

**Richtungsweisend oder eine nur begrenzt wahrgenommene Chance? Der
Copyright-Code des Wittem-Projekts**

**Groundbreaking or a Missed Opportunity? The Copyright Code of the Wittem
Project**

Preprint

erscheint in: Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC) 2010

Rainer Kuhlen – 26. July 2010

Kurzzusammenfassung:

Der „European copyright code“ des Wittem-Projekts von 4/2010 ist pragmatisch, konstruktiv-konservativ ausgefallen. Traditionell das Werk- und Autorenverständnis. Schrankenregelungen werden über einen hybriden Ansatz offen gehalten. Bildung und Wissenschaft werden nicht gerade verwöhnt. Die Wittem-Gruppe hat sich nicht in den „Treibsand visionärer Modelle“ begeben wollen. Ein guter Text, aber dann doch nicht wirklich wegweisend für den Umgang mit Wissen und Information in elektronischen Räumen, am ehesten noch durch den Vorschlag einer Schrankenbestimmung zur Begünstigung des wirtschaftlichen Wettbewerbs.

Abstract:

The “European copyright code” of the Wittem project from 4/2010 turns out to be general, pragmatic, realistic, and conservative, as can be seen in particular from what the authors understand by basic copyright concepts such as “author”, “creativity” and “work”. For exceptions and limitations a hybrid approach has been chosen which provides more flexibility than the EU guideline from 2001. But the three-step-test is still considered the bar for all exceptions. Science and education could have expected more liberal and more flexible proposals for open and free access to published knowledge. The Wittem proposal has obviously tried to regain scientifically grounded influence in the EU copyright regulation regime. Therefore they may have tried to avoid a visionary perspective. A well written and high competent text has been produced, one which is in particular innovative with respect to the proposal for a new exception allowing uses of copyrighted material for the purpose of enhancing competition. But there are still doubts as to whether it is a groundbreaking one. To achieve this goal an interdisciplinary approach is more likely to be necessary rather than expertise from the legal perspective only.

Tags (deutsch): Autor, Bildung, Dreistufentest, hybrid, Nutzerrechte, Schranken, Vergütung, Urheberrecht, Verwertungsrechte, Wittem-Projekt, Werk, Wettbewerb, Wissenschaft

Tags (english): Author, competition, emuneration, exceptions, European copyright code, exploitation rights, hybrid, limitations, moral rights, science, user rights, three-step-test, Wittem group

Zusammenfassung:

Mit dem *Code* liegt ein mit hoher Kompetenz erstellter Rahmen für ein europäisches Copyright vor. Die Stimme der Rechtswissenschaft versucht sich in der EU-Politik Geltung zu verschaffen. Dabei wurde wohl weniger ein grundsätzlicher Neuansatz angestrebt, sondern, mit Respekt vor dem *acquis communautaire* der sieben EU-Richtlinien seit 1991, ein Fortschreiben des *status quo*, aber in der Intention, diesen transparenter und schlanker zu machen, und mit der Erwartung, Verbesserungen im derzeit geltenden Urheberrechtsparadigma zu erreichen. Dieses Ziel hat den *Code* doch recht konservativ ausfallen lassen, zunächst sowohl was den Werk- als auch den Autorenbegriff angeht. Anders als bei der EU-Richtlinie von 2001 wird stärker Wert auch auf die „moral rights“, die Persönlichkeitsrechte, gelegt. Sowohl bezüglich der kommerziellen Verwertungsrechte (an sich geschlossen, aber über das Rechte der öffentlichen Zugänglichmachung offen) als auch bezüglich der Schrankenregelungen wird ein hybrider Ansatz gewählt. Neue Schranken können entwickelt werden, wenn sie den Ausprägungen der bisherigen ähnlich sind und wenn sie, natürlich, nicht gegen den Dreistufentest verstoßen. Die Schrankenvorschläge für Wissenschaft und Bildung werden, wie aus dem konservativen Ansatz zu erwarten, kaum den Bedürfnissen und Erwartungen in diesen Bereichen gerecht. Positiv, dass die genehmigungsfreie Nutzung nicht kleinteilig näher spezifiziert wird. Enttäuschend aber, dass nicht versucht wurde, eine Vergütungsfreiheit konditioniert zu ermöglichen. Wirkliches Neuland wird mit dem Vorschlag einer Schrankenbestimmung betreten, wodurch zur Begünstigung des wirtschaftlichen Wettbewerbs eine genehmigungsfreie Nutzung bei frei aushandelbarer Vergütung vorgeschlagen wird. Zweifellos hat sich die

Wittem-Gruppe nicht in den „Treibsand visionärer Modelle“ begeben wollen. Sie hat die bei den letzten Urheberrechtsregulierungen verfolgte Politik der kleinen Schritte fortgesetzt. Ein wenig mehr Mut, Neuland zu betreten, hätte man angesichts der hohen Kompetenz und Unabhängigkeit der Autoren erwarten dürfen. Vielleicht wäre dazu eine interdisziplinäre Ausrichtung der Gruppe erforderlich gewesen. Ein guter Text, aber dann doch nur bedingt wegweisend für den Umgang mit Wissen und Information in elektronischen Räumen.

(1) Ziel und Ansatz des Wittem-Projekts

Renommiertere europäische Urheberrechtsexperten haben sich seit vielen Jahren in dem sogenannten „Wittem project“ zusammengetan und sich schließlich auf einen „European copyright code“ verständigt und ihn im April 2010 öffentlich gemacht. Schwierig dieser geballten Kompetenz etwas entgegenzusetzen, aber bloße Affirmation führt ja nicht weiter. Also hier eine durchaus kritische Reaktion bei allem Respekt vor der demonstrierten Fähigkeit, sich auch unter Professoren konsensual auf einen *Code* zu einigen.

Die Gruppe versucht mit dem *Code*, die akademische Expertise stärker als bisher in die politischen europäischen Urheberrechtsdebatten einzubringen. In der Vergangenheit sind erarbeitete Vorschläge, z.B. aus dem Amsterdamer Instituut voor Informatierecht (Universiteit van Amsterdam), nicht immer konstruktiv von der EU-Politik aufgenommen worden¹. Auch ist mehr als fraglich, ob die früher vorgelegten Vorschläge zur liberaleren, flexibleren Reinterpretation des Dreistufentests, die aus einer teilweise identischen Personengruppe entwickelt worden sind², von der Politik aufgegriffen werden. Heilige Kühe werden, wenn überhaupt, dann wohl nur in wirklichen Notsituationen geschlachtet. Es ist nicht anzunehmen, dass die Wittem-Gruppe das Urheberrecht in einer weitgehenden, dramatischen Divergenz zwischen politischen Regulierung und öffentlicher Erwartung sieht.

Es mag überinterpretiert sein, aber der überwiegend konservative, man kann auch sagen realistische Ansatz, der in dem *Code* ersichtlich wird, ist vielleicht dem Ziel geschuldet, der Politik auf der Grundlage bestehende Verträge, Richtlinien oder Vereinbarungen Vorschläge zu machen, die Aussicht auf Umsetzung im derzeit geltenden Urheberrechtssystem haben. Die Vorschläge jüngerer Urheberrechtswissenschaftler, wie z.B. die von Till Kreutzer oder Gerd Hansen (um nur diese aus Deutschland zu nennen), gehen allerdings über den *Code* weit hinaus³. Auch das Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ ist in Deutschland zu der Einschätzung gekommen, dass die Fortschreibung der Urheberrechtsregulierungen auf der Grundlage der geltenden Systematik und Dogmatik die grundsätzlichen Widersprüche des geltenden Urheberrechts nicht lösen können. Das Aktionsbündnis setzt sich z.B. für eine umfassende Wissenschaftsklausel ein – ein Gedanke, der dem *Code* vermutlich zu weit gegangen wäre.

¹ Vgl. Open Letter concerning European Commission's 'Intellectual Property Package' von Bernt Hugenholtz an Dr. Jose Manuel Barroso, President of the European Commission, vom 18.8.2008. Hugenholtz' Kritik, dass die beiden Studien:

- The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, available at: http://Nv.vw.ivir.nl/publications/other/IViR_Recast_Final_Report_2006.pdf
- Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, available at: http://www.ivir.nl/publicatioiis/guibault/Infosoc_report_2007.pdf

“have been almost entirely ignored in the so-called 'forward looking package' on Intellectual Property that the Commission has released on July 16, 2008”; obgleich: “both studies have attracted considerable attention in scholarly circles and among stakeholders and continue to play an important role in informing the current debate on the future of copyright law and policy in the EU”.

² Geiger, Christophe; Hilty, Reto; Griffiths, Jonathan; Suthersanen, Uma: Declaration. A Balanced Interpretation of the “Three Step Test” in Copyright Law 6/2008

http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_steps.pdf

³ Kreutzer, Till: Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen. Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008; vgl. auch (Kreutzer 2010) – Referenz in Anm. 7; Hansen, Gerd: Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes. Schriftenreihe zu Bildung und Kultur Band 4. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009

Die Experten des *Code* denken hier pragmatischer. Das wird in der folgenden Formulierung sehr deutlich:

“This Code is not a recodification of EU copyright law tabula rasa. Since European copyright law must operate within the confines of the international commitments of the European Union and its Member States, the Code takes account of the substantive norms of the Berne Convention and the TRIPs Agreement. Also, the members of the Group have found it hard to ignore the *acquis communautaire* in the form of seven Directives that the European legislature has produced in this field since 1991. However, the Code does on occasion deviate from the *acquis*, and therefore cannot be considered a mere restatement or consolidation of the norms of the directives.” (7)

Sie verfolgen dabei das praktische Ziel, „to promote transparency and consistency in European copyright law“ (5). Der *Code* soll ein Referenzmittel sein, um die zukünftige Harmonisierung bzw. Vereinheitlichung des Urheberrechts [hier als synonym mit *Copyright*] voranzutreiben. Aus dieser Absicht soll aber nicht abgeleitet werden können, ob die Experten eine solche Harmonisierung überhaupt für sinnvoll halten oder nicht. Das ist allerdings schwer nachzuvollziehen - einen *Code* zur Harmonisierung vorzuschlagen, ohne eindeutig Stellung bezüglich des Ziels der Harmonisierung in der EU zu beziehen. Die Gruppe geht davon aus, dass es das Ziel der EU-Politik sei, diese Harmonisierung zu erreichen – so ist es ja auch in den Erläuterungen zur EU-Copyright-Richtlinie von 2001 formuliert⁴. Und wenn es das politische Ziel ist, sollte Wissenschaft, so wohl das Kalkül, versuchen, Verfahren zum Erreichen des Ziels vorzuschlagen (!!). Die Gruppe ist sich jedenfalls darüber einig – dies lässt nicht zuletzt die Mitwirkung von Bernt Hugenholtz schließen⁵ -, dass das Ziel der Harmonisierung durch die jeweiligen nationalen Umsetzungen der erwähnten, bis heute verbindlichen Richtlinie von 2001 nicht erreicht worden ist.

Der *Code* macht keineswegs Vorschläge für alle Aspekte des Urheberrechts, sondern geht „nur“ auf die systematisch zentralen Themen ein: „subject matter of copyright (Chapter 1), authorship and ownership (Chapter 2), moral rights (Chapter 3), economic rights (Chapter 4), and limitations (Chapter 5)“ (p. 6). Hierzu, ohne abschließenden Vollständigkeitsanspruch, einige Anmerkungen - mit Schwerpunkt auf die Interessen von Bildung und Wissenschaft.

Mir als Nicht-Jurist ist bewusst, dass die folgenden Anmerkungen keinesfalls auf dem Niveau formuliert sind, wie sie die hochkompetenten Autoren des *Code* erwarten können und gewohnt sind. Die folgenden Anmerkungen sind vielmehr geschuldet dem zunehmend öffentlichen Unbehagen oder sogar Unverständnis, dass die offizielle Politik und die offizielle Jurisprudenz abnehmend in der Lage sind, den Realitäten in elektronischen Umgebungen über das Urheberrecht gerecht zu werden. Vielleicht müssen Anstöße von außen kommen, wobei hier mehr Fragen gestellt als verbindliche Antworten gegeben werden, schon gar nicht juristisch kodifizierte.

⁴ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. *Official Journal L 167*, 22/06/2001 P. 0010 – 0019

“(1) The Treaty provides for the establishment of an internal market and the institution of a system ensuring that competition in the internal market is not distorted. Harmonisation of the laws of the Member States on copyright and related rights contributes to the achievement of these objectives.”

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:EN:HTML>

⁵ Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, available at: [http://www.ivir.nl/publicat\[i\]o\[i\]is/guibault/Infosoc report 2007.pdf](http://www.ivir.nl/publicat[i]o[i]is/guibault/Infosoc report 2007.pdf)

Vgl. Mireille van Eechoud, P. Bernt Hugenholtz, Stef van Gompel, Lucie Guibault and Natali Helberger: HARMONIZING EUROPEAN COPYRIGHT LAW The Challenges of Better Lawmaking. Kluwer Law International 2009

<http://www.kluwerlaw.com/Catalogue/titleinfo.htm?ProdID=9041131302>

Vgl. Manuel Medina Ortega; Entwurf eines Berichts über den Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte der Informationsgesellschaft (2008/2121(INI))

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/744/744876/744876de.pdf

Mit einer bloßen Fortschreibung des ökonomischen, politischen und rechtlichen *status quo* kann aber wohl nicht mehr angemessen dem fundamentalen Wandel beim Umgang mit Wissen und Information in elektronischen Umgebungen begegnet werden. Warum waren im *Drafting Committee* nur Juristen? Können die Urheberrechtsprobleme wirklich alleine aus juristischer Kompetenz und unter Anerkennung des *acquis communautaire* der sieben EU-Richtlinien seit 1991 gelöst werden? Es sieht fast so aus, dass die juristische Wissenschaft sich weniger als andere Disziplinen mit dem interdisziplinären Diskurs anfreunden kann. Warum eigentlich?

(2) Ein statischer (?) Werkbegriff

Art 1.1 bestimmt den für das Urheberrecht zentralen Begriff des Werks. Das ist extensional und intensional ganz im Rahmen des Bestehenden gehalten. Wäre es aber nicht an der Zeit, von mystischen Formulierungen wie „creation“ Abstand zu nehmen? Autoren wie Hilty plädieren doch sonst immer dafür, endlich von dem naturrechtlich begründeten, romantisierenden Bild des kreativen, alleine für sich arbeitenden Schöpfers mit all seinen moralischen Ansprüchen auf exklusive Anerkennung seiner Schöpfungen Schluss zu machen und anzuerkennen, dass die vom Urheberrecht zu regulierenden Objekte zwar auch Kulturgegenstände sind, aber in erster Linie vom Recht deshalb geschützt werden, weil sie, dann auch unter dem Anspruch der Vergütung für erbrachte Leistungen, für moderne Volkswirtschaften und für die Innovationschancen der Wirtschaft zentral sind⁶. Später wird dem durch den Art. 5.4 bei den Schrankenregelungen durchaus ja auch Rechnung getragen, wenn als eine der Begründungen für Schrankenregelungen auch der „purpose of enhancing competition“ angeführt wird. Das ist ein wirklich im wahrsten Sinne des Wortes innovativer und konstruktiver Beitrag, der dazu führen kann, das Urheberrecht von seiner bisherigen Kopflastigkeit und mystischen Idealisierung auf den Boden der Realität zu bringen (vgl. dazu unten 5-3). Warum ist dieser Gedanke nicht in die Konzepte vom Autor und vom Werk eingeflossen?

Schon gar nicht wird dem Rechnung getragen, dass heute unter dem Einfluss gegenwärtiger Technik und Wissenstechnologie ein ganz neues Werkverständnis entstanden ist. Werke werden nicht mehr ausschließlich als „its author's own intellectual creation“ angesehen, sondern entstehen sowohl in der Wissenschaft als auch in der Kunst immer mehr kollaborativ. Zudem sind Werke unter dem umfassenden Hypertext-Paradigma (Web-Paradigma) immer mehr als offene, nicht abgeschlossene Werke anzusehen, zum einen durch den nicht-linearen Charakter hypertextueller Objekte, aus denen in der Navigation keine statischen, sondern dynamische *Werke* abgeleitet werden⁷, zum andern dadurch, dass „Werke“ bewusst von den Erstellern als offen angesehen und in die Webwelt hineingegeben werden, mit der Aufforderung, sich an deren Weiterentwicklung zu beteiligen.

Wie reagiert das Urheberrecht auf diese offenen, nicht-linearen, dynamischen, kollaborativen Werke? Ansätze dazu könnten im *Code* durchaus vorhanden sein, z.B. durch den Vorschlag, die bisherigen Verwertungsrechte durch ein „right of adaptation“ zu ergänzen. Aber das ist an dieser Stelle als Recht des Autors anzusehen bzw. dann auch als Nutzungsrecht des Verwerter, wenn der Autor dieses Recht, wie die anderen auch, an diesen übertragen hat. Sollte aber nicht ein „right of adaptation“ auch Eingang in die Schrankenregelungen finden?

(3) Autorenbegriff

Nicht ganz so „romantisch“ wie beim Werkbegriff bleiben die Ausführungen zum Autorenbegriff (obgleich auch hier wieder das „created“-Konzept verwendet wird), da unter Art. 2.1 für den „author

⁶ Vgl. Reto Hilty: Sündenbock Urheberrecht? In: Ohly, A. / D. Klippel (Hrsg.): Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Bd. 11 der Schriftenreihe: Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht. Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, S. 107 - 144

„Es gibt keine Naturgesetzlichkeit, gestützt auf welche das Urheberrecht als etwas ganz anderes zu behandeln wäre als alles andere. Realität ist vielmehr, dass das Urheberrecht – wie die gewöhnlichen Schutzrechte auch – längst zu einem ganz gewöhnlichen, ja sogar ausgesprochen wichtigen, aber auch entsprechend hart umkämpften Faktor unserer Volkswirtschaft geworden ist“ (111).

⁷ Vgl. Kuhlen, Rainer: Hypertext. Ein nicht-lineares Medium zwischen Buch und Wissensbank, Springer Verlag: Heidelberg 1991

of a work“ neben „natural person“ auch „group of natural persons“ angesprochen sind. Institutionen bleiben weiterhin von den Urheberrechtsansprüchen direkt ausgeschlossen, obgleich natürlich ein Großteil der heutigen Werke weder individuell noch Gruppen zugerechnet wird, sondern eben der Institution.

Ansonsten wird nicht zwischen verschiedenen Typen an Autoren unterschieden und damit auch nicht zwischen verschiedenen Gegenstandsbereichen des schützenden und ermöglichenden Urheberrechts. Alle Autoren, auf welchem Gebiet sie auch tätig sind, haben die gleichen moralischen und kommerziellen Rechte. Wie auch sonst, wird nicht versucht, hier differenzierend einzugreifen. Macht es keinen Unterschied auch für das Urheberrecht, wenn Werke in der Wissenschaft oder in der Unterhaltungsindustrie, von Wissenschaftler/innen oder von Industriekonsortien produziert werden? Die Einheitlichkeit des Urheberrechts wird im Wittem-Vorschlag weiter als anzustrebendes Ziel verfolgt. Modifikationen werden nicht bei den Rechten vorgenommen, sondern allenfalls bei den Schrankenregelungen.

Die Zeit scheint noch nicht reif zu sein, um sich an die Umsetzung der von Kreuzer vorgeschlagenen „Zweiteilung von funktionalem Werkschutz und persönlichkeitsbezogenem Urheberschutz“ zu machen. Erst recht scheint es derzeit nicht realistisch zu sein, als Kriterium für das Recht auf Urheberrechtsschutz das Ausmaß der Nützlichkeit für die Allgemeinheit anzunehmen (so jüngst ebenfalls Kreuzer⁸) oder für die kommerzielle Verwertung das Ausmaß der Erarbeitung informationeller Mehrwerte gegenüber dem Ausgangswerk des/der Autors/in.

(4) Zu den Rechten im einzelnen

Bei den ökonomischen Rechten ist es interessant, dass die Übertragung der Rechte an Dritte (assignment) nur gültig sein soll, wenn der Vertrag schriftlich abgeschlossen ist. Die einfache Überlassung, wie häufig in Bildung und Wissenschaft üblich, soll nicht zu einer einklagbaren Rechtsverbindlichkeit führen. Ansonsten bleiben Urhebervertragsrechte im *Code* ausgeblendet, obgleich gerade hier in den letzten Jahren eine heftige Diskussion darüber entstanden ist, z.B. über ein unabdingbares Zweitverwertungsrecht der Autoren oder, grundlegender, in welchem Ausmaß z.B. Wissenschaftlern in öffentlichen Beschäftigungsverhältnissen die Übertragung ihrer Verwertungsrechte als Nutzungsrechte zugestanden werden soll. Auch die Frage, ob Nutzungsrechte der kommerziellen Verwerter daran festzumachen wären, in welchem Ausmaß informationelle Mehrwerte gegenüber dem Ausgangsprodukt des Autors erbracht worden sind, kann dann im *Code* nicht angesprochen werden. Wie gesagt, das Ziel des *Code* ist begrenzter, bescheidener, realistischer (?).

Anders als in der EU-Richtlinie, aber auch durchaus anders als bei den angelsächsischen Copyright-Regelungen, ist ein ganzes Kapitel (Art 3.1-3.6) den „moral rights“, den Persönlichkeitsrechten, gewidmet. Ist das als Gegengewicht zu der immer stärker werdenden ökonomischen Sicht auf das Urheberrecht zu werten? Bemerkenswert aber auch, dass durch Art. 3.6 den „interests of third parties“ (seien es private Parteien wie Verleger oder auch legitime Interessen der Öffentlichkeit, verbesserten Zugang zu dem veröffentlichten Werk zu erhalten) Rechnung getragen wird. Das hätte bei den Schrankenregelungen weiter ausgebaut werden können. Die Idee eines „commons-based copyright“ war den Autoren des Wittem-Projekts ohnehin wohl noch entweder unbekannt oder zu weit entfernt von der juristischen Realität.

Bezüglich der kommerziellen Verwertungsrechte wird ein interessanter hybrider Ansatz gewählt. Einerseits wird von einer abgeschlossenen Liste dieser Rechte gesprochen, andererseits wird speziell das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (right of communication to the public) zu Recht als

⁸ Kreuzer, Till: Den gordischen Knoten durchschlagen – Ideen für ein neues Urheberrechtskonzept. In: Copy.Right.Now! Plädoyers für ein zukunftstaugliches Urheberrecht. Schriftenreihe zu Bildung und Kultur Band 4. Hrsg. von der Heinrich-Böll-Stiftung in Zusammenarbeit mit iRights.info. Berlin April 2010, 45-55

offenes Konzept aufgefasst: „comprises a nonexhaustive (open) list of acts falling under that concept“.

(5) Schrankenregelungen – genehmigungsfrei, aber nur in Ausnahmen vergütungsfrei, nicht für Bildung und Wissenschaft

Aus der Nutzersicht sind natürlich vor allem die Schrankenregelungen interessant. Für diese wurde die englische Bezeichnung „limitations“ verwendet (die systematisch irreführende, aber oft auch verwendete Bezeichnung „exceptions“ wurde vermieden). Schranken sollten in der Tat als rechtlich verbindliche und systematisch zum Urheberrecht gehörige Begrenzungen der exklusiven Autoren-/Verwerterrechte verstanden werden, nicht bloß als aus „Gnade“ gewährte Ausnahmen.

Die EU-Richtlinie von 2001 wurde in der Literatur vor allem wegen der Abgeschlossenheit der vorgeschlagenen Liste der Schranken kritisiert⁹, die die Anpassung an sich ändernde, nicht zuletzt mediale Rahmenbedingungen schwierig bis unmöglich mache. Zudem wurde häufig kritisiert, dass die Harmonisierung dadurch erschwert werde, dass kein obligatorischer Kern für Schranken festgelegt wurde.

Um dem ersten Kritikpunkt Rechnung zu tragen, wurde auch hier ein hybrider Ansatz gewählt: „reflects a combination of a common law style open-ended system of limitations and a civil law style exhaustive enumeration“ (FN 48). Die Flexibilität soll dadurch möglich werden, dass in den Schrankenregelungen exemplarisch jeweils Beispiele angeführt werden. Weitere Nutzungen könnten von Gerichten im Streitfall als ebenfalls erlaubt angesehen werden, wenn sie als ähnlich zu den bislang aufgeführten Nutzungsausnahmen angesehen werden und, natürlich, wenn diese neuen, legitime Interessen Dritter berücksichtigende Nutzungen als kompatibel mit dem Dreistufentest angesehen werden können (ebda). In Art. 5.5 wird entsprechend noch einmal explizit darauf hingewiesen, dass die Einführung anderer Schrankenbestimmungen möglich sein muss, wenn dadurch die normale Verwertung und die legitimen Interessen der Rechteinhaber (Autoren und Verwerter) nicht gefährdet sind. Dieser Weg wird aber wohl nur dann beschritten werden können, wenn sich eine ausgewogenere Interpretation des Dreistufentests, unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen, durchsetzen wird, wie es ja von Geiger et al. (vgl. FN 2 in diesem Text) vorgeschlagen wurde.

Sehr gut auch, dass mit Art. 5.8 versucht wird, der seit geraumer Zeit in den Gesetzestexten festgeschriebenen Priorität von technischen Schutzmaßnahmen gegenüber Schrankenbestimmungen entgegen zu wirken. Hier lassen ja auch die 95er-Paragraphen im deutschen Urheberrecht einiges zu wünschen übrig. Der Wittem-Vorschlag sieht die Rechteinhaber in der Pflicht, den Nutzern zu ermöglichen, die ihnen durch Schranken gegebenen Rechte auch wahrzunehmen. Vielleicht hätte man hier an eine institutionelle Sicherung der Nutzungsrechte denken können, z.B. durch eine Hinterlegung und dann, bei nachgewiesener Nutzungsberechtigung, die Bereitstellung der Entschlüsselungscodes.

Mit Blick auf Bildung und Wissenschaft ist vor allem wichtig:

Art. 5.2 – Uses for the purpose of freedom of expression and information

aber auch:

Art. 5.3 – Uses permitted to promote social, political and cultural objectives

Art. 5.4 – Uses for the purpose of enhancing competition

(5.1) Schranke für Zwecke wissenschaftlicher Forschung – kaum elektronischen Umgebungen angemessen

⁹ Vgl. z.B. Hugenholtz , P. Bernt; Okediji, Ruth L.: CONCEIVING AN INTERNATIONAL INSTRUMENT ON LIMITATIONS AND EXCEPTIONS TO COPYRIGHT. FINAL REPORT March 06, 2008

<http://www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/finalreport2008.pdf>

Bei Art. 5.2 wird unterschieden nach Nutzungen, für die Genehmigungs- und Vergütungsfreiheit bestehen (Abs.1, a-e), und Nutzungen, die zwar auch genehmigungsfrei sein sollen, für die aber vergütet werden muss, und die nur insoweit in Anspruch genommen werden dürfen, als es dem Zweck der Nutzung entspricht (Abs. 2, 1-b). Unter (b) ist „use for purposes of scientific research“ angeführt. Wissenschaftliche Forschung fällt also für die Wittem-Gruppe nicht unter die ganz besonders privilegierte Nutzungen wie in (Abs. 1, a-e) aufgeführt. Vergütungspflichtigkeit ist gefordert, und die Einlösung dieser Verpflichtung wird hier ausschließlich Verwertungsgesellschaften überlassen.

Man hat offenbar nicht versucht, zumindest durch eine Konditionierung an der Vergütungspflichtigkeit für wissenschaftliche Nutzung zu rütteln. Dass die freie Nutzung im öffentlichen Interesse liegt, dafür sollten es eigentlich ausreichende Gründe geben. Wäre eine Konditionierung nicht in dem Sinne möglich gewesen, dass Gebührenfreiheit gegeben ist a) nur unter der Voraussetzung, dass die Einrichtung, die die Nutzung möglich macht (z.B. Bibliotheken), für die Nutzung durch Kauf oder Lizenz entsprechendes Entgelt geleistet hat, b) dass die freie Nutzung nur für den persönlichen wissenschaftlichen Gebrauch gestattet ist oder c) für einen genau bestimmt abgegrenzten Kreis der Nutzer, z.B. in einer Forschungsgruppe oder für Angehörige eines Lehrstuhls? Warum muss immer wieder für jede Nutzung abgerechnet werden?

Die Wittem-Gruppe sieht hier offenbar den entscheidenden Unterschied zwischen Vergütung (emeration) im analogen Medium und im elektronischen Medium. Bei analogen Objekten wird ja keine weitere Vergütung für Kopien von rechtmäßig erworbenen Originalen verpflichtend gemacht, und die anbietenden Verlage haben das auch akzeptiert bzw. sich zusätzliche Einnahmen über die (pauschalen) Geräteabgaben gesichert¹⁰.

Diese Unterscheidung ist letztlich alleine der Annahme verpflichtet, dass im elektronischen Medium beliebig viele Kopien ohne Qualitätsverlust (also weitere Originale) und mit minimalem Kostenaufwand erstellt werden können und dass es im Extremfall nur nötig wäre, nur ein Exemplar irgendwo in einer Bibliothek zu erwerben, auf das dann alle freien Zugang hätten. Diese aus der Unterhaltungsindustrie wohl übertragene Argumentation ist im Bereich von Bildung und Wissenschaft keinesfalls zutreffend.

Zum einen ist nicht zu erwarten, dass ein wissenschaftlicher Artikel häufiger als für die direkte Nutzung erforderlich abgerufen wird¹¹. Das ist bei einem Musikstück ganz anders, wo gleich

¹⁰ Die Generalsekretärin der ARD, Verena Wiedemann, hatte schon auf ihrer Rede auf dem Leipziger Bibliothekartags von 2007 die Unterscheidung von analogem und digitalem Online-Angebot kritisiert, die es bislang den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten untersagt, ihre mit öffentlichen Mitteln erstellten Angebote frei ins Internet zu stellen: „Die Online-Welt“, so kritisiert Wiedemann, „gehöre nicht zu unserem öffentlich-rechtlichen Programmauftrag, so das Postulat. Unsere Wissensgesellschaft, so die Essenz dieser Forderungen, gehört nicht der Allgemeinheit, sondern dem Markt“. Wiedemann befürchtet, dass sich der bei den öffentlichen Bibliotheken deutlich in den negativen Konsequenzen sichtbare Trend auch bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten fortsetzen wird. Das sei nicht hinzunehmen: „Was uns, die ARD und die BID verbindet, ist die unbedingte Verpflichtung auf die Interessen unserer Nutzer, das heißt also nicht die Verpflichtung auf den „shareholder value“, sondern auf den „public value“. „Als Gesellschaft dürfen wir es aber nicht hinnehmen, dass vergleichsweise wenige Marktteilnehmer für sich beanspruchen, ausgerechnet in dem historischen Augenblick, in dem die Menschheit in die Lage versetzt wird, durch die technische Entwicklung alle physischen Barrieren für den Zugang zum kulturellen Erbe und zum Wissen zu überwinden, diesen öffentlichen Raum zu privatisieren und allein den Interessen von Aktionären zu unterwerfen.“

Zitate aus: „Freier Zugang zur Information als Grundrecht für eine moderne Gesellschaft“ Festvortrag anlässlich der Eröffnungsveranstaltung von Dr. Verena Wiedemann, ARD-Generalsekretärin, vor dem BID am 19. März 2007 in Leipzig (3. Leipziger Kongress für Information und Bibliothek)

http://www.opus-bayern.de/bib-info/volltexte/2007/417/pdf/Rede%20Leipzig_VWiedemann_%20M%E4rz%202007.pdf

¹¹ Ähnliche Bedenken des Missbrauchs wurden in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts geäußert, als man die Forderung nach freiem Zugang zu den Online-Datenbanken der öffentlich geförderten Fachinformationszentren für die Endnutzer in Bildung und Wissenschaft zurückweisen wollte. Befürchtet wurde, dass jede/r beliebige Recherchen durchführen und sich so massenhaft eigene Datenbestände aufbauen würde. Dies Furcht war und ist unbegründet. Unter der Gewissheit, dass erneute Zugriffe immer wieder möglich sind, wird tatsächlich nur recherchiert und genutzt, was im Zusammenhang aktueller Arbeit gebraucht wird. Ähnlich verhält man sich ja auch bei den Suchmaschinen im Internet.

Millionen Nutzer interessiert sein können. Und zum andern könnte die freie Nutzung, wie unter (a)-(c) angeführt, ja durchaus konditioniert werden. Die Wittem-Gruppe muss man hier fragen, ob sie nicht nach Regelungen für die Vergütung gesucht hat bzw. warum sie entsprechende Lösungen verworfen hat, die die kommerzielle Informationswirtschaft veranlassen würde, elektronischen Umgebungen angemessene Geschäftsmodelle mit entsprechend flexiblen Vergütungsverfahren zu entwickeln. So, so scheint mir, schreibt der *Code* nur bestehende Modelle fort und sichert den bisherigen Besitzanspruch der kommerziellen Verwerter. Oder waren solche Überlegungen wie konditionierte Vergütungsfreiheit der Gruppe zu kleinteilig?

Wie auch immer - nicht einzusehen ist, weshalb die öffentliche Hand quasi dreifach für die Nutzung bezahlen sollte: a) für Primärerwerbung bzw. -lizenz, b) für die aktuelle Nutzung und c) für Geräteabgaben. Wäre hier eventuell eine neue Form von pauschaler Abgabe in Form einer wissenschaftlichen Flat rate sinnvoll, die an Stelle der immer schwieriger zu rechtfertigenden Geräteabgabe treten könnte? Es kann doch nicht sein, dass Urheberrechtsregelungen für die Nutzung von wissenschaftlicher Information tatsächlich zu einer Lizenz für einen stetig fließenden Einnahmestrom bzw. für eine Verpflichtung zu einem stetig fließenden Ausgabestrom für die öffentliche Hand werden.

Die noch weitergehende Frage haben sich die Wittem-Experten offenbar gar nicht gestellt bzw. die positive Antwort darauf verworfen: Ist es nicht eine legitime Forderung, dass das mit öffentlich Mitteln gefördert und finanziert erstellte Wissen wenn nicht sogar jedermann, dann zumindest denen frei zur Verfügung stehen soll, die im Interesse der gesamten Gesellschaft weiteres Wissen schaffen wollen?¹²

(5.2) Schranke für Zwecke der Ausbildung (education) – ebenso kaum elektronischen Umgebungen angemessen

Diese Frage könnte natürlich auch Anwendung finden auf Art. 5.3 – Uses permitted to promote social, political and cultural objectives. Auch hier wird die Unterscheidung getroffen zwischen Anwendungen, die sowohl genehmigungsfrei als auch nutzungsfrei sein sollen (Abs. 1, a-c), und solchen, die zwar genehmigungsfrei, aber vergütungspflichtig sein sollen (Abs. 2,a und b). Die sich auf Bibliotheken und ähnliche Einrichtungen abzielende Nutzungserlaubnis Abs. 1,c ist für die direkte Nutzung irrelevant (wenn auch kulturpolitisch natürlich sinnvoll), da sie nur auf die Erlaubnis zum Archivieren abzielt.

Der gesamte Abs. 2 ist, wie auch schon die Entsprechung in Art. 5.2, wenig liberal oder flexibel gehalten, sondern verstärkt mit Blick auf Abs. 2,a sogar schon bestehende nationale Regelungen wie die zur Privatkopie in § 53 des deutschen UrhG. Aufgenommen wurde die Formulierung aus dieser Norm, dass die Nutzung nur insoweit erlaubt ist, als es sich bei der Quelle der Kopie nicht schon um eine „obviously infringing copy“ handelt. Warum aber ist im *Witten-Code* auch für die Privatkopie eine offenbar nutzungsbezogene Vergütung vorgesehen? Wie soll das abgerechnet werden? Ein Hinweis über eine ausreichende Vergütung durch Geräteabgabe oder Flat rate wird nicht gegeben.

Auch hier zeigt sich, dass die Autoren des Wittem-Vorschlag gut daran getan hätten, ihrem kodifizierten Vorschlag Erläuterungen hinzuzufügen. Vielleicht kann das noch nachgeholt werden.

Bei der geforderten Vergütungspflichtigkeit für „use for educational purposes“ (Abs. 2,b) gelten die gleichen kritischen Argumente, wie sie hier schon bezüglich Art. 5.2, Abs.2,b vorgetragen worden

¹² Lars Fischer (Hauptpetent) Petition: Wissenschaft und Forschung - Kostenloser Erwerb wissenschaftlicher Publikationen vom 20.10.2009

<https://epetitionen.bundestag.de/index.php?action=petition%3bsa=details%3bpetition=7922>

Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft: „Urheberrechte von wissenschaftlichen Autorinnen und Autoren stärken und Open Access befördern — Ergebnisse von mit öffentlichen Mitteln geförderter Forschung kostenfrei zugänglich machen“ Zusatzpetition zur Petition von Lars Fischer

<http://www.urheberrechtsbuendnis.de/docs/Aktionsbuendnis-petition-open-access-ergz-zu-LarsFischer250110.pdf>

Beide Petitionen werden vom Bundestag zusammen behandelt – allerdings wann, ist zur Zeit (0710) durchaus noch offen.

sind. Verblüffend zumal, dass bei „educational purposes“ überhaupt nicht weiter differenziert wird, weder horizontal noch vertikal, also z.B. nicht zwischen öffentlichen Bildungseinrichtungen und kommerziellen, oder zwischen Kindergärten, Schulen oder Hochschulen.

Schließlich hätte man bei der Überschrift von Art. 5.3 erwarten können, dass auch für den weiteren öffentlichen Kulturbereich Nutzungsregelungen getroffen worden wären. Hat man nicht eine Chance verpasst, Regelungen vorzusehen, die z.B. der Kunst zeitgemäße Formen der Nutzung urheberrechtsgeschützter Materialien erlaubten? Hatte das Wittem-Projekt keinerlei Intentionen einer Kultur des Tauschens, Adaptierens, Mixens, Weiterentwickelns etc. Rechnung zu tragen? Muss ja nicht gleich HipHop im Urheberrecht vorkommen¹³. Hat man nicht erwogen, dass die meisten der unter Art. 5.2 und 5.3 angesprochenen Nutzungen der Beförderung der immateriellen Gemeingüter Rechnung tragen, die nicht in erster Linie unter den kommerziellen Primat gestellt werden sollten?

(5-3) Etwas versteckt findet man in Art. 5.4 dann doch einen wirklich innovativen Vorschlag. Hier werden Schrankenbestimmungen vorgeschlagen, durch die der wirtschaftliche Wettbewerb gefördert werden soll. Einigen Nutzungen sollten dabei sowohl genehmigungs- als auch vergütungsfrei sein, z.B. für Werbungszwecke oder für das *Reverse Engineering*.

Folgenreicher dürfte eine zweite Gruppe sein, bei der „news articles, scientific works, industrial designs, computer programs and databases“ tatsächlich genehmigungsfrei genutzt werden dürfen – allerdings auch nur dann, wenn dies aus Wettbewerbsgründen erforderlich ist, wenn der Rechteinhaber die Nutzung über Lizenz verweigert hat und wenn – wie gehabt – der Dreistufentest dabei nicht verletzt wird. In dieser Hinsicht wird die wirtschaftliche Nutzung dann doch nicht ganz derjenigen in Bildung und Wissenschaft gleichgestellt. In der Tat ist es stark innovationshemmend, wenn in jedem einzelnen Fall der Nutzung um Erlaubnis nachgefragt werden muss. Sinnvoll wäre es sicher auch gewesen, wenn die Nutzung durch *Information Broker*, die ja der Wirtschaft durch ihre Recherchen zuarbeiten, ebenfalls explizit aufgeführt worden wäre¹⁴.

Kühn auch der Vorschlag, bei der für diese Gruppe vorgesehenen Vergütung die Verwertungsgesellschaften mit Pauschalvergütungen außen vor zu lassen. So muss die Idee der „negotiated remuneration“ wohl gedeutet werden: „means that the compulsory license fee is to be negotiated in individual cases, and therefore does not imply a role for collective rights management.“ (FN 54 im Wittem-Text). Ob dies wirklich wegweisend sein kann, könnten nur Feldversuche klären. Die Gefahr besteht zweifellos, dass hier Großunternehmen zu besseren Konditionen kommen können als die eher innovationsbefördernde mittelständische Wirtschaft. Aber immerhin – die Vorschläge in Art. 5.4 zeigen doch, dass Neuland betreten werden kann und dass experimenteller Spielraum auch von den Gesetzgebern gegeben werden sollte.

(6) Schluss – gut, aber dann doch nicht wirklich wegweisend

Der *Code* ist keineswegs als der Versuch anzunehmen, eine Konzeption für ein umfassendes, zeitgemäßes Urheberrecht zu entwickeln, die der Politik gleichsam als eine regulative Idee vorzugeben wäre. Niemand wird erwarten, dass eine solche Konzeption von der Politik dann gänzlich in der Praxis umgesetzt wird – aber ohne Leitvorstellungen wird Politik nicht angemessen „handeln“, sondern eher nur – im Kantischen Sinne – „hantieren“, also nicht zielorientiert vorgehen, sondern nur handwerkliche Modifikationen am Bestehenden vornehmen. Warten wir also weiter auf einen

¹³ Vgl. Jan Simon: HipHop Urheberrecht. Die Rechtsprechung beeinflusst die Kunst. HipHop würde anders aussehen, wenn Sampling frei wäre. Vier prominente Fälle - <http://de-bug.de/mag/3650.html>

¹⁴ Dies hatte ja schon einmal Hilty vorgeschlagen. Hilty, R M (2009). Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette: der Wissenschaftsmarkt als Prüfstein für die urheberrechtliche Zwangslizenz. In: Hilty, R M [et al.]. Schutz von Kreativität und Wettbewerb: Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag. München (Germany), 119-135

richtungsweisenden Entwurf (vielleicht auch aus dem Wittem-Projekt) - wenn denn die Urheberrechtswissenschaftler es wagen, die Grenzen des Vorgegebenen zu überschreiten.

Natürlich folgt die heutige Rechtswissenschaft keineswegs mehr radikal der reinen Rechtslehre im Sinne von Hans Kelsen, nach dem es Ziel der Jurisprudenz sei, "ausschließlich und allein, das positive Recht zu beschreiben, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber, wie es sein oder gemacht werden soll"¹⁵. Aber juristische Texte haben immer noch überwiegend selbst-referenziellen Charakter. D.h. Vorschläge über neue Normen oder Modifikationen bestehender Normen werden in erster Linie daraufhin abgeklopft, ob sie mit bestehenden Gesetzen, völkerrechtlich verbindlichen Vereinbarungen oder ebenso verbindlichen Richtlinien-Vorgaben, z.BV. der EU, kompatibel sind. Dann entstehen juristisch gute Texte wie eben dieser *Code*, aber keine wegweisenden.

Eine Forderung, wie von mir in (Kuhlen 2008, 532) erhoben¹⁶, dass Juristen nicht bloß „dogmatisch kongruent und damit defensiv, sondern auch kreativ modifizierend“ vorgehen mögen, wird in der Regel zurückgewiesen. So merkt auch Erich W. Steinhauer in seiner durchaus freundlich unterstützenden Besprechung dieses Buches an: „Ein Jurist freilich, der den sicheren Boden der Dogmatik verlässt und sich auf den Treibsand visionärer Modelle begibt, hört auf, Jurist zu sein. Er agiert dann vielleicht politisch oder philosophisch, aber nicht mehr juristisch.“¹⁷ Na gut – sicher sollen nach Platon die Philosophen nicht die Politiker sein; aber ein wenig mehr über die Regulierung des Umgangs mit Wissen und Information sollten sie schon mitbestimmen dürfen. Es steht dabei zu viel auf dem Spiel, als dass dies den professionellen Juristen überlassen bleiben darf. Gebraucht sind Zwischenformen zwischen dem Treibsand visionärer Modelle und der selbst-referentiellen Dogmatik.

The Wittem Project. European copyright code

April 2010 - www.copyrightcode.eu

Wittem Group Drafting Committee

Prof. Lionel Bently, Emmanuel College and CIPIL, Cambridge

Prof. Thomas Dreier, Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht, Zentrum für angewandte Rechtswissenschaft, Karlsruhe Institute of Technology (KIT)

Prof. Reto Hilty, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Munich

Prof. P. Bernt Hugenholtz, Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam

Prof. Antoon Quaedvlieg, Radboud Universiteit Nijmegen

Prof. Alain Strowel, Facultes universitaires Saint-Louis, Bruxelles

Prof. Dirk Visser, Universiteit Leiden

¹⁵ Zitiert nach: <http://www.wienerzeitung.at/linkmap/personen/kelsen.htm>

¹⁶ Kuhlen, Rainer: Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts? Schriften zur Informationswissenschaft; Bd. 48. vwh - Verlag Werner Hülsbusch: Boizenburg 2008

¹⁷ In: Forum Buch und Bibliothek BuB 10/2009, 741-745