« an. Damit bezeichne ich die Prozesse auf internationaler, supranationaler und nationaler Ebene, in denen positives Recht geschaffen wird. Auf allen drei Ebenen kam es zu einer deutlichen Ausweitung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes.

Auf völkerrechtlicher Ebene sind insbesondere⁹³ mit dem TRIPs⁹⁴ im Rahmen des WTO-Abkommens 1994 und den beiden WIPO-Verträgen von 1996 (WCT⁹⁵ und WPPT⁹⁶) weitreichende Instrumente geschaffen worden. Allerdings ist die Implementierung von TRIPs und seine Ausweitung in den letzten Jahren vermehrt in Kritik geraten.⁹⁷ Die im Rahmen der Doha-Agenda diskutierte Modifizierung des TRIPs⁹⁸, insbesondere im Zusammenhang mit dem Schutz pharmazeutischer Produkte, ist deren sichtbarster Ausdruck.⁹⁹ Gescheitert ist dagegen ein Abkommen zum Schutz audiovisueller Darbietungen¹⁰⁰ und sehr unsicher ist das weitere Schicksal eines Abkommens zum Schutz von Rundfunkanstalten¹⁰¹. Der letzte Vorstoß der Kommission, zusammen mit bestimmten Industriestaaten und Schwellenländern ein Anti Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)¹⁰² außerhalb des Rahmens von WTO

⁹² CORNISH, Expansion, in: *SCHRICKER/DREIER/KUR* (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, 2001, 9; siehe auch PEIFER, *UFITA* 2007, 327 (348).

⁹³ Daneben sind zu erwähnen das Protokoll zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (1989), der Trademark Law Treaty 1994, die Genfer Fassung des Haager Abkommens über die internationale Hinterlegung gewerblicher Muster und Modelle (1999), der Patent Law Treaty (2000) und der Singapore Treaty (2006).

⁹⁴ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums, Anhang 1 C des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation v. 15.4.1994, BGBl. 1994 II, 1730.

⁹⁵ WIPO-Urheberrechtsvertrag v. 20.12.1996, BGBl. 2003 II, 755.

⁹⁶ WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger v. 20.12.1996, BGBl. 2003 II, 770.

⁹⁷ Ein guter Überblick bei GERVAIS, *Fordham L. Rev.* (74) 2005, 505, 507-24 (2005).

⁹⁸ Deklaration der Minister v. 14.11.2001, No. 17-19, WT/MIN(01)/DEC/1, http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.pdf (Stand: 13.12.2007). Zum aktuellen Stand der Doha-Agenda vgl. Doha Development Agenda, http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm (Stand: 13.12.2007). Zur völkerrechtlichen Qualifikation dieses Prozesses siehe GATHII, *Harv. J. L. Techn.* (15) 2001, 291 (2001).

⁹⁹ Siehe das Protokoll zur Änderung des TRIPs v. 6.12.2005, *ABI.* 2007 L 311/37, wirksam für die EG aufgrund Beschluss des Rates v. 19.11.2007, *ABI.* L 311/35.

¹⁰⁰ Dazu VON LEWINSKI, *GRUR Int.* 2001, 529.

¹⁰¹ Siehe den bezeichnenden Titel des Draft Non-paper on the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sccr/en/sccr_s1/sccr_s1_www_75352.doc (Stand: 13.12.2007). Zum Prozess vgl. HILLIG, *GRUR Int.* 2007, 122.

¹⁰² Siehe http://ec.europa.eu/trade/issues/sectoral/intell_property/pr231007_de.htm (Stand: 13.12.2007).

und WIPO abzuschließen, muss wohl vor diesem Hintergrund gesehen werden.

Die Bedeutung der völkerrechtlichen Verträge auf dem Gebiet des »geistigen Eigentums« geht über ihren eigentlichen Anwendungsbereich weit hinaus. Die Existenz dieser Abkommen wird regelmäßig als Rechtfertigung dafür bemüht, das innerstaatliche Recht seinen Anforderungen anzupassen.¹⁰³ Das war bei den Beratungen zum UrhG 1965 der Fall, als das Rom-Abkommen¹⁰⁴ als Begründung für die Neugestaltung des Interpretenrechts angeführt wurde¹⁰⁵ und hat sich auf den WIPO-Konferenzen 1996 wiederholt, als die U.S.A. - mit Unterstützung der Europäischen Gemeinschaft - eine Agenda zum Schutz der Verwerterinteressen verwirklichen konnte, die vorher im nationalen Gesetzgebungsprozess nicht zu verwirklichen war.¹⁰⁶

Als Hauptmotor der Rechtssetzung hat sich in den letzten Jahrzehnten die Europäische Gemeinschaft erwiesen. Die Anzahl der Richtlinien zum Urheber- und Leistungsschutzrecht¹⁰⁷ und ihr Regelungsansatz erlauben es, von einem »europäischen Urheberrecht« zu sprechen. Die Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Instrumente zum Kennzeichenrecht¹⁰⁸ und zum Geschmacksmusterschutz¹⁰⁹ ist kaum zu unterschätzen. Aber auch das Gemeinschaftsrecht kennt seine »Verlustliste«. Endgültig gescheitert ist der Vorschlag für ein Softwarepatent¹¹⁰; unsicher ist die Zukunft des Gemeinschaftspatents.¹¹¹ Dagegen konnte man sich auf den patentrechtlich ausgestalteten Schutz biotechnologischer Erfindungen einigen.¹¹²

Das nationale Recht hat in diesem Zeitraum seine wichtigsten Impulse aus dem Gemeinschaftsrecht erhalten. Das MarkenG von 1994¹¹³; das 3.¹¹⁴ und das 4. UrhGÄndG¹¹⁵, das

¹⁰³ Zum folgenden schon GRÜNBERGER, 24 Card. Arts & Ent. L. J. 617, 652 (2006).

¹⁰⁴ Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller of Tonträgern und der Sendeunternehmen v. 26.10.1961, BGBl 1965 II, 1245.

¹⁰⁵ BT-Drs. IV/270 (abgedruckt in UFITA 45 (1965), 240 (303-04).

¹⁰⁶ Siehe SAMUELSON, 37 Va. J. Int'l. L. 369, 373-74, 428-31 (1997).

¹⁰⁷ Dazu die Übersicht bei SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2007 Rn. 122; ein knapper Überblick bei REINBOTHE, EWS 2007, 193.

¹⁰⁸ Richtlinie 89/104/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. L 40/1; Verordnung (EG), 40/94 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. L 11/1; VO (EG) 510/2006 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, ABl. L 93/12.

¹⁰⁹ Richtlinie 98/71/EG über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, ABl. L 289/28 und Verordnung (EG) Nr. 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. L 3/1.

¹¹⁰ Vorschlag der Kommission über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen v. 20.2.2002, KOM(2002) 92 endg., Ablehnung des Parlaments am 6.7.2005, ABl. C 157E/95.

¹¹¹ Vorschlag für eine Verordnung über das Gemeinschaftspatent, KOM(2000) 412 endg.; vgl. die Mitteilung der Kommission über die Vertiefung des Patentsystems in Europa, KOM(2007) 165 endg.

¹¹² Richtlinie 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABl. L 213/13.

¹¹³ Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen v. 25.10.1994, BGBl. I, 3082.

¹¹⁴ Drittes Gesetz zur Änderung des Urheberrechts v. 23.6.1995, BGBl. I, 842.

¹¹⁵ Viertes Gesetz zur Änderung des Urheberrechts v. 85.1998, BGBl. I, 902.

Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft¹¹⁶, das Geschmacksmustergesetz 2004¹¹⁷ und das 5. UrhGÄndG¹¹⁸ dienen primär der Umsetzung von Richtlinien. Im Wesentlichen beruhen nur das Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern¹¹⁹ und das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft¹²⁰ auf autonomen Erwägungen der deutschen gesetzgebenden Institutionen.

1.3.2 Kategorien der Ausdehnung

Systematisiert man die Expansion der letzten Jahre nach Kategorien lassen sich zwei Tendenzen ausmachen:¹²¹

- Ausdehnung der Schutzgegenstände: die Patentierbarkeit biotechnologischer Erfindungen¹²²; die Schutzfähigkeit der dreidimensionalen Marke¹²³, der urheberrechtlich ausgestaltete Schutz von Computerprogrammen¹²⁴ und der leistungsschutzrechtlich ausgestaltete Schutz von Datenbanken¹²⁵ sowie das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster¹²⁶.

- Ausdehnung des Schutzzumfangs:

Der Umfang eines existierenden Rechts kann erweitert werden, indem - erstens - die Ausschließlichkeitsbefugnisse des Rechtsinhabers vergrößert werden. Prominentes Beispiel ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im UrhG.¹²⁷ Dieses Recht war bereits vor Inkrafttreten des § 19a UrhG als unbenanntes Recht der Verwertung in unkörperlicher Form in § 15 Abs. 2 UrhG enthalten.¹²⁸ Damit war aber nur der Urheber, nicht aber die Leistungsschutzberechtigten (Interpret, Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen) erfasst.¹²⁹ Dieser

¹¹⁶ v. 10.9.2003, BGBl. I, 1774.

¹¹⁷ Gesetz zur Reform des Geschmacksmusterrechts v. 12.3.2004, BGBl. I, 390.

¹¹⁸ v. 10.11.2006, BGBl. I, 2587.

¹¹⁹ v. 22.3.2002.

¹²⁰ v. 26.10.2007, BGBl. I, 2513.

¹²¹ CORNISH, Expansion, in: SCHRICKER/DREIER/KUR (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, 2001, 10.

¹²² Richtlinie 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABl. 1998 L 213/13.

¹²³ § 3 Abs. 1 MarkenG, Art. 3 Abs. 1 RL 89/104/EWG; Art. 4 VO (EG) 40/94; BGH, GRUR 2004, 502 (503) - Gabelstapler II; *EuGH*, Urt. v. 18.6.2002, Rs. C-299/99 - Phillips / Remington, Slg. 2002, I-5475 Rn. 73; *EuGH*, Urt. v. 8.4.2003, verb. Rs. C-53/01, 54/01 und 55/01 - Linde u.a, Slg. 2003, I-3161 Rn. 37-49.

¹²⁴ Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. L 122/42; §§ 69a - 69g UrhG.

¹²⁵ Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. L 77/20; §§ 87a - 87e UrhG.

¹²⁶ Art. 1 Abs. 2 lit. a VO (EG) 6/2002, vgl. dazu RAHLF/GOTTSCHALK, GRUR Int. 2004, 821.

¹²⁷ §§ 19a; 78 Abs. 2 Nr. 3, 85 Abs. 1 S. 1, 87 Abs. 1 Nr. 1, 94 Abs. 1 S. 1 UrhG.

¹²⁸ BGHZ 156, 1 (13-14) - Paperboy.

¹²⁹ Zur Problematik vgl. DREIER in: Kommentar, § 19a Rn. 3 und zur früheren Rechtslage VON UNGERN-

Vorgang kann auch mittels Interpretation bestehender Ausschließlichkeitsrechte erfolgen.¹³⁰ Bestes Beispiel hier ist die bereits vor der Änderung des Wortlauts im geltenden § 16 Abs. 1 UhrG vertretene Ansicht, dass vorübergehende (ephemere) Vervielfältigungen im Arbeitsspeicher eines Computers unter das Vervielfältigungsrecht zu subsumieren seien.¹³¹ Ein anderes aufschlussreiches Beispiel ist die Entscheidung *Simvastatin*¹³². Die Klägerin war Inhaberin eines Patents bzw. eines ergänzenden Schutzzertifikats an einem cholesterinsenkenden Arzneimittel. Die Schutzfrist endete am 6.5.2003. Die Beklagte stellt Generika her und wollte nach Ablauf der Schutzfrist ein Konkurrenzprodukt mit demselben Wirkstoff anbieten. Sie warb in vier Exemplaren der Ärztezeitung der Monate März und April 2003 damit, dass ab dem 7.5.2003 ihr Produkt am Markt erhältlich sein werde. Damit stellt sich die Frage, ob ein Angebot, das vor Ablauf der Schutzfrist gemacht wird, sich aber allein auf den Abschluss von Geschäften danach bezieht, von § 9 Abs. 1 Nr. 1 PatG erfasst wird. Geht man davon aus, dass sich die Güter nach Ablauf der Frist im zuvor ausgeschalteten Wettbewerb stellen müssen, liegt es nahe, funktionsbezogen abzugrenzen und solche Handlungen innerhalb der Schutzfrist eines Patents vom Verbotsanspruch auszunehmen, die sich auf den Markteintritt nach Ablauf der Frist beziehen.¹³³ Mit dem Ende der Schutzfrist fällt zunächst nur die rechtliche Marktzutrittsbarriere für den Wettbewerber weg. Obwohl er also am 7.5.2003 am Markt auftreten durfte, ist er zu diesem Zeitpunkt noch kein ernstzunehmender Wettbewerber, weil er sich bei den Nachfragern erst als Anbieter etablieren muss. Insoweit hat das Schutzrecht eine über die Schutzfrist hinausreichende faktische Austrahlungswirkung. Dieses faktische Hindernis wird beseitigt, wenn bereits in der Auslaufphase der zukünftige Markteintritt signalisiert wird. Der funktionsbezogene Ansatz wird also beiden Interessen gerecht. Einerseits ist es das ausschließliche Recht des Schutzrechtsinhabers einen aktuellen Bedarf zu decken. Andererseits wird dem Interesse der Allgemeinheit und der Berufsfreiheit des Konkurrenten gedient, weil er dafür sorgt, dass mit Schutzfristen- de ein effektiver Wettbewerb besteht. Der Bundesgerichtshof hat anders entschieden. Aus Sinn und Zweck des Verbots folge, dass dem Schutzrechtsinhaber während der Schutzfrist der gewährte Schutz hinsichtlich aller Verletzungstatbestände ungeschmälert zur Verfügung

STERNBERG in: Schrickler, UrhG, 3. Aufl., 2006, § 19a Rn. 37-41.

¹³⁰ PEIFER, UFITA 2007, 327 (348).

¹³¹ OLG Hamburg, GRUR 2001, 831 - Roche Lexikon Medizin; VON UNGERN-STERNBERG in: Schrickler, UrhG, § 16 Rn. 20 f. m.w.N.; anders aber KG Berlin, ZUM 2002, 828 (830); grundlegend zum U.S.-amerikanischen Recht MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc, 991 F.2d 511, 517-520 (9th Circ. 1993).

¹³² BGH, GRUR 2007, 221.

¹³³ So im Wesentlichen OLG Hamburg, GRUR-RR 2005, 41 f. - Bauhauslampen aus Italien, aufgehoben von BGH, GRUR 2007, 871 - Wagenfeld-Leuchte (jeweils zum Urheberrecht).

stehen solle.¹³⁴ Der Zweck des Verbotsanspruchs bestehe darin, dem Patentinhaber alle wirtschaftlichen Vorteile zu sichern, die sich aus der Benutzung der patentierten Erfindung ergeben können und ihm andererseits einen effektiven Rechtsschutz zu gewähren.¹³⁵ Prägnant formuliert der Bundesgerichtshof in einer nachfolgenden, zum Urheberrecht ergangenen Entscheidung: »Das Verbot des Anbietens soll der bereits im Angebot selbst liegenden Gefährdung der *wirtschaftlichen Chancen des Rechtsinhabers* entgegentreten«. ¹³⁶

Der Umfang eines Rechts kann - zweitens - auch vergrößert werden, indem die Schranken des Ausschließlichkeitsrechts verkleinert werden. Zu erinnern ist an die deutliche Verlängerung der Schutzfristen für Urheber-¹³⁷ und Leistungsschutzrechte¹³⁸. Dazu zählen auch die ergänzenden Schutzzertifikate für Arzneimittel¹³⁹ und Pflanzenschutzmittel¹⁴⁰, die im Ergebnis die Dauer des Patentschutzes verlängern. Ebenfalls in diesem Zusammenhang ist die gegenwärtige Karriere des sog. »Drei-Stufen-Tests«¹⁴¹ zu sehen, der sowohl völkervertragsrechtlich¹⁴², gemeinschaftsrechtlich¹⁴³ und im deutschen Recht¹⁴⁴ verankert ist und dessen Interpretation die Reichweite von Schrankenbestimmungen entscheidend mitprägen wird.¹⁴⁵ Die Prüfungsstruktur ist jedenfalls so gewählt, dass sich das Ausschließlichkeitsrecht des Rechtsinhabers als das tendentiell stärkere Interesse erweist.¹⁴⁶ Mit der Verkleinerung von Schranken geht in letzter Zeit ein dritter Vorgang einher: Das Eingreifen einer Schrankenbestimmung wird zur Disposition des Rechtsinhabers gestellt. § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG erlaubt öffentlichen Bibliotheken den Kopienversand auf Bestellung nur, »wenn der Zugang zu den

¹³⁴ BGH, GRUR 2007, 221 (222) - Simvastin.

¹³⁵ BGH, GRUR 2003, 1031 (1032) - Kuppelung für optische Geräte.

¹³⁶ BGH, GRUR 2007, 871 (873) - Wagenfeld-Leuchte (Hervorhebung von mir).

¹³⁷ Zur geschichtlichen Entwicklung siehe KATZENBERGER in: Schricker, UrhG, 3. Aufl., 2006, § 64 Rn. 52-55; zur Harmonisierung statt aller BEIER, Die urheberrechtliche Schutzfrist, 2001, 155-237.

¹³⁸ Vgl. zum Interpretenrecht GRÜNBERGER, Das Interpretenrecht, 2006, 141-145, 247-253; VOGEL in: Schricker, UrhG, 3. Aufl., 2006, § 82 Rn. 3-7.

¹³⁹ VO (EWG) 1768/92 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikates für Arzneimittel, ABl. 1992 L 182/1.

¹⁴⁰ VO (EG) 1610/96 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikates für Pflanzenschutzmittel, ABl. 1996 L 198/30.

¹⁴¹ Dazu SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 200; BORNKAMM, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung in: FS Erdmann, 2002, 29 (jeweils m. w. N.).

¹⁴² Siehe Art. 9 Abs. 2 der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst v. 9.9.1886, zuletzt rev. in Paris am 24.7.1971 (RBÜ), BGBl. 1973 II, 1071; Art. 13 TRIPs, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT.

¹⁴³ Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG.

¹⁴⁴ BGHZ 141, 13 (30-35) - Kopienversand.

¹⁴⁵ Vgl. BORNKAMM, FS Erdmann, 2002, 44-48; HILTY, Sündenbock Urheberrecht?, in: OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 120-25; SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004, 200 (206-211). Zur Interpretation dieser Bestimmung von drei WTO-Panels in den Jahren 2000 (WTO Document WT/DS114/R und WTO Document WT/DS160/R) und 2005 (WTO Document WT/DS174/R) siehe SENFTLEBEN, 37 IIC 407 und RICKETSON/GINSBURG, International Copyright and Neighbouring Rights - The Berne Convention and Beyond, Vol. I, 2006 Rn. 13.10-13.30.

¹⁴⁶ PEIFER, UFITA 2007, 327 (357 f.).

Beiträgen oder kleinen Teilen eines Werkes den Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht wird.«¹⁴⁷ Damit schreitet die bereits in § 95b Abs. 3 UrhG angelegte »Privatisierung« des Urheberrechts¹⁴⁸ voran. Zugleich wird hier eine Gemeinsamkeit mit der vierten Methode der Erweiterung des Schutzzumfangs deutlich: der urheberrechtlichen Sanktionierung und Sicherung des Einsatzes von technischen Maßnahmen,¹⁴⁹ die der Zugangs- und Nutzungskontrolle zu Immaterialgütern dienen (DRM-Systeme).¹⁵⁰ Systematisch gesehen, ist der Einsatz von DRM-Systemen im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten zu behandeln.¹⁵¹ Das sollte aber nicht den Blick darauf verstellen, dass ihre Verwendung den Rechtsinhabern¹⁵² die technische Möglichkeit verschafft, Schrankenregelungen, die für die analoge Verwertung gelten, für digitalisierte Schutzgegenstände nach ihrem Belieben außer Kraft zu setzen und so die gesetzlich vorgesehene durch eine private Ordnung zu ersetzen.¹⁵³ Das geltende Recht unterstützt diesen Prozess: Einmal sieht § 95b UrhG¹⁵⁴ einen Zugangsanspruch der Nutzer nur bei bestimmten Schrankenregelungen vor und nimmt davon insbesondere die digitale Kopie aus.¹⁵⁵ Zum zweiten gestaltet es den Zugangsanspruch generell subsidiär gegenüber einer auf vertraglicher Basis beruhenden Zugänglichmachung aus.¹⁵⁶

1.4 Variation 3: Expansion des Durchsetzungsinstrumentariums

Die Expansion des materiellen Rechts findet ihre Parallele in der Ausdehnung des Rechtsdurchsetzungsinstrumentariums.

1.4.1 Normsetzungsebenen

Von herausragender Bedeutung ist der dritte Teil des TRIPs, der die programmatische

¹⁴⁷ Eine erste Kritik bei SPINDLER, NJW 2008, 9 (14).

¹⁴⁸ BECHTHOLD, Vom Urheber- zum Informationsrecht, 2002, 427.

¹⁴⁹ §§ 95a-95c UrhG.

¹⁵⁰ Grundlegend zur Funktion solcher Systeme BECHTHOLD, Vom Urheber- zum Informationsrecht, 2002.

¹⁵¹ REINBOTH/VON LEWINSKI, The WIPO Treaties 1996, 2002 Art. 18 WPPT Rn. 13. Siehe unten 1.4.

¹⁵² Zum dogmatischen Verständnis dieses Begriffs siehe GÖTTING in: Schricker, UrhG, 3. Aufl., 2006, § 95a Rn. 7 f.; PEUKERT in: Loewenheim, Hdb. UrhR, 2003, § 34 Rn. 14.

¹⁵³ Siehe die Kritik von ELKIN-KOREN, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1155 (1998); aus deutscher Sicht vgl. BECHTHOLD, Vom Urheber- zum Informationsrecht, 2002, 425-27; PEUKERT, UFITA 2002, 689 (704-713).

¹⁵⁴ § 95b UrhG dient der Umsetzung von Art. 6 Abs. 4 RL 2001/729/EG.

¹⁵⁵ Eine Auflistung der »privilegierten« und der nicht privilegierten Schrankenbestimmungen bei DREIER in: Kommentar, § 95b Rn. 11 f. Zum Problem siehe einerseits ARLT, CR 2005, 646 (verfassungskonforme und interessengerechte Lösung) und andererseits GEIGER, GRUR Int. 2004, 815 (819 f.) (Zugang als Nutzerrecht).

¹⁵⁶ Vgl. PEUKERT in: Loewenheim, Hdb. UrhR, § 36 Rn. 5-7. Zu den möglichen Vorteilen und den notwendigen Grenzen eines vertraglichen Ansatzes im Urheberrecht siehe FISHER, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1231-1254 (1998).

Überschrift trägt: »Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums«.¹⁵⁷ Damit werden die WTO-Angehörigen zunächst verpflichtet, die darin vorgesehen Verfahren in ihrem innerstaatlichem Recht vorzusehen.¹⁵⁸ Dagegen sind die Durchsetzungsbestimmungen des TRIPs weder im Gemeinschaftsrecht¹⁵⁹ noch im nationalen deutschen Recht¹⁶⁰ unmittelbar anzuwenden. Allerdings reicht die Bedeutung des TRIPs weit über seinen eigentlichen persönlichen Anwendungsbereich¹⁶¹ hinaus. Das TRIPs folgt dem traditionellen Ansatz der Konventionen auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts, die bei internationalen Sachverhalten den Grundsatz der Inländerbehandlung und des Mindestschutzes vorsehen. Eine Harmonisierungspflicht für das Recht der Mitglieder der WTO geht davon gerade nicht aus.¹⁶² Der Europäische Gerichtshof interpretiert das TRIPs jedoch als integralen Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung.¹⁶³ Soweit es sich um einen Bereich des »geistigen Eigentums« handelt, in dem die Gemeinschaft keine Rechtsvorschriften erlassen hat - wie etwa im Patentrecht¹⁶⁴ - unterliegt der vom TRIPs geforderte Schutz nicht dem Gemeinschaftsrecht und es steht den Mitgliedstaaten frei, wie sie ihre Verpflichtungen aus dem TRIPs nachkommen.¹⁶⁵ Die dann berufene deutsche Rechtsordnung kennt eine Pflicht, die geltenden Normen so auszulegen, dass den Anforderungen des TRIPs Genüge getan wird.¹⁶⁶ Wenn der Bereich vom Gemeinschaftsrecht geregelt wird, folgt eine im Gemeinschaftsrecht wurzelnde Pflicht, »soweit wie möglich eine dem TRIPs-Übereinkommen entsprechende Auslegung vorzunehmen«.¹⁶⁷ In der Summe bewirken die gemeinschaftsrechtliche und die aus dem nationalen Recht folgende Pflicht zur Berücksichtigung der im TRIPs vorgesehen Durchsetzungsinstrumentarien eine erste wesentliche Harmonisierung nationaler Rechte in diesem Bereich.¹⁶⁸

¹⁵⁷ Art. 41-61 TRIPs.

¹⁵⁸ Siehe Art. 41 Abs. 1 TRIPs.

¹⁵⁹ *EuGH*, Urt. v. 14.12.2000, verb. Rs C-300/98 und 392/98 - Dior u.a, Slg. 2000, I-11307 Rn. 43 f.; aA DREXL, GRUR Int. 1994, 777 (783-787); GROH/WÜNDISCH, GRUR Int. 2001, 497 (502-503).

¹⁶⁰ BGHZ 150, 377 (385) - Faxkarte.

¹⁶¹ Art. 1 Abs. 3 TRIPs.

¹⁶² SCHÄFERS, GRUR Int. 1996, 763 (770 f.); VON BODGANDY, NJW 1999, 2088 (2090).

¹⁶³ Zuletzt *EuGH*, Urt. v. 11.9.2007, Rs. C-431/05 - Merk Genéricos Productos Farmaceuticos, Slg. 2007, I- Rn. 31 m.w.N..

¹⁶⁴ *EuGH*, Urt. v. 11.9.2007, Rs. C-431/05 - Merk Genéricos Productos Farmaceuticos, Slg. 2007, I- Rn. 39-48.

¹⁶⁵ Grundlegend *EuGH*, Urt. v. 11.9.2007, Rs. C-431/05 - Merk Genéricos Productos Farmaceuticos, Slg. 2007, I- Rn. 34; *EuGH*, Urt. v. 14.12.2000, verb. Rs C-300/98 und 392/98 - Dior u.a, Slg. 2000, I-11307 Rn. 48.

¹⁶⁶ BGHZ 150, 377 (385) - Faxkarte; BGHZ 169, 30 (Rn. 40).

¹⁶⁷ *EuGH*, Urt. v. 11.9.2007, Rs. C-431/05 - Merk Genéricos Productos Farmaceuticos, Slg. 2007, I- Rn. 35; grundlegend dazu *EuGH*, Urt. v. 14.12.2000, verb. Rs C-300/98 und 392/98 - Dior u.a, Slg. 2000, I-11307 Rn. 47; *EuGH*, Urt. v. 16.6.1998, Rs. C-53/96 - Hermès Int. / FHT Marketing Choice, Slg. 1998, I-3603 Rn. 28.

¹⁶⁸ GROH/WÜNDISCH, GRUR Int. 2001, 497 (501 f).

Diese Harmonisierung scheint aber der Europäischen Gemeinschaft nicht weit genug zu gehen,¹⁶⁹ wie sich aus der Richtlinie 2004/48/EG ergibt. Neben dieser Richtlinie sind in der Praxis die Instrumente der Gemeinschaft von besonderer Bedeutung, mit denen das Inverkehrbringen von Waren, die Rechte des geistigen Eigentums verletzen, verhindert werden soll. Den Beginn machte 1994 die ProduktpiraterieVO¹⁷⁰, die mittlerweile durch die Grenzbeschlagnahmeverordnung¹⁷¹ abgelöst wurde.

Wichtigste Aufgabe der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums ist es, ein »hohes, gleichwertiges und homogenes Schutzniveau für geistiges Eigentum im Binnenmarkt zu gewährleisten.«¹⁷² Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten im Wege einer Mindestharmonisierung¹⁷³ erstmals bestimmte Sanktionen und verfahrensrechtlicher Instrumente zu implementieren, die bei Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums zur Verfügung gestellt werden müssen. Dazu zählen Beweisvorlagepflichten des Verletzers¹⁷⁴ und Beweissicherungsverfahren¹⁷⁵; vorgesehen sind Auskunftsrechte¹⁷⁶, bestimmte einstweilige Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen¹⁷⁷, Abhilfemaßnahmen¹⁷⁸, Unterlassungsanordnungen¹⁷⁹ und Ersatzmaßnahmen¹⁸⁰, Anforderungen zur Bestimmung des Schadensersatzes¹⁸¹ und zu den Prozesskosten¹⁸² sowie - zur Abschreckung und Sensibilisierung der Öffentlichkeit¹⁸³ - die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen¹⁸⁴. Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst jede Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums, die im Gemeinschaftsrecht und/oder im nationalen Recht vorgesehen sind.¹⁸⁵ Die Richtlinie war bis zum 29.4.2006 umzusetzen.¹⁸⁶ Eine Umsetzung ist bis Ende

¹⁶⁹ Siehe Erwgr. (7) RL 2004/48/EG.

¹⁷⁰ VO (EG) 3295/94 über Maßnahmen zum Verbot der Überführung nachgeahmter Waren und unerlaubt hergestellter Vervielfältigungsstücke oder Nachbildungen in den zollrechtlich freien Verkehr oder in ein Nichterhebungsverfahren sowie zum Verbot ihrer Ausfuhr und Wiederausfuhr, ABl. L 341/8.

¹⁷¹ VO (EG)

¹⁷² Erwgr. (10) RL 2004/48/EG.

¹⁷³ Art. 2 Abs. 1 RL 2004/48/EG.

¹⁷⁴ Art. 6 RL 2004/48/EG.

¹⁷⁵ Art. 7 RL 2004/48/EG.

¹⁷⁶ Art. 8 RL 2004/48/EG.

¹⁷⁷ Art. 9 RL 2004/48/EG.

¹⁷⁸ Art. 10 RL 2004/48/EG.

¹⁷⁹ Art. 11 RL 2004/48/EG.

¹⁸⁰ Art. 12 RL 2004/48/EG.

¹⁸¹ Art. 13 RL 2004/48/EG.

¹⁸² Art. 14 RL 2004/48/EG.

¹⁸³ Erwgr. (27) RL 2004/48/EG.

¹⁸⁴ Art. 15 RL 2004/48/EG.

¹⁸⁵ Art. 2 Abs. 1 RL 2004/48/EG. Siehe dazu die Auflistung in der Erklärung der Kommission zu Artikel 2 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. 2005 L 94/37.

¹⁸⁶ Art. 20 Abs. 1 RL 2004/48/EG.

2007 nicht erfolgt; der Gesetzentwurf der Bundesregierung¹⁸⁷ wurde zu diesem Zeitpunkt noch im Bundestag beraten.

An dieser Stelle lässt sich ein weiteres Phänomen beobachten, das zwar nicht auf den Bereich der Rechtsdurchsetzung beschränkt ist, hier aber eine besondere Bedeutung erlangt hat. Ich spreche vom »Dreiklang« zwischen völkervertragsrechtlichen, gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Instrumenten. Die Transformation völkerrechtlicher in gemeinschaftsrechtliche und nationale Regelungen erfolgt dabei sowohl auf der Ebene der Rechtsetzung wie der Rechtsanwendung und führt in beiden Fällen zu einer Ausdehnung der Rechtsverfolgungsmöglichkeiten der Rechtsinhaber zulasten der Verteidigungsmöglichkeiten der (potentiellen) Verletzer.

Auf Rechtssetzungsebene lassen sich eine ganze Reihe von Beispielen für das hier geschilderte Zusammenspiel benennen. Man denke nur an den in Art. 43 TRIPs vorgesehenen Anspruch auf Vorlage von Beweismitteln, der zum Vorbild der Regelung in Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2004/48/EG wurde und von dort in das nationale Recht transformiert¹⁸⁸ werden soll. Ein anderes ist die Geschichte der Entwicklung des rechtlichen Schutzes von technischen Schutzmaßnahmen.¹⁸⁹ Ihren Ausgangspunkt hat sie in den WIPO-Verträgen von 1996.¹⁹⁰ Die Richtlinie 2001/29/EG übernahm das Konzept, gestaltet es detailliert aus und geht inhaltlich über das völkerrechtlich geforderte Mindestmaß hinaus.¹⁹¹ Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nämlich, technische Maßnahmen grundsätzlich auch dann gegen eine Umgehung zu sichern, wenn die damit angestrebte Nutzung ihrerseits von einer Schranke gedeckt ist.¹⁹² Das deutsche Recht seinerseits optiert bei der von der Richtlinie offengelassenen Wahlmöglichkeit, ein Zugangsanspruch auch für die Privatkopie vorzusehen,¹⁹³ für die strengere Variante und schließt einen Zugangsanspruch für die digitale Privatkopie aus.¹⁹⁴

Auf Rechtsanwendungsebene haben wir bereits gesehen, wie eng das Zusammenspiel zwischen TRIPs, Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht aufgrund methodischer Erfordernisse in den letztgenannten Rechtsordnungen ist. Mit der noch nicht umgesetzten Richt-

¹⁸⁷ BT-Drs. 16/5048. Siehe zum Umsetzungsverfahren BANGEMANN, GRUR Int. 2006, 292; NÄGELE/NITSCHKE, WRP 2007, 1047; SEICHTER, WRP 2006, 391; SPINDLER/WEBER, ZUM 2007, 257.

¹⁸⁸ Siehe BT-Drs. 16/5048, S. 27.

¹⁸⁹ Dazu PEUKERT in: Loewenheim, Hdb. UrhR, § 33 Rn. 12-16.

¹⁹⁰ Artt. 11, 12 WCT; 18, 19 WPPT.

¹⁹¹ VON LEWINSKI, GRUR Int. 1998, 637 (641 f.).

¹⁹² SCHACK, ZUM 2002, 497 (505).

¹⁹³ Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 RL 2004/48/EG.

¹⁹⁴ Siehe § 95b Abs. 1 UrhG.

linie 2004/48/EG verstärkt sich diese Entwicklung.¹⁹⁵ In der *Faxkartenentscheidung*¹⁹⁶ des Bundesgerichtshofs wurde § 809 BGB auch aufgrund einer TRIPs-konformen Auslegung so interpretiert, dass der Anspruch auf Besichtigung des Quellcodes eines Computerprogramms nur von einem *gewissen Wahrscheinlichkeitsgrad* abhängt und keinen *erhebliche Wahrscheinlichkeit* voraussetzt.¹⁹⁷ Anders hatte der Bundesgerichtshof vor Beginn der hier untersuchten Expansionsphase noch zum Patentrecht entschieden.¹⁹⁸ Damit wollte er sicherstellen, dass zu weitgehende »Eingriffe in die rechtlich schutzwürdige Sphäre der Mitbewerber verhindert«¹⁹⁹ werden. Die Interessenabwägung fällt jetzt regelmäßig zu Gunsten des Rechtsinhabers aus. Methodisch folgt das nicht nur - wie das Gericht argumentiert - aus dem nationalen Recht,²⁰⁰ sondern auch aus dem Gemeinschaftsrecht. Die geltend gemachten urheberrechtlichen Ansprüche beruhen auf der Nutzung von geschützten Computerprogrammen und insoweit auf einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung, für die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof das Gemeinschaftsrecht anzuwenden ist. Anders verhält es sich mit der TRIPs-konformen Auslegung von § 142 ZPO in der Entscheidung *Restschadstoffentfernung*²⁰¹. Streitgegenstand war ein Patent²⁰² und für Patente besteht keine gemeinschaftsrechtliche Zuständigkeit zur Anwendung des TRIPs.²⁰³ Hier war es also das nationale Recht, das eine erweiternde, TRIPs-konforme Auslegung von § 142 ZPO ermöglichte.²⁰⁴ Zugleich wurde diese Norm auch richtlinienkonform ausgelegt.²⁰⁵ Der X. Zivilsenat argumentiert für ein Verständnis, nach dem generell formulierte Bestimmungen wie §§ 809 BGB oder 142 ZPO im Bereich der Immaterialgüterrechte »differenziert« angewendet werden.²⁰⁶ Damit knüpft man in der Sache an den bereits oben erläuterten Topos an, dass die besonderen Schwierigkeiten bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten besondere Maßnahmen rechtfertigen würden.²⁰⁷

1.4.2 Privatisierung der Rechtsdurchsetzung

¹⁹⁵ Zur gemeinschaftsrechtlich begründeten Pflicht und zum Umfang der Berücksichtigung der RL trotz Nichtumsetzung im innerstaatlichen Recht siehe EISENKOLB, GRUR 2007, 387; allgemein zur Rechtswirkung von Richtlinien zuletzt VON DANWITZ, JZ 2007, 697.

¹⁹⁶ BGHZ 150, 377.

¹⁹⁷ BGHZ 150, 377 (385-87) - Faxkarte.

¹⁹⁸ BGHZ 93, 191 (204-208) Druckbalken.

¹⁹⁹ BGHZ 93, 191 (206) - Druckbalken.

²⁰⁰ BGHZ 150, 377 (385) - Faxkarte.

²⁰¹ BGHZ 169, 30 - Restschadstoffentfernung.

²⁰² BGHZ 169, 30 (Rn. 1) - Restschadstoffentfernung.

²⁰³ *EuGH*, Urt. v. 11.9.2007, Rs. C-431/05 - Merk Genéricos Produtos Farmaceuticos, Slg. 2007, I- (Rn. 39-48).

²⁰⁴ BGHZ 169, 30 (Rn. 40) - Restschadstoffentfernung.

²⁰⁵ BGHZ 169, 30 (Rn. 40) - Restschadstoffentfernung.

²⁰⁶ BGHZ 169, 30 (Rn. 41) - Restschadstoffentfernung.

²⁰⁷ Dazu oben 1.2.2.

Das neueste Projekt ist ein Richtlinienvorschlag über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums²⁰⁸. Hier steht - wie schon bei der Richtlinie 2004/48/EG - erneut das TRIPs²⁰⁹ Pate, wobei der Richtlinienvorschlag, dem Modell der Durchsetzungsrichtlinie folgend, weit darüber hinaus geht (»TRIPs plus«). Anders als bei der Harmonisierung zivilrechtlicher Folgen muss man sich allerdings fragen, ob eine Harmonisierung der *strafrechtlichen Folgen* einer Immaterialgüterrechtsverletzung geeignet und erforderlich ist, um den Binnenmarkt wirksam gegen Nachahmung und Produktpiraterie zu schützen.²¹⁰ Der Richtlinienvorschlag setzt auch eine seit längerem zu beobachtende Tendenz fort: die *Privatisierung der Rechtsdurchsetzung*. In Art. 7 des Vorschlages erreicht diese jedoch nicht mehr akzeptable Ausmaße²¹¹, wenn »gemeinsame Ermittlungsgruppen« gebildet werden, in denen die Geschädigten oder deren Vertreter aktiv an den Ermittlungen teilnehmen. Die Beteiligung der Geschädigten ist sinnvollerweise auf die Unterrichtung der Behörden zu beschränken, um eine »Privatjustiz« auszuschließen.²¹²

Die Privatisierung der Rechtsdurchsetzung im Immaterialgüterrecht wurde erst mit der fortschreitenden technologischen Entwicklung interessant. Mit dem Einsatz sog. Digital Rights Management Systemen (DRM) besteht für die Inhaber von Immaterialgütern die Möglichkeit, den Zugang zu deren Nutzung zu kontrollieren und damit die von ihnen nicht erlaubte Nutzung durch Dritte effektiv zu verhindern.²¹³ Damit wird die fehlende räumliche Herrschaftsmacht und die daraus folgende Ausschlussmacht über das Immaterialgut mittels Technik hergestellt. Weil aber alle Technik durch den Einsatz von Technik wieder umgangen werden kann,²¹⁴ ist ein solches System nur effektiv, wenn technische Umgehungsmaßnahmen rechtlich verboten werden. Ein perfektes privates Schutzsystem besteht insgesamt aus fünf

²⁰⁸ KOM(2006) 168 endg.; KOM(2005) 276 endg.

²⁰⁹ Art. 61 TRIPs verlangt von den Mitgliedern Strafmaßnahmen bei der vorsätzlichen Verletzung von Immaterialgüterrechten in gewerbsmäßigen Umfang.

²¹⁰ So aber Erwgr. (5) des Richtlinienvorschlages, KOM(2006) 168 endg.; zweifelnd mit Recht HILTY/KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung des Rechts des geistigen Eigentums, KOM(2006) 168 endgültig, http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/strafrecht_stellungnahme_final.pdf (zuletzt besucht: 10.1.2008) (1 f.).

²¹¹ HILTY/KUR/PEUKERT, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung des Rechts des geistigen Eigentums, KOM(2006) 168 endgültig, http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/strafrecht_stellungnahme_final.pdf (zuletzt besucht: 10.1.2008) (6 f.).

²¹² Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, ABl. 2007 C 256/7.

²¹³ Zu den Wirkungsweisen solcher Systeme grundlegend BECHTHOLD, Vom Urheber- zum Informationsrecht, 2002.

²¹⁴ BECHTHOLD, Vom Urheber- zum Informationsrecht, 2002, 144-45.

Komponenten:²¹⁵ (1.) Mittels DRM wird ein faktischer Schutz von Immaterialgütern hergestellt, der den Zugang und ihre Nutzung verhindert. (2.) Diese Maßnahmen werden mittels Rechtsnormen vor einer Umgehung durch Dritte geschützt. (3.) Nutzungswillige Personen müssen mit dem Rechtsinhaber Verträge abschließen, die ihnen die Nutzung - unter den im Vertrag genannten Bedingungen - erst ermöglichen. (4.) Die Durchführung dieser Verträge erfordert seinerseits wieder den Einsatz von DRM, damit die vertraglich vorgesehene erlaubte Nutzung ermöglicht wird. (5.) Ihrerseits bedürfen diese Informationen wiederum des rechtlichen Schutzes, damit sie nicht von Dritten manipuliert werden. In letzter Konsequenz hätte diese private Ordnung das Potential, die klassischen Immaterialgüterrechte - zumindest das Urheberrecht - zu ersetzen.²¹⁶ Soweit die Theorie. Die Praxis hat zu einer Ernüchterung geführt. Der umfassende Einsatz von DRM-Systemen zur Verhinderung von Vervielfältigungen ist jedenfalls in der Musikindustrie gescheitert.²¹⁷ Das wird von dem seit 2007 bestehenden Angebot von »DRM-freien«²¹⁸ Musiktiteln im iTunes Music Store²¹⁹ oder bei amazonmp3.com²²⁰ schlagend belegt.

1.5 Variation 4: Vom Rechtsverletzer zum Piraten

Die hier beschriebene Entwicklung kommt bereits im Namen eines Gesetzes zum Ausdruck, das sich nachträglich als wahres Leitmotiv herausstellen sollte: das »Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG)«²²¹. Es verwendete erstmals den Begriff des »geistigen Eigentums«, führte zu einer Stärkung des sachlichen Schutzbereichs von Immaterialgüterrechten²²² sowie zu einer Verschärfung des Rechtsdurchsetzungsinstrumentariums²²³ und beschrieb bestimmte Rechtsverletzungen als »Piraterie«.

²¹⁵ BECHTHOLD, Vom Urheber- zum Informationsrecht, 2002, 256-63.

²¹⁶ Siehe dazu BECHTHOLD, Vom Urheber- zum Informationsrecht, 2002, 263-82 m.w.N. Kritisch dagegen PEUKERT, UFITA 2002, 689 (699-7039).

²¹⁷ NY Times v. 11.1.2008, S. C 4, <http://www.nytimes.com/2008/01/11/technology/11sony.html> (zuletzt besucht am 11.1.2008); BANGEMANN, DRM (on music) is dead. Long live DRM (on video)!, <http://arstechnica.com/news.ars/post/20080108-drm-is-dead-for-music.html> (zuletzt besucht: 10.1.2008). Siehe dazu das einflussreiche Statement des CEO von Apple, Inc., JOBS, Thoughts on Music, <http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/> (zuletzt besucht: 10.1.2008).

²¹⁸ Der Ausdruck »DRM-frei« ist mit Vorsicht zu verwenden. Regelmäßig ist damit gemeint, dass keine technischen Schutzmaßnahmen eingesetzt werden, die die Vervielfältigung des Immaterialguts behindern. Der Einsatz von Informationen zur Rechtswahrnehmung (Metadaten) ist damit nicht in jedem Fall ausgeschlossen.

²¹⁹ <http://www.apple.com/de/itunes/store> (zuletzt besucht am 10.1.2008)

²²⁰ <http://www.amazonmp3.com> (zuletzt besucht am 10.1.2008).

²²¹ v. 7.3.1990, BGBl. I, 422.

²²² Vgl. die Schutzfristverlängerung für das Leistungsschutzrecht der ausübenden Künstler in Art. 2 Nr. 5 PrPG.

²²³ Vernichtungs- und Auskunftsansprüche der Rechtsinhaber, vgl. nur Art. 1 Nr. 2 und Art. 2 Nr. 6-8 PrPG.

Im immaterialgüterrechtlichen Kontext wurde der Begriff piracy schon im 19. Jahrhundert als Synonym für eine unerlaubte, gegen das copyright verstossende Vervielfältigung verwendet.²²⁴ Das ursprüngliche Verständnis von Produktpiraterie - wie es der Entscheidung Folsom v. Marsh von 1841²²⁵ bis zum Regierungsentwurf des PrG²²⁶ zugrunde liegt - erfasst solche Schutzrechtsverletzungen, die planmäßig, gezielt, massenhaft und gewerbsmäßig auftraten. Piraten waren also die Personen, die vorsätzlich und gewerbsmäßig Immaterialgüterrechte in großem Stil verletzen.²²⁷ Dieses Verständnis hat sich in den letzten Jahren gewandelt. Eine der Ursachen, warum vor allem im Zusammenhang mit Urheberrechtsverletzungen auch bei nicht gewerblichen Handlungen von »Piraterie« gesprochen wird, dürfte die massenhaft auftretenden privaten Verletzungshandlungen sein.²²⁸ Digitalisierung und die Distributionsmöglichkeiten des Internet führen dazu, dass das herkömmliche Geschäftsmodell der Verwerter von zwei Seiten Gefahr droht: den gewerblich handelnden »Raubkopierern«²²⁹ und den privaten Nutzern, den »Internetpiraten«²³⁰. Diese Verwendung von Piraterie - oder häufiger: *piracy* - findet sich zunehmend in Rechtstexten.²³¹ Notwendig ist das nicht, weil man neutral von »*infringing copies*« oder »unerlaubt hergestellte Waren« sprechen kann.²³² Sinnvoll ist der Wortgebrauch aus meiner Sicht nicht, weil ein bestimmter Vorgang - die Rechtsverletzung - emotional aufgeladen wird. Das trägt im gegenwärtigen Diskurs nicht zu seiner Rationalisierung bei und marginalisiert die möglicherweise auch berechtigten Interessen der Nutzer²³³. Rechtsverletzer sind Rechtsverletzer und keine Piraten.

2. Zwischentöne- - Ein Perspektivenwechsel

²²⁴ Siehe Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C. Mass. 1841).

²²⁵ Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342 (C.C. Mass. 1841).

²²⁶ BT-Drs. 11/4792, 15 f.

²²⁷ Vgl. die Definition von piracy im New Oxford American Dictionary, 2nd ed., Oxford 2005: »a person who appropriates or reproduces the work of another for profit without permission, usually in contravention of patent or copyright« (Hervorhebung hinzugefügt.)

²²⁸ Vgl. GOWERS, Gowers Review of Intellectual Property, http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf (zuletzt besucht: 11.1.2008), 23: »'Piracy' of protected material has always been a concern for rights holders. However, the unprecedented technological advances of the last decade or so mean that it has become an even more pressing threat.«

²²⁹ Siehe MUSIKINDUSTRIE, Raubkopien, <http://www.musikindustrie.de/raubkopien.html> (zuletzt besucht: 11.12.008).

²³⁰ Siehe MUSIKINDUSTRIE, Internetpiraterie, <http://www.musikindustrie.de/internetpiraterie.html> (zuletzt besucht: 11.12.008).

²³¹ Siehe die englische Fassung von Art. 2 lit. b VO (EG) Nr. 1383/2003, der »pirated goods« definiert als »goods which are or contain copies made without the consent of the holder of a copyright or related right or design right«.

²³² Siehe die deutsche Fassung von Art. 2 lit. b VO (EG) Nr. 1383/2003 und die englische bzw. deutsche Fassung von Art. 16 Abs. 1 RBÜ.

²³³ LITMAN, 53 J. Copyright Soc'y 101, 115 (2006).

2.1 Die unterschiedlichen Perspektiven

Im hier gezeichneten Bild der »Hypertrophie der Schutzrechte«²³⁴ und ihrer Durchsetzung kommt dem Rechtsverletzer regelmäßig die Rolle des Piraten zu.²³⁵ Das ist eine psychologische Konsequenz der Eigentumsrhetorik im Immaterialgüterrecht der letzten Jahre. Wir haben »den« vermeintlichen Rechtsinhaber so fest im Blick, dass es uns zunächst gar nicht denkbar erscheint, dass der eigentliche, mögliche oder nur vermeintliche Verletzer aufgrund der Privatisierung von Immaterialgütern in seiner Freiheit beeinträchtigt wird.²³⁶ Ein Perspektivenwechsel tut daher Not. Weist die Rechtsordnung einer Person (A) das Recht (R) zu, andere Personen (X-Z) von der Nutzung eines Gutes g auszuschließen, lässt sich dieser Vorgang auch so beschreiben, dass X-Z die Pflicht (P) haben, g nicht ohne die Erlaubnis von A zu nutzen.²³⁷ R und P sind also korrespondierende Rechtspositionen.²³⁸ Wer für mehr Rechte und deren »effektive« Durchsetzung plädiert, steigert damit zwangsläufig das Pflichtenprogramm der Nicht-Rechtsinhaber. Das Argument, ein Eigentumsrecht des A an g könne keine Rechte von X-Z einschränken, weil diese kein Recht geltend machen können, das ihnen den Gebrauch von g erlaube, trifft nicht.²³⁹ Das Problem stellt sich doch nur, weil g dem A von der Rechtsordnung zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen ist. In dieser Zuweisung liegt eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der individuellen Freiheitsinteressen²⁴⁰ von X-Z. Ohne diese Zuweisung könnten X-Z auf die Immaterialgüter aufgrund ihrer Charakteristika zugreifen und dadurch selbstbestimmt von ihrer Freiheit Gebrauch machen, indem sie entscheiden, ob und wie sie diese Güter verwenden. Betrachtet man Immaterialgüter von diesem Standpunkt aus, wird die mit der Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten einher gehende künstliche Verknappung dieser öffentlichen Güter (Privatisierung) selbst rechtfertigungsbedürftig.²⁴¹ Geistiges Eigentum ist dann die begründungspflichtige Ausnahme vom Prinzip der Gemeinfreiheit.²⁴² Damit teilen die Immaterialgüterrechte eine Gemeinsamkeit mit dem Sacheigentum. Die Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten an einem (immateriellen) Gegenstand an eine Person ist vor dem Hintergrund einer egalitaristischen politischen Theorie grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig.²⁴³ Weil eine Ei-

²³⁴ Siehe ZYPRIES, GRUR 2004, 977 (dort allerdings verneinend).

²³⁵ So auch die Einschätzung von FRANZ, ZUM 2005, 802 (803).

²³⁶ WALDRON, 68 Chi.-Kent L. Rev. 841, 887 (1993).

²³⁷ WALDRON, 68 Chi.-Kent L. Rev. 841, 842-44 (1993).

²³⁸ Vgl. KEHLSSEN, Reine Rechtslehre, 1960, 130-35.

²³⁹ WALDRON, 68 Chi.-Kent L. Rev. 841, 864 (1993).

²⁴⁰ Vertiefend zur moralphilosophischen Begründung der relevanten Freiheitsinteressen WALDRON, 68 Chi.-Kent L. Rev. 841, 864-77 (1993).

²⁴¹ BECKER, Chi.-Kent L. Rev. (68) 1993, 609, 616 (1993).

²⁴² PEIFER, UFITA 2007, 327 (355 f.).

²⁴³ Dazu und zum folgenden GOSEPATH, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 220-49.

gentrumsordnung veränderbar ist, muss sie ihre jeweilige konkrete Ausgestaltung daran messen lassen, ob sie den Anforderungen an die politische Gerechtigkeit²⁴⁴ genügt. Genügt sie diesem Maßstab nicht, ist sie zu ändern; erfüllt sie ihn, ist das so begründete »gerechte« Eigentum einer Person eine Einschränkung für weitere Umverteilungen. Die seit Beginn der Neuzeit anhaltende Debatte um die Begründung von Ausschließlichkeitsrechten an geistigen Leistungen²⁴⁵ beleuchtet diesen Vorgang exemplarisch.

2.2 Immaterialgüterrechte im multipolaren Verfassungsrechtsverhältnis

Das gilt auch für Rechtsordnungen, die - wie das Gemeinschaftsrecht²⁴⁶ oder das Grundgesetz²⁴⁷ - Immaterialgüterrechte verfassungsrechtlich als Eigentum schützen. Das lässt sich anhand eines fiktiven Beispiels gut erklären. Immaterialgüterrechte existieren nicht außerhalb der Rechtsordnung, sie müssen im einfachen Recht vorgesehen und ausgestaltet werden.²⁴⁸ Nehmen wir an, weder im europäischen, noch im deutschen Recht gebe es einen eigentumsrechtlich ausgestalteten Schutz von Immaterialgütern. Die aus dem Eigentumsgrundrecht fließende Schutzpflicht²⁴⁹ würde den Staat verpflichten, ein Immaterialgüterrecht zu errichten, das das notwendige Mindestmaß an Schutz gegenüber der Benutzung durch Dritte vorsieht.²⁵⁰ Konkret bedeutet das in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass die vermögenswerten Ergebnisse von Immaterialgütern ihren »Schöpfern« zuzuordnen sind.²⁵¹ Dabei ergeben sich aber eine Reihe von Interessenkonflikten.²⁵² Deshalb ist nicht jede nur denkbare Verwertungsmöglichkeit verfassungsrechtlich gesichert.²⁵³ Aufgabe des im einfachen Recht zu schaffenden Immaterialgüterrechtssystems

²⁴⁴ Grundlegend RAWLS, A Theory of Justice, Revised Ed., 1999.

²⁴⁵ Dazu etwa HUGHES, 77 Geo. L.J. 297 (1988); OBERNDÖRFER, Die philosophischen Grundlagen des Urheberrechts, 2005; BECKER, Chi.-Kent L. Rev. (68) 1993, 609 (1993).

²⁴⁶ Art. 17 Abs. 2 Grundrechtecharta, ABl. 2007 C 301/7; vgl. dazu die amtlichen »Erläuterungen«, ABl. 2007 C 303/23. Gem. Art. 6 EU wird die Charta - sobald der Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2007 C 306/1, in Kraft getreten ist - zum Bestandteil des Unionsrechts.

²⁴⁷ Grundlegend zum Urheberrecht BVerfGE 31, 229 - Kirchen- und Schulgebrauch; DEPENHEUER in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl., Bd. I, 2005, Art. 14 Rn. 147-151; FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, 1999, 152-253; GRZESZICK, ZUM 2007, 344.

²⁴⁸ GRÜNBERGER, 24 Card. Arts & Ent. L. J. 617, 669 (2006); DEPENHEUER in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 147.

²⁴⁹ Grundlegend dazu aus neuester Zeit SZCZEKALLA, Die sogenannten Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, insbesondere S. 1112-1152 sowie ISENSEE in: HbStR V, 2. Aufl., Bd. V, 2000, § 111 Rn. 77-185 ein knapper Überblick bei JARASS in: Merten/Papier, Hdb. Grundrechte, Bd. II, 2006, Rn. 22-38; speziell zum Privatrecht siehe CANARIS, AcP (184) 1984, 201 (225-229).

²⁵⁰ Zur Begründung der Existenz von Immaterialgüterrechten aus dem Schutzpflichtgedanken anhand des Interpretationsrechts vgl. GRÜNBERGER, 24 Card. Arts & Ent. L. J. 617, 664-684 (2006).

²⁵¹ BVerfGE 31, 229 (241).

²⁵² Siehe BVerfGE 81, 12 (17-18) zum deutschen Verfassungsrecht und Siehe *EuGH*, Urt. v. 29.1.2008, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 62, 65 zu den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten.

²⁵³ BVerfGE 31, 229 (241).

ist es, der »grundrechtlichen Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis«²⁵⁴ nachzukommen. Auf diese Weise entsteht auch in privatrechtlich ausgestalteten Rechtsverhältnissen²⁵⁵ ein »grundrechtlich determiniertes Dreieck zwischen dem Staat an der Spitze, dem Betroffenen, dessen grundrechtlich relevantes Verhalten aufgrund des privaten Handelns eines Dritten beeinträchtigt wird und dem ein grundrechtlicher status positivus in Form eines Rechts auf Schutz zukommt, am Ende des einen Schenkels und dem Dritten, welchem ein status negativus in Form eines Rechts auf Eingriffsabwehr zusteht, am anderen Ende des Schenkels.«²⁵⁶

Die Pflicht des Staates, Grundrechtspositionen Privater vor dem Übergriffen anderer Privater zu schützen, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verletzt, wenn (1.) Schutzmaßnahmen generell fehlen, (2.) die getroffenen Schutzmaßnahmen völlig unzulänglich oder (3.) die vorhandenen Schutzmaßnahmen gänzlich ungeeignet sind.²⁵⁷ Art und Umfang des Schutzes im einzelnen zu bestimmen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Im Immaterialgüterrecht hat das Bundesverfassungsgericht die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers wiederholt betont.²⁵⁸ Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen.²⁵⁹ Das Individualinteresse des Rechtsinhabers kann in dieser Abwägung keinen unbedingten Vorrang vor den Interessen der Gemeinschaft beanspruchen.²⁶⁰ Das Gemeinwohl und - wie anzufügen ist - die freiheitsrechtlich geschützten Interessen der Nutzer - sind dabei Grund und Grenze für die dem Eigentümer aufzuerlegenden Beschränkungen.²⁶¹ Im Ergebnis genießen die gesetzgebenden Institutionen eine hinreichende Freiheit unter veränderten Bedingungen, Schutzrechte zu schaffen, zu stärken, abzuschwächen und abzuschaffen.²⁶² Ihre Aufgabe ist es, *alle* Belange in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.²⁶³ Die Pflicht, die subjektiven Rechte des Einzelnen gegenüber Verletzungen auch durchzusetzen, folgt aus derselben

²⁵⁴ CALLIES, JZ 2006, 321.

²⁵⁵ EKARDT, JZ 2007, 137 (139).

²⁵⁶ CALLIES, JZ 2006, 321 (326).

²⁵⁷ BVerfGE 92, 26 (46). Zum Problem des Kontrollmaßstabs zwischen Evidenzkontrolle und Untermaßverbot vgl. auch SZCZEKALLA, Die sogenannten Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, 223-32.

²⁵⁸ BVerfGE 31, 229 (241-42); BVerfGE 81, 12 (18-19).

²⁵⁹ BVerfGE 88, 203 (254).

²⁶⁰ BVerfGE 79, 29 (40).

²⁶¹ BVerfGE 79, 29 (40).

²⁶² GEIGER, 37 "Constitutionalizing" Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union 341, 404-05 (2006); GRZESZICK, ZUM 2007, 344 (353).

²⁶³ BVerfGE 79, 29 (40-41).

Schutzpflicht, die dem einfachen subjektiven Recht zugrunde liegt (»sekundärer Schutz«).²⁶⁴ Der rechtsphilosophische Hintergrund dieser Entwicklung ist das staatliche Gewaltmonopol und die deshalb auch aus dem Rechtsstaatsgebot folgende Pflicht, für Streitigkeiten zwischen Privatpersonen effektiven Rechtsschutz bereitzustellen.²⁶⁵

Die hier skizzierte Expansion der Immaterialgüterrechte und ihrer Durchsetzung ist auch vor diesem Hintergrund zu betrachten und kann damit zumindest teilweise gerechtfertigt werden. Zeitgleich dazu ist das Bedrohungspotential für die Verletzung von Immaterialgüterrechten deutlich gestiegen. Das gilt zum einen für die Stärkung der Rechte und ihrer Durchsetzung gegen gewerblich betriebene Rechtsverletzungen in großem Ausmaß. Das PrPG hat daher zu Recht versucht, auf diese tatsächliche Bedrohung zu reagieren, deren wichtigste Ursache der technische Fortschritt bei den Reproduktionstechniken war.²⁶⁶ Dieser Prozess hat sich in der globalen Informationsgesellschaft fortgesetzt, beschleunigt und ausgeweitet. Weil immaterialgüterrechtlich geschützte Gegenstände aufgrund der Digitalisierung ohne Qualitätsverlust vervielfältigt und über virtuelle Netze jederzeit massenhaft verbreitet werden können, sind die bis dahin wirksamen faktischen Schutzmechanismen, die die Immaterialgüterordnung von außen stützten, weggefallen. Auf diesen Verlust und die dadurch gestiegene Gefahr²⁶⁷ musste die Rechtsordnung reagieren, um das verfassungsrechtlich mindestens Erforderliche (»Untermaßverbot«²⁶⁸) zu tun. Die Stärkung der Stellung der Rechtsinhaber war vor diesem Hintergrund eine verfassungsrechtlich notwendige und rechtspolitisch sinnvolle Entscheidung. Allerdings muss man die kritische Frage stellen dürfen, ob die Rechtsordnung dabei im Einzelnen nicht zu weit gegangen ist und die Gewichte zulasten der Allgemeinheit, der Nutzer und der (potentiellen) Rechtsverletzer verschoben hat.

Wie gesehen, zeichnen sich privatrechtliche Konflikte gerade dadurch aus, dass die Schutzfunktion einerseits und die Abwehrfunktion andererseits gleichzeitig zum Tragen

²⁶⁴ Siehe speziell zum Rechtsschutz gegen Urheberrechtsverletzungen *EuGH*, Urt. v. 29.1.2008, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 62 m. w. N.; *GA Kokott*, Schlussanträge v. 18.7.2007, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 55. Vertiefend SZCZEKALLA, Die sogenannten Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, 197, 202-04. Falsch ist daher eine Begründung über Art. 19 Abs. 4 GG, so aber EWERT/VON HARTZ, ZUM 2007, 450 (453 f.).

²⁶⁵ SACHS in: Sachs, GG, 4. Aufl., 2007, Art. 20 Rn. 162m.w.N. zur Rechtsprechung des BVerfG.

²⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 11/4792, S. 16.

²⁶⁷ Vgl. *GA Kokott*, Schlussanträge v. 18.7.2007, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 105: »Rechtswidriges *filesharing* gefährdet den Schutz von Urheberrechten auch tatsächlich.«

²⁶⁸ BVerfGE 88, 203 (254); grundlegend dazu CANARIS, AcP (184) 1984, 201 (228); ISENSEE in: HbStR V, § 111 Rn. 165.

kommen.²⁶⁹ Was so selbstverständlich erscheint, wurde im rechtspolitischen Eifer des Ge-
rechts der letzten Jahre manches Mal nicht ausreichend beachtet. Es ist deshalb besonders
hervorzuheben, wenn in den höchstrichterlichen Entscheidungen dieses Beziehungsge-
flecht analysiert wird und mit Recht auf die Notwendigkeit aufmerksam gemacht wird, die
abwehrrechtliche Seite der multipolaren Rechtsbeziehung zu berücksichtigen.²⁷⁰

In der Entscheidung des Europäischen Gerichtshof im Fall *Metronome Music*²⁷¹ ging es um
die Frage, ob die *Metronome Music GmbH* der *Music Point Hokamp GmbH* die gewerbli-
che Vermietung von Tonträgern, an denen sie ausschließliche Nutzungsrechte und Lei-
stungsschutzrechte innehatte, aufgrund des richtlinienkonform eingeführten Vermietrechts
verbieten kann.²⁷² Der Gerichtshof hatte zu entscheiden, ob das in der Richtlinie 92/100/
EWG vorgesehene ausschließliche Vermietrecht gegen das Gemeinschaftsgrundrecht auf
freie Berufsausübung - mittlerweile als unternehmerische Freiheit in Art. 16 Grundrecht-
echarta normiert - verstößt.²⁷³ Nach der zutreffenden Auffassung des Gerichtshofs, fällt die
gewerbliche Vermietung in den Schutzbereich des Gemeinschaftsgrundrechts.²⁷⁴ Weil die
Richtlinie dem Grundrechtsträger das Verhalten, das in den Schutzbereich fällt, zukünftig
untersagt, greift sie in das Grundrecht auf Berufsfreiheit ein. Deshalb kommt es entschei-
dend darauf an, ob dieser Eingriff gerechtfertigt werden kann. Nach Auffassung des Euro-
päischen Gerichtshofs ist ein Eingriff gerechtfertigt, wenn die »Beschränkungen tatsächlich
dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hin-
blick auf den verfolgten Zweck unverhältnismässigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen,
der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet.«²⁷⁵ Im Ergebnis war der
Gerichtshof der Auffassung, dass das Vermietrecht zum Schutz des »geistigen Eigentums«,
in Umsetzung der TRIPs-Verpflichtung und als Mittel des Investitionsschutzes erforderlich

²⁶⁹ *JARASS* in: Merten/Papier, Hdb. Grundrechte, § 38 Rn. 63.

²⁷⁰ Zutreffend betont von GEIGER, 37 "Constitutionalizing" Intellectual Property Law? The Influence of
Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union 341, 386-88 (2006).
Exemplarisch auch die neueste Entscheidung *EuGH*, Urt. v. 29.1.2008, Rs. C-275/06 -
Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 61-68, in der die Grundrechte der Rechtsinhaber auf
Schutz des Eigentums und auf wirksamen Rechtsschutz mit dem Grundrecht der Nutzer auf den
Schutz personenbezogener Daten abgewogen wird.

²⁷¹ *EuGH*, Urt. v. 28.4.1998, Rs. C-200/96 - *Metronome Music / Music Point Hokamp*, Slg. 1998,
I-1953.

²⁷² *EuGH*, Urt. v. 28.4.1998, Rs. C-200/96 - *Metronome Music / Music Point Hokamp*, Slg. 1998,
I-1953 Rn. 1-8.

²⁷³ *EuGH*, Urt. v. 28.4.1998, Rs. C-200/96 - *Metronome Music / Music Point Hokamp*, Slg. 1998,
I-1953 Rn. 10-12.

²⁷⁴ *EuGH*, Urt. v. 28.4.1998, Rs. C-200/96 - *Metronome Music / Music Point Hokamp*, Slg. 1998,
I-1953 Rn. 21.

²⁷⁵ *EuGH*, Urt. v. 28.4.1998, Rs. C-200/96 - *Metronome Music / Music Point Hokamp*, Slg. 1998,
I-1953 Rn. 21.

sei, um sicherzustellen, dass weiterhin kreativ gearbeitet wird.²⁷⁶ Diese Entscheidung zeigt, dass das Vermietrecht an Tonträgern- und damit ein Immaterialgüterrecht - seine Existenzberechtigung gegenüber der unternehmerischen Freiheit nachweisen muss. Immaterialgüterrechte werden also nicht erst durch ihrerseits rechtfertigungsbedürftige Schranken begrenzt, sondern müssen bereits bei ihrer Ausgestaltung gegenläufige Positionen berücksichtigen.²⁷⁷

Dasselbe gilt für die Durchsetzung dieser Rechte. Der Bundesgerichtshof hat eine Pflicht des Beklagten aus § 142 Abs. 1 ZPO, Urkunden in einem Patentstreitverfahren vorzulegen, aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung auf solche Fälle beschränkt, in denen die Vorlage zumutbar ist.²⁷⁸ Das Grundrecht der Berufsfreiheit²⁷⁹ gewährt den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.²⁸⁰ Verlangt der Staat die Offenlegung, wird exklusives wettbewerbserhebliches Wissen den Konkurrenten zugänglich und mindert die Möglichkeit, die Berufsausübung unter Rückgriff auf dieses Wissen erfolgreich zu gestalten.²⁸¹ Darin liegt ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in das Grundrecht.²⁸² Diesbezüglich steht man grundsätzlich vor einem Dilemma: »Fällt die gerichtliche Entscheidung zugunsten der Offenlegung der Geheimnisse aus, liegt darin ein Eingriff in die Berufsfreiheit [des Beklagten]; wenn die Geheimnisse nicht offenbart werden, wird das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz der Wettbewerber beeinträchtigt.«²⁸³ Eine sachgerechte Lösung erfordert, dass immer beide kollidierenden Positionen bei der Abwägung ihrem jeweiligen Gewicht gemäß berücksichtigt werden.²⁸⁴

Es ist an der Zeit, Neuregelungen nicht immer nur aus Perspektive der Rechteinhaber zu evaluieren, und danach zu fragen, ob sie deren Rechtsdurchsetzung erleichtern.²⁸⁵ Dieses Interesse muss stets mit den Interessen der davon Betroffenen abgewogen werden. Ein Vorrang des effektiven und wirksamen Rechtsschutzes würde gegen diese Anforderungen verstoßen. Effektiver Rechtsschutz kann deshalb grundrechtskonform immer nur ein angemessener Rechtsschutz sein.²⁸⁶ Der Europäische Gerichtshof hat dies erkannt und verlangt

²⁷⁶ *EuGH*, Urt. v. 28.4.1998, Rs. C-200/96 - *Metronome Music / Music Point Hokamp*, Slg. 1998, I-1953 Rn. 22-26.

²⁷⁷ *GRZESZICK*, *ZUM* 2007, 344 (348).

²⁷⁸ *BGHZ* 169, 30 Rn. 42 - Restschadstoffentfernung.

²⁷⁹ Art. 12 Abs. 1 GG.

²⁸⁰ *BVerfGE* 115, 205 (Rn. 81).

²⁸¹ *BVerfGE* 115, 205 (Rn. 84 f.).

²⁸² *BVerfGE* 115, 205 (Rn. 84).

²⁸³ *BVerfGE* 115, 205 (Rn. 94).

²⁸⁴ Vgl. *BVerfGE* 115, 205 (Rn. 96).

²⁸⁵ Ein hervorragendes Beispiel für diese zu kurz gegriffene Sicht bei der Kritik von *NÄGELE/NITSCHKE*, *WRP* 2007, 1047 am Gesetzentwurf zur Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie.

²⁸⁶ *PEUKERT/KUR*, *GRUR Int.* 2006, 292-93.

deshalb von den Mitgliedstaaten, dass sie u.a. bei der Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG »ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten sicherzustellen«.²⁸⁷

2.3 Notwendige Differenzierungen

Im Immaterialgüterrecht muss man noch einen Schritt weitergehen, um eine zutreffende Analyse erstellen zu können. Das Spannungsfeld zwischen Immaterialgüterschutz und Wettbewerbsfreiheit²⁸⁸ einerseits und Ausschließlichkeitsrechten und Zugangsfreiheit²⁸⁹ andererseits wird vielfach auf einen simplem Interessengegensatz reduziert: hier die Rechtsinhaber, die Anspruch auf »einen rechtmäßigen Gewinn«²⁹⁰ aus ihren Leistungen haben und dort die »Nutzer«, die Zugang zum Immaterialgut begehren. Der Wirklichkeit entspricht diese Vereinfachung nicht. Die beteiligten Interessen, denen ein Immaterialgüterrechtssystem gerecht werden muss, sind vielfältiger. Aufgabe von Rechtsprechung²⁹¹ und - vor allem - der Rechtswissenschaft ist es, zu differenzieren.²⁹² Die verführerische Einfachheit des Interessenkonflikts: Rechtsinhaber gegen Nutzer muss von einer Interessenanalyse abgelöst werden, die alle Beteiligten und deren verständige Standpunkte gleichermaßen in den Blick nimmt. Das ist notgedrungen kompliziert und verbietet schnelle Lösungen. Man denke nur an die Interessenkollisionen bei den verwandten Schutzrechten.²⁹³ Das Recht muss beispielsweise im Interpretenrecht die Interessen von Urhebern, ausübenden Künstlern, Verwertern und den Nutzern ausgleichen.²⁹⁴ Sogar darin liegt noch eine Vereinfachung, weil es »den Nutzer« als solchen nicht gibt: der eine Nutzer will das Immaterialgut »lediglich« konsumieren, der andere verwendet es, um mit seiner Hilfe eine eigene, zusätzliche Leistung zu erbringen und der dritte verwendet es als Bestandteil seiner eigenen Kommunikation.²⁹⁵

Eine weitere unzulässige Vereinfachung in der Analyse des hier vom Gesetzgeber zu lösenden Konflikts besteht darin, die Positionen der vielschichtigen Nutzergruppen undifferen-

²⁸⁷ *EuGH*, UrT. v. 29.1.2008, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 68.

²⁸⁸ Dazu der Beitrag von *Peukert* in diesem Band.

²⁸⁹ Vgl. dazu *PEIFER*, UFITA 2007, 327.

²⁹⁰ Erwgr. (2) RL 2004/48/EG.

²⁹¹ Zwei gegläuckte Beispiele: BGHZ 151, 300 (311-12) - Elektronischer Pressespiegel; BVerfGE 81, 12 (17-18).

²⁹² Dazu *HILTY*, GRUR 2005, 819 (822-823); *HILTY*, ZUM 2003, 985 (985-991); *HILTY*, Sündenbock Urheberrecht?, in: *OHLY/KLIPPEL* (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 113-19; *HILTY*, Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht in: FS Schrickler, 2005, 325; zum U.S.-amerikanischen Recht siehe *LEMELY*, S. Cal. L. Rev. (68) 1995, 1239, 1275-79 (1995).

²⁹³ Siehe BVerfGE 81, 12 (17-18).

²⁹⁴ Vgl. *GRÜNBERGER*, Das Interpretenrecht, 2006, 38-43.

²⁹⁵ Vgl. *HILTY*, Sündenbock Urheberrecht?, in: *OHLY/KLIPPEL* (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, 117-19; siehe auch *WALDRON*, 68 Chi.-Kent L. Rev. 841, 887 (1993).

ziert als »Interessen der Allgemeinheit« zu bezeichnen. Die urheberrechtlichen Schrankenregelungen werden etwa traditionell damit erklärt, die Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen.²⁹⁶ Zum wiederholten Male zeigt sich hier die verführerische Kraft der Rhetorik: auf der einen Seite stehen Rechte, auf der anderen lediglich »Interessen«. Kommt es zum Konflikt, wiegt das »Recht« im Zweifel stärker. Diese Semantik ist dogmatisch nicht überzeugend. Die urheberrechtlichen Schranken dienen nicht pauschal nur »Allgemeininteressen«. Die Schranken können vielmehr als das von den gesetzgebenden Institutionen gewählte Mittel verstanden werden, die zugunsten der Nutzer bestehenden Schutzpflichten zu verwirklichen.²⁹⁷ Wenn man die Allgemeininteressen auch als grundrechtlich geschützte Verhaltensweisen absichern kann, erwächst den Nutzern ein Schutzrecht gegenüber dem Staat, das er bei der Ausgestaltung der Immaterialgüterordnung zu berücksichtigen hat.²⁹⁸ Verfassungsdogmatisch korrespondiert der Schutzpflicht des Normadressaten ein subjektiv-öffentliches Recht des Grundrechtsträgers.²⁹⁹ Wegen des großen Spielraums bei der Verwirklichung dieser Pflichten müssen die gesetzgebenden Institutionen diese Grundrechtsposition auf der Ebene des einfachen Rechts nicht zwingend als subjektives Recht ausgestalten. Deshalb ist es eine zivilrechtsdogmatische Frage, ob die Privatkopieschranke ein subjektives Recht des Nutzers beinhaltet oder nicht.³⁰⁰ Grundrechtsdogmatisch besteht dagegen ein Anspruch, sowohl bei der Ausgestaltung des Urheberrechts wie auch bei seiner Auslegung darauf zu achten, die grundrechtlich gesicherten Interessen der Nutzer zu berücksichtigen. Dann muss man von einem prinzipiellen Gleichrang der Rechte ausgehen,³⁰¹ was sich auf die Ausgestaltung der Urheberrechtsordnung entscheidend auswirkt.³⁰² Für die Auslegung der Schrankenbestimmungen kommt es nämlich ganz entscheidend darauf an, welches Gewicht man den damit geschützten, teilweise verfassungsrechtlich fundierten, Interessen beimisst.³⁰³

²⁹⁶ Statt vieler MELICHAR in: Schrickler, UrhG, 3. Aufl., 2006, Vor §§ 44aff. Rn. 4

²⁹⁷ GEIGER, GRUR Int. 2004, 815 (818 f.).

²⁹⁸ Siehe SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2007 Rn. 87d, 481c; ARLT, CR 2005, 646 (648-650) jeweils zur mangelnden Durchsetzbarkeit der Privatkopieschranke gegen DRM-Maßnahmen.

²⁹⁹ CALLIES, JZ 2006, 321 (329).

³⁰⁰ Verneinend etwa REINBACHER, Die Strafbarkeit der Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke zu privaten Gebrauch nach dem Urheberrechtsgesetz, 2007, 172-74; SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2007 Rn. 87d m. w. N; unklar dagegen GEIGER, GRUR Int. 2004, 815 (818).

³⁰¹ GEIGER, 37 "Constitutionalizing" Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union 341, 386-88 (2006).

³⁰² Siehe zum paradigmatischen Fall der Privatkopie überzeugend BERGMANN, Die Zulassung der privaten Vervielfältigung durch § 53 UrhG - unvermeidbares Übel oder angemessener Interessenausgleich? in: FS Ullmann, 2006, 24-25; vgl. auch GEIGER, GRUR Int. 2004, 821 zum Gleichgewicht im Urheberrecht.

³⁰³ Siehe BGH, GRUR 2005, 670 (670) - Wirtschaftswoche m.w.N.

3. Rechtsdurchsetzung im Urheberrecht - Ein Problem und seine Lösungsansätze

3.1 Der weite Schutzbereich des Urheberrechts

Die Zulässigkeit und Reichweite der Privatkopie eignet sich für eine grundrechtsdogmatisch beeinflusste Analyse des Interessenausgleichs in besonderer Weise.³⁰⁴ Sie steht im Kreuzfeuer der rechtspolitischen Diskussion im Urheberrecht.³⁰⁵ Das verwundert nicht. Der maßgebliche Grund dafür liegt in einer Wesensverschiedenheit des Urheberrechts (und der verwandten Schutzrechte) zu den sonstigen Immaterialgüterrechten des Gewerblichen Rechtsschutzes und des lauterkeitsrechtlichen ergänzenden Leistungsschutzes: seinem weiten Schutzbereich. Die Rechte aus dem Patent³⁰⁶, Geschmacks-³⁰⁷ und Gebrauchsmuster³⁰⁸, Sortenschutz³⁰⁹ sowie dem Topographieschutz von Halbleitern³¹⁰ können nicht gegen »Handlungen, die im privaten Bereich zu nicht gewerblichen Zwecken vorgenommen werden« geltend gemacht werden. Das Markenrecht schützt nur gegen eine unerlaubte Verwendung »im geschäftlichen Verkehr«.³¹¹ Ein Zeichen wird im geschäftlichen Verkehr benutzt, wenn die Benutzung im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich erfolgt.³¹² Lauterkeitsrechtliche Ansprüche setzen immer eine Wettbewerbshandlung voraus,³¹³ die legaldefiniert ist als »Handlung [...] mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz [...] zu fördern«³¹⁴. Erforderlich ist eine auf Dauer angelegte, selbständige wirtschaftliche Betätigung, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben.³¹⁵ Der Schutzbereich dieser Immaterialgüterrechte und des angrenzenden Lauterkeitsrechts ist also auf gewerbliche Handlungen beschränkt. Private Handlungen sind aus dem Schutzbereich grundsätzlich ausgeschlossen. Damit kommt der Ab-

³⁰⁴ Siehe GEIGER, The Private Copy Exception, an Area of Freedom (Temporarily) Preserved in the Digital Environment (37) 2006, 74 (2006); ARLT, CR 2005, 646.

³⁰⁵ Vgl. die Zusammenfassung der unterschiedlichen Interessenpositionen im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zum »Zweiten Korb«, BT-Drs. 16/18-21.

³⁰⁶ § 11 Nr. 1 PatG.

³⁰⁷ § 40 Nr. 1 GeschMG; Art. 13 Abs. 1 lit. a RL 98/71/EG über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen; Art. 20 Abs. 1 lit. a. VO (EG) Nr. 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster.

³⁰⁸ § 12 Nr. 1 GebrMG.

³⁰⁹ § 10 Abs. 1 Nr. 1 SortenSchG.

³¹⁰ § 6 Abs. 2 Nr. 1 HalblSchG mit einer geringfügigen Änderung: Handlungen, die im privaten Bereich zu nichtgeschäftlichen Zwecken vorgenommen werden.

³¹¹ § 14 Abs. 2 MarkenG.

³¹² EuGH, UrT. v. 12.11.2002, Rs. C-206/01 - Arsenal Football Club / Reed, Slg. 2002, I-10273 Rn. 40.

³¹³ § 8 UWG iVm § 3 UWG.

³¹⁴ § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

³¹⁵ KÖHLER in: Hefermehl/Bornkamm/Köhler, UWG, § 2 Rn. 8.

grenzung der beiden Handlungssphären gewerblich/geschäftlich und privat eine entscheidende Bedeutung zu.

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang die Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofs zu Markenverletzungen bei Internetversteigerungen. Sie zeigt, dass an den »geschäftlichen Verkehr« keine hohen Anforderungen gestellt werden.³¹⁶ Andererseits bleiben private Handlungen außerhalb des Anwendungsbereichs. Maßgeblich für das Handeln im geschäftlichen Verkehr sei die erkennbar nach außen tretende Zielrichtung des Handelnden.³¹⁷ Wird eine Ware einer Vielzahl von Personen zum Kauf angeboten, verlässt der Käufer alleine deshalb noch nicht den privaten Bereich.³¹⁸ Als Beispiel dient dem Gericht derjenige, der anlässlich eines Umzugs in eine kleinere Wohnung eine Vielzahl verschiedener Gegenstände über eine Internetplattform zum Verkauf anbietet.³¹⁹ Nicht überzeugend war es dagegen, allein aus der Anzahl erfolgter Verkäufe - im konkreten Fall waren es 59 *feedbacks* - auf ein geschäftliches Handeln zu schließen.³²⁰ Wer eine Wohnung auflöst, erreicht recht schnell die Zahl von 59 Auktionen und handelt deshalb richtigerweise nicht im geschäftlichen Verkehr. Anders verhält es sich, wenn man 771 Bewertungen in fünf Jahren erhält.³²¹ Ein weiteres Indiz ist es, wenn ein Anbieter wiederholt mit gleichartigen, insbesondere auch neuen Gegenständen handelt.³²² Auch wenn ein Anbieter von ihm zum Kauf angebotene Gegenstände erst kurz zuvor erworben hat, spricht dies für eine entsprechende Gewinnerzielungsabsicht und damit für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr.³²³ Schließlich deutet auch die Tatsache, dass der Anbieter ansonsten gewerblich tätig ist, auf eine geschäftliche Tätigkeit hin.³²⁴ In der Summe kommt es also auf die Umstände des Einzelfalls an.³²⁵

Der Schutzbereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte erfasst dagegen Nutzungshandlungen in der Privatsphäre. »Schutzobjekt des Urheberrechts ist ein immaterielles Gut, das seiner wesensgemäßen Zweckbestimmung nach in der Regel vorwiegend dem geistigen oder ästhetischen Genuß des einzelnen dient, der seiner Natur nach bei vielen Geisteswerken ausschließlich im rein privaten Bereich stattfindet.«³²⁶ Es ist kein Zufall,

³¹⁶ BGHZ 158, 236 (249) - Internetversteigerung; *HACKER* in: Ströbele/Hacker, MarkenG, § 14 Rn. 27.

³¹⁷ BGHZ 149, 191 (197) - shell.de.

³¹⁸ BGH, GRUR 2007, 708 (711) - Internetversteigerung II.

³¹⁹ BGH, GRUR 2007, 708 (711) - Internetversteigerung II.

³²⁰ BGHZ 158, 236 (249) - Internetversteigerung.

³²¹ OLG Frankfurt, GRUR-RR 2006, 48 (49) - Cartier als Suchbegriff.

³²² BGH, GRUR 2007, 708 (711) - Internetversteigerung II.

³²³ BGHZ 158, 236 (249) - Internetversteigerung.

³²⁴ BGH, GRUR 2007, 708 (711) - Internetversteigerung II.

³²⁵ SEICHTER, VuR 2007, 291 (292).

³²⁶ BGH, I ZR 8/54 266 (278) - Grundig-Reporter.

dass ein Grundsatz der Urheberrechtsfreiheit der Privatsphäre zu einem Zeitpunkt erstmals intensiv diskutiert und seitdem fast einhellig abgelehnt wurde³²⁷, als »die Technik es dem einzelnen ermöglicht[e], ohne besondere Kosten und Mühen Werkstücke im häuslichen Bereich selbst herzustellen, die einen einwandfreien Werkgenuß vermitteln und den gewerblich hergestellten Vervielfältigungsstücken gleichwertig sind.«³²⁸ Mit dem technischen Fortschritt fallen die bis dahin wirksamen faktisch wirkenden Vervielfältigungsschranken weg und ermöglichen es dem privaten Nutzer den Bedarf durch selbst hergestellte Vervielfältigungsstücke zu decken. Damit »wird den Werkmittlern ein Teil ihres Marktes entzogen.«³²⁹ Das Urheberrecht unterscheidet daher zwischen der Benutzung eines Werkes³³⁰, die kein urheberrechtsrelevanter Vorgang ist³³¹ und den Nutzungshandlungen, die dem Werkgenuss vorgelagert sind und diesen erst ermöglichen.³³² Der Bereich des freien Werkgenusses schrumpft bei digitalen Übertragungsvorgängen und dem Einsatz von DRM-Systemen zur Nutzungssteuerung erheblich zusammen, weil bei ersteren immer eine Vervielfältigungshandlungen erfolgt und letztere vor Umgehungsmaßnahmen gesichert sind.³³³

Sofern kein urheberrechtlich relevanter Werkgenuss vorliegt, klingt in der Privilegierung der Privatkopie eine Parallele mit den sonstigen gewerblichen Schutzrechten an: die in § 53 Abs. 1 UrhG verwendeten Begriffe (*privater Gebrauch, keinen Erwerbszwecken dienend*) erinnern an den uns bekannten Ausschluss von Handlungen im privaten Bereich zu nicht gewerblichen Zwecken bei gewerblichen Schutzrechten. Diese Parallele ist allerdings irreführend. § 53 UrhG ist im Kontext zu den §§ 54 ff. UrhG zu lesen. Daraus folgt, dass jedenfalls mittelbar der Endbenutzer die Vergütung zu tragen hat, die an die Stelle des insoweit eingeschränkten Ausschließlichkeitsrechts tritt. Man spricht daher plastisch vom »Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers«.³³⁴

Alle sonstigen Verwertungshandlungen setzen dagegen einen Öffentlichkeitsbezug vor-

³²⁷ BORNKAMM, BB 1984, 2227 (2228-2229); BORNKAMM, BB 1985, 1099 f.; SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2007 Rn. 373; SCHRICKER/KATZENBERGER, GRUR 1985, 87 (95-96, 105-106); VON UNGERN-STERNBERG in: Schricker, UrhG, § 15 Rn. 13; aA SACK, BB 1985, 621 (622); SACK, BB-Beilage (15) 1984, 1 (8-13).

³²⁸ BGH, I ZR 8/54 266 (280) - Grundig-Reporter.

³²⁹ SCHRICKER/KATZENBERGER, GRUR 1985, 87 (95); vgl. auch BVerfGE 31, 255 (265)

³³⁰ Gleiches gilt für die Schutzgegenstände der verwandten Schutzrechte.

³³¹ BGHZ 112, 264 (278) - Betriebssystem, aA SCHULZE in: Kommentar, 2. Aufl., 2006, § 15 Rn. 20 (grundsätzlich erfasst, aber vom Gesetzgeber freigestellt).

³³² SCHRICKER/KATZENBERGER, GRUR 1985, 87 (106); VON UNGERN-STERNBERG in: Schricker, UrhG, § 15 Rn. 11; grundlegend schon BGH, I ZR 8/54 266 (279-281) - Grundig-Reporter.

³³³ PEUKERT, Schutzbereich des Urheberrechts, in: HILTY/PEUKER (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, 35-41.

³³⁴ BVerfGE 31, 229 (269); REHBINDER, Urheberrecht, 2006 Rn. 299 f.; kritisch zum Begriff VON UNGERN-STERNBERG in: Schricker, UrhG, § 15 Rn. 12.

aus.³³⁵ Das bedeutet allerdings nicht, dass private Nutzungshandlungen außerhalb des Schutzbereichs liegen. Das hat der Europäische Gerichtshof in jüngster Zeit verdeutlicht. Im Ausgangsrechtsstreit wurde darum gestritten, ob das Aufstellen von Fernsehgeräten in Hotelzimmern zur Verbreitung von Hintergrundmusik eine öffentliche Wiedergabe i. S. v. Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG ist.³³⁶ Der Gerichtshof ist der Auffassung, dass eine solche vorliegt, wenn Signale mittels der Fernsehapparate in den Hotelzimmern verbreitet werden.³³⁷ Dabei ist es unerheblich, dass im jeweils aktuellen Fall nur ein Zimmerbewohner vorhanden ist. Entscheidend sei die kumulative Wirkung, dass diese Signale einer unbestimmten Vielzahl von potentiellen Adressaten zugänglich gemacht werden.³³⁸ Es ist danach auf die Gesamtheit der Gäste abzustellen, eine räumliche Verbindung der Adressaten ist nicht maßgeblich.³³⁹ Den dagegen erhobenen Einwand, es liege eine Wiedergabe in einer privaten Sphäre - dem Hotelzimmer - vor, die von der Wiedergabe an öffentlichen Orten zu unterscheiden sei,³⁴⁰ wies der Gerichtshof zurück. Aus dem Wortlaut der Richtlinie und des Art. 8 WCT folge, dass es unerheblich sei, ob es sich beim Ort der Wiedergabe um einen privaten oder um einen öffentlichen Ort handelt.³⁴¹ Ansonsten würde insbesondere das dort geregelte Recht der öffentlichen Zugänglichmachung³⁴² leer laufen, weil damit die Wiedergabe gerade an privaten Orten erfasst werden sollte.³⁴³

3.2 Eine kommunikative Konzeption von Privatsphäre im Urheberrecht

Die Privatsphäre ist allgemein zu verstehen als der Bereich, zu dem der Zugang nur von der jeweilig berechtigten Person nach ihren selbstbestimmten und nicht rechtfertigungsbedürftigen Maßstäben kontrolliert wird.³⁴⁴ Dieser Bereich kann im Prinzip räumlich verstanden werden, wie es für den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG typisch ist.³⁴⁵ Dem geltenden Urheberrecht ist eine ausschließlich räumliche Konzeption fremd. Das gilt zum einen, weil es in § 16 UrhG Verwertungsvorgänge in der räumlich verstandenen Privatsphäre erfasst.³⁴⁶

³³⁵ §§ 17, 15 Abs. 2, 18-20, 21-22, 23 S. 1 (sofern man darin - wie etwa SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2007 Rn. 376 ein Verwertungsrecht sieht, was umstritten ist, vgl. LOEWENHEIM in: Schricker, UrhG, § 23 Rn. 1.

³³⁶ EUGH, Urt. v. 7.12.2006 (I) 2006, 11519 Rn. 20-23.

³³⁷ EUGH, Urt. v. 7.12.2006 (I) 2006, 11519 Rn. 47.

³³⁸ EUGH, Urt. v. 7.12.2006 (I) 2006, 11519 Rn. 39.

³³⁹ GA Sharpston, Schlussanträge v. 13.7.2006, Rs. C-306/05 - SGAE / Rafael Hoteles, Slg. 2006, I-11519 Rn. 55 unter Bezug auf PERGOLA, Schlussanträge v. 9.9.1999 (I) 2000, 629 Rn. 26.

³⁴⁰ EUGH, Urt. v. 7.12.2006 (I) 2006, 11519 Rn. 49.

³⁴¹ EUGH, Urt. v. 7.12.2006 (I) 2006, 11519 Rn. 50.

³⁴² § 19a UrhG.

³⁴³ EUGH, Urt. v. 7.12.2006 (I) 2006, 11519 Rn. 51.

³⁴⁴ Grundlegend zur Konzeption des Privaten als Zugangskontrolle RÖSSLER, Der Wert des Privaten, 2001.

³⁴⁵ Vgl. statt aller JARASS in: Jarass/Pieroth, 2007, Art. 13 Rn. 1 m. w. N.

³⁴⁶ Siehe GA Sharpston, Schlussanträge v. 13.7.2006, Rs. C-306/05 - SGAE / Rafael Hoteles, Slg.

Zum anderen ist der private oder öffentliche Charakter des Orts der Vervielfältigungshandlung im Rahmen des § 53 Abs. 1 UrhG unerheblich.³⁴⁷ Schließlich ist es auch für die Subsumtion unter § 19a UrhG irrelevant, an welchem Ort das öffentlich zugänglich gemachte Werk abgerufen wird.³⁴⁸

Notwendig ist daher eine Konzeption der Privatsphäre im Urheberrecht, die den Kommunikationsaspekt berücksichtigt. Ob eine Vervielfältigung unter die Privatkopieschranke fällt, hängt allein von dem damit verfolgten Zweck ab.³⁴⁹ Der Zweck der Vervielfältigung kann wie bei jeder Verwertung nur darin bestehen, sich selbst oder anderen Personen Zugang zum Immaterialgut zu schaffen, damit dieses zum Gegenstand eigener oder fremder Kommunikation wird. Dabei wird hier ein weites Verständnis von Kommunikation vertreten. Kommunikation wird hier nicht beschränkt auf den zwischenmenschlichen Prozess mit zwei oder mehreren Kommunikationspartnern. Ich verstehe darunter auch die Prozesse innerhalb einer Person, die innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck bringen. Die »Auseinandersetzung mit dem eigenen Ich«³⁵⁰ und »Einsamkeit des Selbstgesprächs«³⁵¹ sind Kommunikationsvorgänge. Dienen die genannten Kommunikationsprozesse privaten Zwecken, sind sie urheberrechtlich privilegiert. Daraus ist die Konsequenz zu ziehen, dass das Urheberrecht von einer *kommunikativen Konzeption* der Privatsphäre geprägt ist: Privatsphäre ist überall dort, wo der Gegenstand des Kommunikationsvorgang nicht geschäftlichen oder gewerblichen Zwecken dient.

Diese Konzeption bietet eine Alternative zum herkömmlichen Verständnis der Privatkopieschranke. Danach sei die Privatkopie zugelassen worden, weil ein Verbot mangels effektiver Durchsetzbarkeit nutzlos gewesen sei.³⁵² Diese Interpretation ist historisch nicht haltbar.³⁵³ Sie vernachlässigt den schon immer tragenden Gesichtspunkt, dass der Urheber mit der Veröffentlichung sein Werk in den Kommunikationsprozess entlassen hat und es damit un-

2006, I-11519 Rn. 66; *PERGOLA*, Schlussanträge v. 9.9.1999 (I) 2000, 629 Rn. 23: keine räumliche Trennlinie zwischen privat und öffentlich.

³⁴⁷ OLG München, GRUR-RR 2003, 365 (366) - CD-Münzkopierautomaten; vgl. auch *REINBACHER*, Die Strafbarkeit der Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke zu privaten Gebrauch nach dem Urheberrechtsgesetz, 2007, 181-82; *LOEWENHEIM* in: Schricker, UrhG, § 53 Rn. 12.

³⁴⁸ *EUGH*, Urt. v. 7.12.2006 (I) 2006, 11519 Rn. 49-51.

³⁴⁹ OLG München, GRUR-RR 2003, 365 (366) - CD-Münzkopierautomaten; vgl. auch *REINBACHER*, Die Strafbarkeit der Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke zu privaten Gebrauch nach dem Urheberrechtsgesetz, 2007, 181-82; *LOEWENHEIM* in: Schricker, UrhG, § 53 Rn. 12.

³⁵⁰ BVerfGE 80, 367 (381).

³⁵¹ BVerfGE 80, 367 (381).

³⁵² Exemplarisch der Regierungsentwurf zum »Zweiten Korb«, BT-Drs. 16/1828, S. 20; *BORNKAMM*, ZUM 2003, 1010 (1012); *SCHACK*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2007 Rn. 494.

³⁵³ Dazu *BERGMANN*, FS Ullmann, 2006, 26-35.

ter die Sozialpflichtigkeit des Eigentums fällt.³⁵⁴ Sie vernachlässigt aber auch die Schutzwürdigkeit privater Kommunikationsvorgänge.

Mit dem hier vorgestellten Ansatz kann dagegen der Grundsatz, dass der reine Werkgenuss urheberrechtlich nicht erfasst wird, überzeugend erklärt werden. Wäre er urheberrechtlich erfasst, würde damit zugleich das Nutzungsverhalten - und damit persönliche Lebenssachverhalte - der betroffenen Personen Dritten gegenüber offengelegt. Darin läge ein Eingriff in das »Recht auf informationelle Selbstbestimmung«, einem Spezialfall des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts.³⁵⁵ Gemeinschaftsrechtlich fällt dieses Verhalten in den Schutzbereich der Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und des Schutzes personenbezogener Daten.³⁵⁶ Dieser Eingriff wäre unverhältnismäßig, weil der eigentumsrechtliche Schutz der Rechtsinhaber ausreichend gewährleistet ist, indem die dem Werkgenuss vorausgehenden Nutzungshandlungen erfasst werden.³⁵⁷ Das »Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers«³⁵⁸ kann also als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips verstanden werden, mit dem die Privatsphäre der Nutzer einerseits und die Vermögensinteressen der Rechtsinhaber andererseits abgewogen werden: (1.) der reine Werkgenuss bleibt unberücksichtigt, (2.) das UrhG knüpft an die Verwertungshandlungen im Vorfeld an, (3.) sofern dabei auch Handlungen in der Privatsphäre erfasst werden - wie bei der Vervielfältigung - wird eine Schranke errichtet, die die Privatsphäre vor dem Zugriff der Rechtsinhaber abschirmt. Die Privatkopiefreiheit hat nach der hier vertretenen Konzeption die Aufgabe, urheberrechtliche Ansprüche direkt gegen den Verbraucher auszuschließen, wenn die Vervielfältigungen Kommunikationsvorgänge ermöglichen, die dem »privaten Bereich« zuzuordnen sind und keinen Erwerbszwecken dienen. Die den Verbraucher mittelbar treffende Vergütungspflicht wahrt nämlich dessen Privatsphäre vor einer Überwachung durch die Rechtsinhaber, während andererseits die geschützten Urheber an der damit ermöglichten erlaubnisfreien Verwertung zweifach partizipieren: einmal, indem ihr Interesse

³⁵⁴ Dazu BGHZ 134, 250 (263) - CB-infobank I.

³⁵⁵ BVerfGE 65, 1 (41-43). Zur Wirkung im Privatrechtsverhältnis zuletzt BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 2006, 46-58 m. w. N. Zum gemeinschaftsrechtlichen Grundrecht auf Schutz des Privatlebens und der personenbezogenen Daten siehe zuletzt *EuGH*, UrT. v. 29.1.2008, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 63-64 und *GA Kokott*, Schlussanträge v. 18.7.2007, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 51-54 jew. m. w. N.

³⁵⁶ Vgl. Art. 7 und 8 Grundrechtecharta, ABl. C 2007, 303/4. Zur Verankerung im geltenden Gemeinschaftsrecht siehe zuletzt *EuGH*, UrT. v. 29.1.2008, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 63-64 und *GA Kokott*, Schlussanträge v. 18.7.2007, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 51-54 jew. m. w. N.

³⁵⁷ Vgl. BVerfGE 81, 12 (19): »Die private Kopiertätigkeit ließe sich nur mit einem unverhältnismäßigen Eingriff in den häuslichen Lebensbereich kontrollieren oder verhindern.«

³⁵⁸ BVerfGE 31, 255 (266).

an einer möglichst weiten Verbreitung ihrer Werke gefördert wird und, zum zweiten, indem sie dafür vergütet werden. Geschützt wird damit die Privatsphäre des Vervielfältigenden in Abgrenzung zu seiner beruflichen oder zur öffentlichen Sphäre.³⁵⁹ Diese partizipieren an dem Schutz nicht mehr, weil sich der Nutzer bei den damit zusammenhängenden Lebenssachverhalten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltet und sein Nutzungsverhalten ihm damit nicht mehr ausschließlich zuzuordnen ist.³⁶⁰

3.3 Private Kommunikation über öffentliche Distributionskanäle

Dieses System kommt an seine inhärenten Grenzen bei Kommunikationsvorgängen in der Informationsgesellschaft. Für diese ist charakteristisch, dass Kommunikationsinhalte, die man der privaten/nicht gewerblichen Sphäre zuordnen kann, über öffentliche Distributionskanäle laufen. Typisch dafür ist das Anbieten von Sachen auf Internetversteigerungsplattformen wie ebay. Oder die Nutzung von *file sharing* Systemen zur Verbreitung von digitalisierten Inhalten. Dabei wird die Ware oder das Immaterialgut einer unbestimmten Vielzahl von Personen - der Öffentlichkeit - zum Kauf angeboten, ohne dass der Vorgang allein deshalb zu einem nicht privaten wird.³⁶¹ Das zeigt, dass sich die Begriffe Privatsphäre und Öffentlichkeit bei der Benutzung öffentlich zugänglicher Distributionskanäle nicht gegenseitig ausschließen.

Die urheberrechtlichen Konsequenzen davon sind beträchtlich: Jede Kommunikation über das Internet³⁶², unter Einbeziehung urheberrechtlich geschützter Werke oder Leistungsgegenstände, zwischen privaten Akteuren, die nicht gewerblich handeln, verletzt das ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung. Anders als im Fall des Vervielfältigungsrechts greift hier auch keine Schranke zugunsten privaten Handelns ein. Das lässt sich folgerichtig damit erklären, dass die privaten Vervielfältigungshandlungen auch nur erlaubt sind, solange ein öffentlicher Bezug nicht gegeben ist: (1.) Vervielfältigungsexemplare, die in der Absicht hergestellt wurden, sie öffentlich zu verbreiten, fallen nicht unter § 53 Abs. 1 UrhG.³⁶³ (2.) § 53 Abs. 6 UrhG schließt die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe zulässig hergestellter Kopien aus.³⁶⁴ (3.) Die offensichtlich rechtswidrige öffentliche Zu-

³⁵⁹ Siehe REINBACHER, Die Strafbarkeit der Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke zu privaten Gebrauch nach dem Urheberrechtsgesetz, 2007, 188.

³⁶⁰ Zu diesen Erwägungen BVerfGE 65, 1 (44).

³⁶¹ Vgl. GA Kokott, Schlussanträge v. 18.7.2007, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 106 zum privaten *file sharing*

³⁶² Zum Problem der E-Mail-Kommunikation siehe BULLINGER in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 2. Aufl., 2006, § 19a Rn. 31; DREIER in: Kommentar, § 19a Rn. 7.

³⁶³ LÜFT in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 2. Aufl., 2006, § 53 Rn. 43; DREIER in: Kommentar, § 53 Rn. 53.

³⁶⁴ Statt aller LOEWENHEIM in: Schricker, UrhG, § 53 Rn. 55.

gänglichmachung³⁶⁵ in § 53 Abs. 1 UrhG n. F. schließt eine rechtmäßige Privatkopie aus.

Wer also auf seiner Website, mit der er private Kommunikationzwecke verfolgt, urheberrechtlich geschütztes Material - etwa einen Stadtplanausschnitt³⁶⁶ - ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers nutzt, setzt sich Ansprüchen des Rechtsinhabers aus § 97 UrhG aus. Wer dagegen dasselbe Material kopiert und zusammen mit einer Geburtstageinladung als Brief oder E-Mail³⁶⁷ an seine Freunde verschickt, handelt rechtmäßig. Die unterschiedliche Behandlung dieser Sachverhalte kann damit gerechtfertigt werden, dass im ersten Fall das Werk zumindest theoretisch einem grundsätzlich unbeschränkten Personenkreis zugänglich gemacht wird, während im zweiten Fall der Adressatenkreis beschränkt ist. Über den rechtspolitischen Sinn dieser Unterscheidung kann man durchaus unterschiedlicher Meinung sein. Zum Akzeptanzproblem für das Urheberrechtssystem im Ganzen führen solche Sachverhalte allerdings dann, wenn im Zusammenspiel mit den im Immaterialgüterrecht praktizierten Streitwertberechnungen aus einer marginal erscheinenden Urheberrechtsverletzung eine erhebliche Kostenbelastung des Verletzers folgt.

Exemplarisch dafür ist ein vom AG Hamburg entschiedener Fall.³⁶⁸ Der 17jährige Mario Alka³⁶⁹ stellte 2005 neun urheberrechtlich geschützte Fotos in eine Bildergalerie auf seiner privaten Website, ohne sich vorher um eine Erlaubnis dafür zu bemühen. Damit verletzte er unter anderem das Verwertungsrecht aus § 19a UrhG³⁷⁰. Eine tatbestandsausschließende Schrankenregelung ist nicht gegeben. Nach erfolgter Abmahnung durch die Inhaberin der ausschließlichen Nutzungsrechte gab er eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Im Verfahren hat das AG Hamburg der Rechtsinhaberin Schadensersatz i.H. v. 2.275,- € und 1.099,- € Kostenersatz für die Abmahnung zugesprochen.

Der Fall macht die Grenzen des gegenwärtigen Systems deutlich. Mit § 19a UrhG sieht es auf der ersten Systemstufe ein weitreichendes Verwertungsrechts zugunsten der Rechtsinhaber (Urheber, Leistungsschutzberechtigte oder Inhaber von ausschließlichen Nutzungsrechten) vor. Eine andere als die gewählte Fassung des Verwertungsrechts verbietet sich aber, wenn man die hier in Betracht kommenden Verwertungshandlungen mit ihren signifi-

³⁶⁵ Dazu, dass sich »offensichtlich rechtswidrig« auch auf die öffentliche Zugänglichmachung bezieht, vgl. Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/1828, S. 26.

³⁶⁶ Zur Schutzfähigkeit siehe BGHZ 139, 68 (70-72) - Stadtplanwerk.

³⁶⁷ Das Verhalten ist unter § 53 Abs. 1 UrhG zu subsumieren, § 53 Abs. 6 greift nicht, vgl. REINBACHER, Die Strafbarkeit der Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke zu privaten Gebrauch nach dem Urheberrechtsgesetz, 2007, 209-209 m. w. N.

³⁶⁸ AG Hamburg, ZUM 2006, 586.

³⁶⁹ Siehe die Angaben unter <http://www.to-you.de/Impressum-406.html?t=1> (zuletzt besucht am 18.1.2008)

³⁷⁰ AG Hamburg, ZUM 2006, 586 (587).

kanten ökonomischen Auswirkungen sowohl für die Urheber als auch für die Leistungsberechtigten³⁷¹ erfassen will.

Eine auf zweiter Stufe angesiedelte Schranke zugunsten des privaten Gebrauchs ist im UrhG nicht vorgesehen und eine Einführung von der Richtlinie 2001/29/EG ausgeschlossen.³⁷² Rechtspolitisch wird die Einführung einer sog. »content flatrate« diskutiert, bei der es sich im Ergebnis um ein vergütungspflichtiges, gesetzliches Nutzungsrecht und zugleich um eine Schranke von § 19a UrhG handelt.³⁷³ Ein grundsätzlich anderes Schrankenmodell könnte nach dem Vorbild des U.S.-amerikanischen Rechts auf einer Generalklausel (*fair use*) aufbauen.³⁷⁴ Beide Vorschläge lassen sich auf nationaler Ebene *de lege lata* wegen der in Art. 5 der Richtlinie 2001/29/EG verfolgten Konzeption der abschließend aufgezählten Ausnahmetatbestände³⁷⁵ nicht verwirklichen. Hier dürfte der erste Schwachpunkt des Systems zu finden sein. Es ist gegenwärtig nicht in der Lage, ökonomisch und urheberpersönlichkeitsrechtlich relevante Verletzungshandlungen - wie etwa das *file sharing* geschützter Gegenstände - von solchen Handlungen zu unterscheiden, die der eigenen privaten Kommunikation dienen und keine wesentlichen nachteiligen Auswirkungen auf den potentiellen Markt für das Immaterialgut haben.

Dieses Versagen setzt sich auf der dritten Systemstufe, der Rechtsdurchsetzung fort. Dort ist sinnvollerweise zwischen primären und sekundären Rechtsfolgen zu unterscheiden. Zu den primären zähle ich im hier relevanten Bereich privater Verletzungshandlungen die Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz, in den sekundären Bereich fallen dagegen die Erstattung der Kosten für die Abmahnung. Wenn eine Verletzung des Verwertungsrechts gegeben ist und keine Schranken eingreifen, dann besteht grundsätzlich ein Unterlassungsanspruch. Wird daraufhin eine berechtigte Abmahnung erteilt, kann der Abmahnende die Kosten dieser Rechtsverfolgung vom Verletzer - auch wenn dieser schuldlos gehandelt hat - erstattet verlangen.³⁷⁶ Damit verändert sich auf letzter Stufe der Blickwinkel in entscheidender Weise: von der privaten Verletzungshandlung zur Frage der Kostenlast. Zugleich müssen wir einen neuen Beteiligten im Interessengeflecht berücksichtigen: den Rechtsanwalt.

³⁷¹ Vgl. DREIER in: Kommentar, §19a Rn. 3 zur unterschiedlichen Rechtslage für diese Rechtsinhaber vor dem Inkrafttreten des § 19a UrhG.

³⁷² SPINDLER, JZ 2002, 6068-69).

³⁷³ Siehe RUNGE, GRUR Int. 2007, 130 (130-133).

³⁷⁴ Siehe 42 U.S.C. § 107; grundlegend dazu Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 34, 348 (1841) und aus neuerer Zeit Cambell v. Acuff-Rose Music, 510 U.S. 569 (1994); PATRY 4 PATRY ON COPYRIGHT, § 10 (2007).

³⁷⁵ REINBOTHE, GRUR Int. 2001, 733 (737).

³⁷⁶ Zur Anspruchsbegründung NORDEMANN, WRP 2005, 184.

3.4 Die tiefe Ebene der Streitwertberechnung

Die Höhe der Kosten hängt letztlich vom Gegenstandswert der anwaltlichen Tätigkeit ab.³⁷⁷ Maßgeblich sind hier die Grundsätze zur Streitwertbemessung bei Unterlassungsklagen.³⁷⁸ Ausschlaggebend ist das Interesse des Klägers, das er daran hat, weitere Verletzungen seiner Rechte zu unterbinden, wobei dem Grad der Interessengefährdung durch die Art und Weise des Verstoßes besondere Bedeutung zukommt.³⁷⁹ Die Gerichte tendieren dazu, die Streitwerte bzw. Gegenstandswerte bei Urheberrechtsverletzungen hoch anzusetzen:³⁸⁰ 30.000,- € für neun Fotografien, die auf einer privaten Website zugänglich gemacht wurden;³⁸¹ 10.000,- € für das file-sharing pro Musiktitel³⁸²; 10.000,- € für die öffentliche Zugänglichmachung eines Stadtplanausschnitts (auch wenn der Verletzte für eine unbefristete Lizenz nur 800,- € verlangt)³⁸³; 6.000,- € für die Verwendung von Lichtbildern von Parfumverpackungen beim Angebot solcher Waren im Internet.³⁸⁴

Die - im Vergleich zum eingetretenen Schaden - hohen Streitwerte werden regelmäßig mit dem damit einhergehenden Abschreckungseffekt gerechtfertigt: »Die Verteidigung von Urheberrechten beschränkt sich nicht auf das Verfolgungsinteresse innerhalb des jeweiligen (potenziellen) Lizenzverhältnisses.«³⁸⁵ Es sei ein wichtiges Anliegen der Allgemeinheit, die massenhafte Missachtung geistiger Schutzrechte zu unterbinden.³⁸⁶ »Der Urheber [hat] ein legitimes Interesse daran, dass in der Gesamtbevölkerung bzw. den speziellen Kreisen der Verletzer kein Zweifel über die Tatsache aufkommen kann, dass entdeckte Urheberrechtsverletzungen - sei es durch die Kosten einer vorgerichtlichen Abmahnung oder die Kosten eines gerichtlichen Rechtsstreits - empfindlich kostspielig werden können.«³⁸⁷ Das sei die Intention des PrPG gewesen, die auch gegenüber Rechtsverletzern, deren individueller Verstoß nicht sehr erheblich ist, zu berücksichtigen sei.³⁸⁸ Dem »verbreiteten leichtfertigen Umgang« mit Urheberrechten müsse entgegengewirkt werden.³⁸⁹

³⁷⁷ § 2 RVG.

³⁷⁸ Dazu TEPLITZKY, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., 2007, 747-63

³⁷⁹ BGH, Urt. v. 26.4.1990 1990, 342 (1053) - Streitwertbemessung (zum UWG).

³⁸⁰ KITZ, MMR 2007, 477.

³⁸¹ AG Hamburg, ZUM 2006, 586 (588).

³⁸² LG Köln, Urt. v. 18.7.2007 28 O 480/06 (juris).

³⁸³ KG Berlin, GRUR 2008, 88 - Stadtplanausschnitte.

³⁸⁴ LG Köln, Urt. v. 7.3.2007, 28 O 551/06 (juris).

³⁸⁵ OLG Hamburg, GRUR-RR 2004, 342 (343) - Kartenauschnitte.

³⁸⁶ OLG Hamburg, GRUR-RR 2004, 342 (343) - Kartenauschnitte; LG Köln, Urt. v. 7.3.2007, 28 O 551/06, Rn. 28 (juris).

³⁸⁷ OLG Hamburg, GRUR-RR 2004, 342 (343) - Kartenauschnitte.

³⁸⁸ OLG Hamburg, GRUR-RR 2004, 342 (343) - Kartenauschnitte; LG Köln, Urt. v. 7.3.2007, 28 O 551/06, Rn. 28 (juris).

³⁸⁹ KG Berlin, GRUR 2008, 88 - Stadtplanausschnitte.

Dieser Ansatz ist nicht nur »bedenklich«³⁹⁰, sondern falsch. »Generalpräventive Erwägungen können bei der Streitwertfestsetzung, die allein eine sachgerechte Grundlage für die Ermittlung der zu erhebenden Gerichtskosten und der den beteiligten Anwälten zustehenden Vergütung schaffen soll, keine Rolle spielen.«³⁹¹ Das für die Wertberechnung maßgebliche Interesse des Klägers kann sich nur darauf beziehen, weitere Rechtsverletzungen des Beklagten zu verhindern. Die Streitwertberechnung für das Unterlassungsbegehren kann sich nur auf dieses gegenseitige Rechtsverhältnis beziehen. Würde man tatsächlich bei der Streitwertbemessung innerhalb eines zivilprozessualen Verfahrens zwischen zwei Parteien das Verhalten Dritter berücksichtigen, wäre das in Art. 3 Abs. 1 GG wurzelnde Verbot der »prozessualen Waffengleichheit«³⁹² verletzt. Berücksichtigte man das Abschreckungsinteresse, würde man dem Verletzer zivilrechtlich ein Verhalten Dritter zurechnen, das er nicht beherrschen kann. »Sanktionen, die der Bestrafung und Abschreckung - also dem Schutz der Rechtsordnung im allgemeinen - dienen [fallen] nach deutscher Auffassung grundsätzlich unter das Strafmonopol des Staates.«³⁹³ Daran ändert auch die Durchsetzungsrichtlinie nichts, die abschreckende Maßnahmen und Rechtsbehelfe verlangt.³⁹⁴ Das zeigt sich daran, dass nach der Richtlinie generalpräventive Überlegungen bei der Berechnung des Schadensersatzes auszuscheiden haben.³⁹⁵ Es wäre dann ein Systemwiderspruch, sie bei der Berechnung des Streitwerts für die Unterlassungsklage zu berücksichtigen. Folgt man diesem Ansatz, bleibt es bei der naturgemäßen Unberechenbarkeit des Streitwerts/Gegenstandswerts *ex ante*. Jeder Versuch, stattdessen mit Regelstreitwerten zu arbeiten,³⁹⁶ ist fragwürdig, weil die damit einhergehende Pauschalierung nicht mit § 3 ZPO vereinbar ist. Selbst wenn man den hier vorgeschlagenen Argumenten folgt und die Streitwerte ausschließlich am konkreten Klägerinteresse bemisst, kann es zu einer hohen Kostenbelastung des privaten Rechtsverletzers kommen. Nach geltendem Recht lässt sich eine Reduzierung der Abmahnkosten - wenn auch auf Umwegen - erreichen. Liegen die in § 12 Abs. 4 UWG genannten Umstände vor, ist der Streitwert für Unterlassungsansprüche zu reduzieren. Das wirkt sich mittelbar auch auf die Abmahnkosten aus.³⁹⁷ § 12 Abs. 4 UWG ist auf urheber-

³⁹⁰ TEPLITZKY, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., 2007, 751.

³⁹¹ OLG Frankfurt, GRUR-RR 2005, 71 (72) - Toile Monogram.

³⁹² BVerfGE 74, 78 (92).

³⁹³ BGHZ 118, 312 (344).

³⁹⁴ Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2004/48/EG.

³⁹⁵ Siehe Erwgr. (26) Richtlinie 2004/48/EG; BT-Drs. 16/5048, S. 37

³⁹⁶ EWERT/VON HARTZ, ZUM 2007, 450 (452)

³⁹⁷ SCHLINGLOFF in: MünchKomm UWG, Bd. II, 2006, § 12 Rn. 636; KÖHLER in: Hefermehl/Bornkamm/Köhler, UWG, § 12 Rn. 5.20.

rechtliche Verfahren entsprechend anzuwenden.³⁹⁸ Daneben ist auch eine Rechtsanalogie zur Streitwertbegünstigung in § 142 MarkenG, § 144 PatG, § 54 GeschmMG und § 26 GebrMG zu denken.

3.5 Ansatzpunkte einer Differenzierung bei der Rechtsdurchsetzung

Einen ganz anderen Ansatz hat die Bundesregierung im Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vorgestellt.³⁹⁹ Die vorgeschlagene Regelung lautet:

§ 97a Abmahnung

(1) Der Verletzte soll den Verletzer vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens auf Unterlassung abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen. Soweit die Abmahnung berechtigt ist, kann der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden.

(2) Der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen für die erstmalige Abmahnung beschränkt sich in einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf 50 Euro.

Vorbild des § 97a Abs. 1 UrhG-E ist § 12 Abs. 1 UWG.⁴⁰⁰ Die analoge Anwendung von § 12 Abs. 1 S. 2 UWG auf Abmahnung außerhalb des Lauterkeitsrechts ist problematisch, weil man an der Regelungslücke mit guten Gründen zweifeln kann.⁴⁰¹ Der Verletzte hat nach bisherigem Recht Anspruch auf Erstattung über die Grundsätze der Geschäftsbesorgung ohne Auftrag oder aus § 97 Abs. 1 UrhG als Teil des Schadensersatzanspruchs.⁴⁰² Mit dem Vorschlag wird daher eine eindeutige Anspruchsgrundlage geschaffen, die als Spezialregelung nach zutreffender Auffassung die bisherigen Anspruchsgrundlagen verdrängt.⁴⁰³

Interessant an dem Vorschlag ist die Beschränkung der Höhe der erstattungsfähigen Kosten in Absatz 2. Damit soll eine Kostenreduzierung zugunsten des Verletzten erreicht wer-

³⁹⁸ BT-Drs. 16/5048, S. 48 f.

³⁹⁹ BT-Drs. 16/5048, S. 16.

⁴⁰⁰ BT-Drs. 16/5048, S. 48.

⁴⁰¹ BT-Drs. 16/5048, S. 48; BORNKAMM in: Hefermehl/Bornkamm/Köhler, UWG, 26. Aufl., 2008, § 12 Rn. 1.90; umfassend zur Analogiefrage TEPLITZKY, Die Regelung der Abmahnung in § 12 Abs. 1 UWG, ihre Reichweite und einige ihrer Folgen in: FS Ullmann, 2006, 999.

⁴⁰² Vgl. dazu NORDEMANN, WRP 2005, 184 (aus der Sicht des Rechtsanwalts); kritisch zur Begründung über den Schadensersatzanspruch SCHAREN in: Ahrens, Wettbewerbsprozess, 2005, § 11 Rn. 12-15; BORNKAMM in: Hefermehl/Bornkamm/Köhler, UWG, § 12 Rn. 188 f., dagegen etwa BÜSCHER in: Fezer, UWG, Bd. II, 2005, § 12 Rn. 45.

⁴⁰³ Zum UWG SCHAREN in: Ahrens, Wettbewerbsprozess, § 11 Rn. 16; vorsichtiger BORNKAMM in: Hefermehl/Bornkamm/Köhler, UWG, § 12 Rn. 1.86.

den,⁴⁰⁴ indem »überhöhte Abmahnkosten« zukünftig nicht mehr geltend gemacht werden können.⁴⁰⁵ Der Ansatz setzt pauschal an der Höhe der Abmahnkosten an. Damit verfolgt die Bundesregierung eine Lösung des hier vorgestellten Konflikts auf der letztmöglichen Stufe im urheberrechtlichen System.

Für unseren Zusammenhang ist der Vorschlag relevant, weil er nur für Fälle *außerhalb des geschäftlichen Verkehrs* Anwendung finden soll. Mit dem »geschäftlichen Verkehr« wird sowohl im Wortlaut wie in der Begründung⁴⁰⁶ an die Interpretation dieses Tatbestandsmerkmals in § 14 Abs. 2 MarkenG⁴⁰⁷ angeknüpft. Dem geltenden Urheberstrafrecht ist die Differenzierung zwischen privaten und gewerbsmäßigem Handeln geläufig: Der eigene private Gebrauch oder der private Gebrauch einer mit dem Täter persönlich verbundener Personen ist tatbestandsausschließendes Merkmal⁴⁰⁸ bei der Strafbarkeit wegen unerlaubten Eingriffen in DRM-Systeme⁴⁰⁹. Auch dem zivilrechtlichen Durchsetzungsinstrumentarium ist die Differenzierung bekannt: Ein Auskunftsanspruch über Herkunft und Vertriebsweg besteht nur bei einer Verletzung der Urheber- und Leistungsschutzrechte »im geschäftlichen Verkehr«⁴¹⁰. Daran hält der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie als Tatbestandsvoraussetzung des Auskunftsanspruchs fest.⁴¹¹ Bei der Abwägung, ob Vernichtungs- und Überlassungsansprüche nach §§ 98, 99 UrhG im Einzelfall unverhältnismäßig sind (§ 98 Abs. 4), muss nach der Durchsetzungsrichtlinie gerade auch den Interessen Dritter, insbesondere der in gutem Glauben handelnden Verbraucher und privaten Parteien, Rechnung getragen werden.⁴¹² Die Durchsetzungsrichtlinie unterscheidet noch an anderer Stelle zwischen (einfachen) Rechtsverletzungen und Rechtsverletzungen, die im gewerblichen Ausmaß begangen werden.⁴¹³ Letztere »zeichnen sich dadurch aus, dass sie zwecks Erlangung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils vorgenommen werden; dies schließt in der Regel Handlungen aus, die in gutem Glau-

⁴⁰⁴ BT-Drs. 16/5048, S. 48.

⁴⁰⁵ Vgl. die Reden von Bundesjustizministerin ZYPRIES, Rede beim Neujahrsempfang des Bundesverbandes der phonographischen Wirtschaft am 26. Februar 2007 in Berlin, <http://www.bmj.bund.de> (zuletzt besucht: 18.1.2008); ZYPRIES, Rede zum 57. Deutschen Anwaltstag, 26.5.2006, <http://www.bmj.bund.de> (zuletzt besucht: 18.1.2008) und die Antwort der GRUR, Stellungnahme v. 4.10.2006: Abmahngebühren im Urheberrecht, <http://www.grur.de/cms/upload/pdf/stellungnahmen/2006/2006-10-04Stellungnahme-GRUR-AbmahngebuehrenimUrheberrecht.pdf> (zuletzt besucht: 18.1.2008).

⁴⁰⁶ Siehe BT-Drs. 16/5048, S. 49.

⁴⁰⁷ Dazu oben 3.1.

⁴⁰⁸ HILDEBRANDT in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 2. Aufl., 2006, § 108b Rn. 6 f.

⁴⁰⁹ § 108b Abs. 1 UrhG.

⁴¹⁰ § 101 Abs. 1 UrhG.

⁴¹¹ § 101 Abs. 1 UrhG-E, BT-Drs. 16/5048, S. 17; kritisch deshalb NÄGELE/NITSCHKE, WRP 2007, 1047 (1050).

⁴¹² Erwgr. (24) Richtlinie 2004/48/EG.

⁴¹³ Art. 6 Abs. 2, Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 2004/48/EG.

ben von Endverbrauchern vorgenommen werden.«⁴¹⁴ Die Formulierung ist nicht ganz glücklich, weil alle privaten Handlungen von Verbrauchern - und nicht nur solche in gutem Glauben - keine gewerblichen Handlungen sind.⁴¹⁵ Diesen vorsichtigen Ansatzpunkten, die für eine Unterscheidung sprechen, steht die Entstehungsgeschichte der Richtlinie entgegen. Ursprünglich sollte die Richtlinie nur für Verletzungshandlungen gelten, die gewerblichen Zwecken dienen oder dem Verletzten einen nachhaltigen Schaden zufügen.⁴¹⁶ Angestrebt war, die Piraterie im engeren Sinne zu bekämpfen.⁴¹⁷ Diese Beschränkung wurde im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens fallen gelassen.⁴¹⁸ Die Mitgliedstaaten sind bei der Umsetzung der Richtlinie aber an die in den Gemeinschaftsgrundrechten wurzelnde Pflicht zur verhältnismäßigen Ausgestaltung kollidierender Rechtspositionen gebunden.⁴¹⁹ Dabei ist das Gewicht der jeweiligen Verletzungshandlung zu berücksichtigen.⁴²⁰ In einer grundrechtskonformen Interpretation erlaubt es die Richtlinie 2004/48/EG, bei Rechtsverletzungen im Internet zwischen schwerwiegenden Fällen und privater Nutzung zu unterscheiden.⁴²¹ Ein schwerwiegender Fall liegt regelmäßig vor, wenn der Verletzer gewerblich, also mit der Absicht handelt, Gewinn aus der rechtswidrigen Nutzung zu ziehen.⁴²²

Daran gemessen genügt § 97a Abs. 2 UrhG-E den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen. Die Richtlinie enthält die allgemeine Verpflichtung, dass die Rechtsbehelfe nicht unnötig kostspielig sein dürfen.⁴²³ Danach sind die Kosten der obsiegenden Partei nur in der Regel und nur soweit sie zumutbar und angemessen sind von der unterlegenen Partei zu tragen, wenn Billigkeitsgründe dem nicht entgegenstehen.⁴²⁴ Welche Kosten »angemessen« sind, muss unter Berücksichtigung der Ziele der Richtlinie ermittelt werden. Dabei ist darauf zu achten, dass es nicht nur die Interessen der Rechtsinhaber, sondern auch die der Verletzer zu berücksichtigen sind. Dieses grundrechtliche Gebot findet sich im Wortlaut von Art. 3 der Richtlinie wieder: Die Maßnahmen müssen »fair und gerecht« und verhältnismäßig sein

⁴¹⁴ Erwgr. (14) Richtlinie 2004/48/EG.

⁴¹⁵ Vgl. HACKER in: Ströbele/Hacker, MarkenG, § 14 Rn. 26.

⁴¹⁶ KOM(2003) 46 endg., S. 35.

⁴¹⁷ KOM(2003) 46 endg., S. 3.

⁴¹⁸ Siehe Europäisches Parlament, Dok. A5-0468/2003.

⁴¹⁹ *EuGH*, Urt. v. 29.1.2008, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 68. Siehe dazu schon oben 2.2 am Ende.

⁴²⁰ *GA Kokott*, Schlussanträge v. 18.7.2007, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 118.

⁴²¹ Vgl. *GA Kokott*, Schlussanträge v. 18.7.2007, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 106, 119.

⁴²² *GA Kokott*, Schlussanträge v. 18.7.2007, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 119 unter Verweis auf Erwgr. (9) Richtlinie 2004/48/EG.

⁴²³ Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/48/EG.

⁴²⁴ Art. 14 Richtlinie 2004/48/EG.

sowie Gewähr gegen Mißbrauch bieten.⁴²⁵ Diese Anforderungen ergeben nur dann Sinn, wenn man sie als die Leitlinien der Abwägung im Spannungsfeld der entgegengesetzten Interessen liest.⁴²⁶ Dazu kommt, dass die jeweiligen Maßnahmen so gewählt werden sollen, den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen.⁴²⁷ Darüber hinaus fällt es in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten, die Berechnungsgrundlagen für die Höhe der Rechtsverfolgungskosten festzulegen. Wie oben dargelegt, bestehen zahlreiche Möglichkeiten, die Abmahnkosten zu senken. Aus dem Gemeinschaftsrecht lässt sich kein Anspruch ableiten, die zur Zeit bestehende Durchschnittshöhe urheberrechtlicher Abmahnung beizubehalten. Der nationale Gesetzgeber kann davon ausgehen, dass bei einfach gelagerten Fällen außerhalb des geschäftlichen Verkehrs im Regelfall keine wesentlich höheren Rechtsanwaltskosten anfallen werden. Das gilt natürlich nur, wenn man den Gegenstandswert zutreffend bemisst und den Unterlassungsstreitwert nicht für generalpräventive Überlegungen missbraucht. Die beiden anderen Tatbestandsmerkmale - erstmalige Abmahnung, unerhebliche Rechtsverletzung - machen deutlich, dass es in solchen Fällen unbillig wäre, den Rechtsverletzer die Kosten für die Rechtsverfolgung in gleicher Weise aufzubürden, wie einem Wiederholungstäter, dessen Handeln einen erheblichen Schaden verursacht hat. Schließlich ist die Regelung auch geeignet, den Missbrauch des Rechtsinstituts in diesem Feld zu bekämpfen. Ob die gewählte Ausgestaltung im Einzelnen sinnvoll ist und überzeugt, ist dagegen eine andere, rechtspolitische Frage.⁴²⁸

4. Coda

Der kontinuierlichen Ausdehnung der Ausschließlichkeitsrechte mitsamt ihrer schärferen Durchsetzung steht den mit der Digitalisierung und der Verwendung digitaler Netze dramatisch gestiegenen Kommunikationsmöglichkeiten des Einzelnen gegenüber. Zugespielt formuliert spielt sich der Interessenkonflikt zwischen den Polen »Sharing and Stealing«⁴²⁹ ab. Dahinter verbirgt sich eine Krise, in die das Urheberrecht in den letzten Jahren geraten ist: »Copyright law has lost the high moral ground. [...] Copyright law, people are learning, is not just or even mostly about getting money to authors and artists so that they can earn a living writing stuff — indeed, it seems to do a pretty bad job of that. Instead, people are hearing that copyright law is about protecting the way big entertainment and in-

⁴²⁵ Art. 3 Richtlinie 2004/48/EG.

⁴²⁶ So im Ergebnis *EuGH*, Urt. v. 29.1.2008, Rs. C-275/06 - *Promusicae / Telefónica*, Slg. 2008, I-Rn. 68.

⁴²⁷ Erwgr. (17) Richtlinie 2004/48/EG.

⁴²⁸ Kritisch dazu *EWERT/VON HARTZ*, ZUM 2007, 450 (454-55).

⁴²⁹ LITMAN, 27 *Hastings Comm. & Ent. L. J.* 1 (2005).

formation conglomerates do business.«⁴³⁰ Diesen Verlust wird man nicht dadurch wettmachen, indem man die Urteile in Verfahren gegen Rechtsverletzer - Privatpersonen zumal - veröffentlicht, »um künftige Verletzer abzuschrecken und zur Sensibilisierung der Öffentlichkeit beizutragen.«⁴³¹ Die Öffentlichkeit reagiert anders als erwartet und sympathisiert mit den »Piraten«: Die Kosten, die zu erstatten *Mario Alka* verurteilt worden war,⁴³² konnte er aufgrund zahlreicher Spenden aufbringen.⁴³³ Ein Rechtsinstitut, das nur durch Abschreckung wirkt, wird mittel- und langfristig keinen effektiven Schutz der von ihm erfassten Interessen bieten können. Die Normadressaten müssen das Urheberrecht als eine im Wesentlichen gerechte Ordnung akzeptieren. Das kann von ihnen nur verlangt werden, wenn es sich um ein System handelt, das ein legitimes Ziel mit angemessenen Mitteln verfolgt. Angemessen können nur solche Mittel sein, die allen beteiligten Interessen gerecht werden. Die Freiheit privater Kommunikation ist in der Informationsgesellschaft ein wesentlicher Bestandteil sozialer Interaktion. Das Urheberrecht muss darauf Rücksicht nehmen und dieses grundrechtlich geschützte Interesse in seinem System berücksichtigen. Zu diesem Zweck kann es den Umfang und die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten beschränken oder ganz ausschließen. Die Schutzpflicht des Staates aus dem Eigentumsgrundrecht bedeutet nämlich nicht, dass dem Rechtsinhaber unbeschränkte Mittel zur Rechtsdurchsetzung zur Verfügung gestellt werden müssen.⁴³⁴ Die Handlungsmöglichkeiten der gesetzgebenden Institutionen sind hier vielfältig. Sie bestehen, wie der Vorschlag zu § 97a UrhG zeigt, nicht nur in den lichten Höhen des reinen Urheberrechts sondern auch in den niedrigen Ebenen der Kostenlast.

⁴³⁰ LITMAN, 53 J. Copyright Soc'y 101, 109-10 (2006).

⁴³¹ Erwgr. (27) Richtlinie 2004/48/EG.

⁴³² Siehe oben 3.4.

⁴³³ Siehe seine Angaben unter <http://www.to-you.de> (zuletzt besucht am 26.1.2008).

⁴³⁴ *EuGH*, Urt. v. 29.1.2008, Rs. C-275/06 - Promusicae / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 121.