

Arbeitswelt — Genforschung — Neue Technik —
Lebensformen — Staatsgewalt

Menschengerecht

Rechtspolitischer Kongreß
der SPD — Essen 1986

Arbeitsmaterialien

Neue Technologien — neues Wirtschaftsrecht?

I. Einleitung

1. Was meint „Wirtschaftsrecht“?

Sich dem hier genannten Thema zu stellen, verlangt eine kleinere und eine größere Vorbemerkung.

Die kleinere betrifft den Begriff „neue Technologien“. Gedacht ist dabei an neue Formen der Information und Kommunikation in Betrieben und Verwaltungen wie im häuslichen Bereich. Es geht um „Computertechnik“ in dem sehr weiten Sinn einer Schaffung vernetzter Informationssysteme. Weiter soll von Gentechnologie die Rede sein, d. h. von künstlichen Veränderungen der Erbanlagen, und damit von neuartigen Einwirkungen auf die organische (einschließlich der menschlichen) Natur. Herkömmliche Technologien einschließlich der Kernkraft sollen nur insoweit Berücksichtigung finden, als sich aus dem Umgang mit ihnen Konsequenzen für den Umgang mit dem eigentlich Neuen ziehen lassen.

Die größere Vorbemerkung betrifft den Begriff „Wirtschaftsrecht“. Geht man die in „privates“ und „öffentliches“ Wirtschaftsrecht gegliederte Standardliteratur¹ durch, so kann man sich bisweilen des Eindrucks nicht erwehren, daß die Zahl der Abgrenzungsversuche erheblich höher liegt als die der Autoren. Geht es um die Regelung der Wirtschaft schlechthin oder nur um bestimmte Formen staatlicher Intervention, die nicht schon durch andere Systembegriffe wie „Gesellschaftsrecht“, „Steuerrecht“, „Arbeitsrecht“ erfaßt sind? Ist Wirtschaftsrecht nur ein staatliches Handlungsinstrument neben anderen, ist es an bestimmten Grundwerten wie gesamtwirtschaftlicher Richtigkeit und sozialer Gerechtigkeit orientiert? Erfaßt es nur bestimmte staatliche Handlungsformen wie die Herstellung von Wettbewerb oder die punktuelle marktkonforme Intervention?² Hier eindeutig Stellung zu beziehen, würde vermutlich eine eigen-

¹ Vgl. etwa *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, 2 Bde. München 1983; *Mertens-Kirchner-Schanze*, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Reinbek 1981; *Rittner*, Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht, Heidelberg — Karlsruhe 1979; *Reich*, Markt und Recht, Neuwied und Darmstadt 1977; *Steindorff*, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Darmstadt 1977 (sämtliche mit privatrechtlichem Schwerpunkt); *Battis-Gusy*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Heidelberg 1983; E. R. *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bde., 2. Aufl., Tübingen 1953/1954; *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1984; *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bde., 3. Aufl., Stuttgart u. a. 1984 (mit öffentlich-rechtlichem Schwerpunkt).

² Überblick über die Abgrenzungsversuche bei *Fikentscher*, Bd. 1, § 1 II.

ne Monographie erfordern — unser eigentliches Thema bleibe dabei auf der Strecke. Es soll daher ein pragmatischer Ansatz gewählt werden, der jedenfalls diejenigen Gegenstände aufgreift, die bei aller Unterschiedlichkeit des Vorgehens so etwas wie einen „Kernbereich“ wirtschaftsrechtlichen Bemühens darstellen.

Inhaltlich wird es ausschließlich um das Verhalten jener Rechtssubjekte gehen, die Güter und Dienstleistungen produzieren. Sie sind in unserer Wirtschaftsordnung meist, aber keineswegs immer privatrechtlich verfaßte Unternehmen; staatliche Eigenaktivitäten können jedoch nicht ausgeklammert werden — der geplante Ausbau der Netze der Deutschen Bundespost macht dies zur Genüge deutlich. Hier interessierendes Steuerungsmittel ist das Recht; informelle Einflußnahmen, aber auch die Schaffung von Rahmenbedingungen sollen nicht wegdefiniert werden, können freilich nicht im Mittelpunkt stehen. Die rechtliche Intervention kann darauf zielen, in bestimmten Märkten Wettbewerb zu erhalten oder wiederherzustellen, aber auch sonstige Bedingungen privatautonomem Verhalten zu schaffen. Eine Verengung darauf — wie es dem neoliberalen Modell entspräche — scheidet jedoch von vornherein aus. Der Staat kann die ihm vom Grundgesetz eröffneten Spielräume auch in anderer Weise nutzen und hat dies allen ideologischen Bekenntnissen zum Trotz auch immer getan: Erreichte Positionen wurden durch die Zuteilung gewerblicher Schutzrechte abgesichert (und damit ein wesentliches Stück Marktordnung realisiert), der Staat tritt als potenter Nachfrager, aber auch als Subventionsgeber auf³. Auch die direkte Investitionssteuerung ist dem geltenden Recht bekannt⁴.

Das so umschriebene Stück staatlicher Tätigkeit wird rechtssystematisch unterschieden von der Regelung der abhängigen Arbeit im Arbeitsrecht und der Absicherung elementarer Lebensrisiken im Sozialrecht⁵. Auch das Verbraucherrecht soll hier nicht einbezogen werden⁶. Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht sind jedoch insoweit von Interesse, wie sie als Steuerungsmittel eingesetzt werden; dasselbe gilt für Normen des Verwaltungsrechts⁷.

2. Vorarbeiten

Die Einführung und Ausgestaltung neuer Technologien ist bislang keine eigenständige Größe in der wirtschaftsrechtlichen Systematik. Man befaßt sich mit

³ Zur Illustration: Von 1966 bis 1982 sind Finanzhilfen und Steuervergünstigungen von 8,77 Mrd auf 27,1 Mrd DM gestiegen — s. den 9. Subventionsbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 10/352. Von einem weiteren Subventionsbegriff her gelangen *Gutowski-Thiel* (55. DJT, S. M 49) für das Jahr 1982 zu einem Gesamtbetrag von 81 Mrd. DM.

⁴ Dazu etwa *Müller-Graff*, Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, Tübingen 1984, S. 114 ff. (Energiewirtschaft, Kernenergie); *Stober*, Bd. 2, S. 141 ff.

⁵ Zur Segmentierung der Staatsintervention s. *Däubler*, Gedächtnisschrift Kahn-Freund, München, 1979, S. 44 ff.

⁶ S. zu diesem *Hart-Joerges*, Verbraucherrecht und Marktökonomik. Eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzung der Verbraucherpolitik, in: *Assmann* u. a., Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Königsstein/Ts. 1980, S. 83 ff.

⁷ Vgl. *Steindorff*, a. a. O., S. 5 f.

„Wirtschaftsförderung“, insbes. Subventionsrecht⁸, und stellt dieses anderen Handlungsfeldern wie der Überwachung gefährlicher Anlagen oder der Regelung des Handwerks gegenüber⁹. Ein spezifisches Technologierecht als ein Zweig des „besonderen Wirtschaftsrechts“ ist nicht ersichtlich¹⁰.

Die Gründe können hier nur vermutet, nicht im einzelnen analysiert werden. Von wesentlicher Bedeutung scheint die Tatsache zu sein, daß sich Wirtschaftsrecht auf das „Außenverhalten“ von Unternehmen beschränkt; der Markt soll geordnet, staatliche Eingriffe oder Eigenaktivitäten sollen an bestimmte normative Vorgaben gebunden werden. Was sich innerhalb der Größe „Unternehmen“ oder „Forschungseinrichtung“ tut, wird nur in eingeschränktem Maße rechtlich reglementiert. Wer keine Fremdmittel in Anspruch nimmt, braucht niemanden zu fragen, ob und welche technischen Innovationen er realisieren möchte. Erst der Einsatz gegenüber anderen ruft dann die staatliche Rechtsordnung auf den Plan, die bestimmte Konsequenzen ausschließen will. Ein Technologierecht, das nicht von vornherein auf ein „Technologiefolgenrecht“ verkürzt wäre, würde daher tendenziell die unternehmerische Autonomie in Frage stellen. Auch nur die tatsächlich vorhandenen Einschränkungen in ihrer vollen Bedeutung aufzunehmen¹¹ und nicht nur als „Ausnahmeerscheinung“ ins zweite Glied zu verbannen, würde an den Grundfesten des liberalen Gesellschaftsmodells rütteln, das allemal den vorhandenen Untersuchungen zugrunde liegt.

Im Arbeitsrecht scheinen die Verhältnisse zumindest auf den ersten Blick andere zu sein. Die Einführung neuer Technologien ist dort gewissermaßen Standardthema — wissenschaftliches Interesse, zum Teil aber auch Rechtsprechung konzentrieren sich auf Bildschirmarbeitsplätze¹², Personalinformationssysteme¹³ und elektronische Fernarbeit¹⁴. Auch hier muß man jedoch feststellen, daß sich die rechtliche Intervention auf Folgenbewältigung beschränkt; die unternehmerischen Entscheidungen als solche entziehen sich in aller Regel den Imperativen des Arbeitsrechts¹⁵.

8 Dazu etwa *Battis-Gusy*, a.a.O., S. 126 ff. *Jarass*, a.a.O., S. 190 ff.; *Stober*, a.a.O., S. 105 ff. sowie insbes. die Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentags (Hamburg 1984) mit Gutachten *Bleckmann* (Bd. 1, S. D 1—D 115) und Referat *Friauf* (Bd. 2, S. M 8—M 44).

9 S. etwa *Jarass*, a.a.O., S. 327 ff. (Gefährliche Anlagen), S. 261 ff. (Handwerk und Gaststätten).

10 S. jedoch die wichtigen Ansätze bei *Ullrich*, Privatrechtsfragen der Forschungsförderung in der Bundesrepublik Deutschland, Weinheim 1984.

11 Hierin liegt eines der großen Verdienste der Arbeit von *Müller-Graff* a.a.O.

12 BAG NJW 1984, 1476; dazu zuletzt *Ulrike Wagner*, Mitbestimmung bei Bildschirmtechnologien, Frankfurt/M. — Bern — New York 1985.

13 BAG NZA 1985, 28 ff.; s. weiter *Kilian* u. a., Personalinformationssysteme in deutschen Großunternehmen, Berlin-Heidelberg-New York 1982.

14 Dazu etwa *Kappus* NJW 1984, 2384 ff.; *Müllner*, Privatisierung des Arbeitsplatzes — Chancen, Risiken und rechtliche Gestaltbarkeit der Telearbeit, Stuttgart u. a. 1985.

15 Dies wird etwa daran deutlich, daß eine betriebsbedingte Kündigung nicht mit der Erwägung angegriffen werden kann, die zugrunde liegende Unternehmerentscheidung sei unzumutbar oder „sozial nicht verträglich“ — näher dazu *Dübler*, Das Arbeitsrecht 2, 4. Aufl., *Reinbek* 1986, S. 447 ff.; *Döse-Digenopoulos*, Arbeitsgerichte und betriebsbedingte Kündigung, Köln 1982. Auch die Beteiligung des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG gibt keine Mitbestimmung über Unternehmensentscheidungen.

II. Neue Probleme

Auch und gerade auf der Basis bestehender unternehmerischer Autonomie ergeben sich eine Reihe von Fragen, die unter wirtschaftsrechtlichen Aspekten Beachtung verdienen. Die wesentlichsten seien hervorgehoben.

(1) Herkömmlichem Denken entspricht es, den Markt für einzelne Güter oder Dienstleistungen als eine Art selbständige Größe zu begreifen, die von anderen vergleichbaren Phänomenen relativ isoliert ist. Ob der Einzelne sich an einem Markt als Anbieter oder (häufiger) als Nachfrager beteiligt, ist — vom Modell her gesehen — allein seiner freien Entscheidung überlassen. Verzichtet er auf einen sozialen Kontakt, bleibt dies für ihn ohne Folgen: Wenn ich keine Briefmarken kaufe oder nicht das Schwimmbad besuche, kann dies allenfalls Rückfragen aus meiner unmittelbaren Umgebung zur Folge haben. Von einer solchen Sicht her ist es prinzipiell ausreichend, Machtungleichgewichte auf den Märkten in Grenzen zu halten, den Verbraucher vor unzumutbarer Risikoabwälzung zu schützen und bei elementaren Lebensgütern einen Kontrahierungszwang vorzusehen. Die Wahlfreiheit des Konsumenten bleibt das stärkste Korrektiv.

Bei der Entwicklung von Informations- und Gentechnologien steht nicht nur der einzelne Markt zur Debatte. Ähnlich wie bei der Industrialisierung geht es vielmehr um die Umgestaltung der Lebensverhältnisse schlechthin, ja in letzter Instanz sogar um die Umgestaltung der menschlichen Rasse. So macht es einen entscheidenden Unterschied, ob man in einer Kleinstadt heutigen Zuschnitts oder in einem „elektronischen Dorf“ der Zukunft wohnt, wo Betriebe allenfalls noch als Nachbarschaftsbüros existieren, die für entfernt liegende Computerzentralen täglich einige Stunden Dienste erbringen¹⁶. Wie stellt sich das Leben von Behinderten dar, wenn man dereinst in der Lage ist, negative Erbanlagen bereits im Mutterleib zu erkennen und so die Voraussetzungen für einen Schwangerschaftsabbruch zu schaffen? Müssen nicht bestehende Vorurteilsstrukturen¹⁷ dann noch um vieles schlimmer werden? Wie realistisch oder utopisch auch immer diese Vorstellungen sein mögen — sie machen deutlich, daß es um mehr geht als um Innovationen auf einem Markt, wo der Einzelne „mitmischen“, von dem er aber auch die Finger lassen kann. Zur Disposition stehen die Lebensverhältnisse insgesamt. Kann ihre fundamentale Umgestaltung allein unternehmerischen Entscheidungen überlassen bleiben?

(2) Neue Technologien können weiter zur Entstehung neuer Waren, aber auch zur Kommerzialisierung von Bereichen führen, die bislang nicht Objekt von Gewinnstreben waren.

16 Zum „elektronischen Dorf“ als einer Zukunftstypie s. *Haefner*, Mensch und Computer im Jahr 2000, Basel 1984.

17 Dazu etwa das Material bei *Klee*, Behinderten-Report, Frankfurt/M. 1974 und Behindertenreport II, Frankfurt/M. 1976.

Eine „neue Ware“ in diesem Sinn ist Computersoftware, die sich nur schwer in das überkommene System des gewerblichen Rechtsschutzes, der Austauschverträge und des Arbeitsrechts einordnen läßt¹⁸. Müßten nicht auch Mikrochips der in ihnen verkörperten wirtschaftlichen Werte wegen Gegenstand eines gewerblichen Schutzrechts sein¹⁹?

Viel gravierender ist auch für die Rechtsordnung die mögliche Ausdehnung des Bereichs, der der Vermarktung zugänglich ist. Die Kommunikation per Bildschirm kann nicht nur zu einer „Austrocknung“ zwischenmenschlicher Beziehungen führen (für die sich das Wirtschaftsrecht weniger interessiert). Das Blättern im Katalog, die Vornahme einer Überweisung oder die Bestellung von Lebensmitteln per Bildschirm ersetzt nicht nur das persönliche Gespräch, sondern kostet auch Geld. Im Extremfall kann dies dazu führen, daß die gesamte Kommunikation mit der Umwelt nur noch „warenförmig“ verläuft²⁰. Die „ungeheure Warensammlung“, in der sich der Reichtum kapitalistischer Gesellschaften niederschlägt²¹, wird noch um einiges größer, der „informelle Sektor“ des menschlichen Zusammenlebens entsprechend kleiner. Kann dies als quasi-natürliche Erscheinung hingenommen werden? Schafft der erweiterte Anwendungsbereich wirtschaftsrechtlicher Normen nicht zumindest Legitimationsprobleme?

Rechtliche Grenzen werden sichtbarer, wenn es um die Kommerzialisierung menschlicher Lebensgüter geht. Die Auseinandersetzungen um die Leihmütterschaft sind im Grunde um die Frage zentriert, ob die Fortpflanzungsfähigkeit zu einem „Handelsobjekt“ werden soll — was ja nicht erst dann der Fall

18' Dazu näher unten V.

19 Zum amerikanischen Semiconductorchip Protection Act 1984, s. *Hein GRUR Int* 1985, 81 ff.
20 S. das bei *Kubicek-Rolf*, Mikropolis, Hamburg 1985, S. 43 wiedergegebene Beispiel, das aufgrund der in Werbeprospekten genannten Verwendungsmöglichkeiten neuer Technologien zusammengestellt wurde. Seiner Bildhaftigkeit wegen sei es im Wortlaut referiert: „Frau Y sitzt am heimischen Bildschirm und schickt ihrer Freundin zum Geburtstag einen elektronischen Brief, bummt durch den Quelle-Katalog und sucht eine Reise aus, erledigt ihre Schreibarbeiten für die Firma X, sieht über Video ins Kinderzimmer, ob die Kinder schlafen, schaltet ihren Fernsehkurs ‚Kunstgeschichte mit Max Müller‘ ein, liest die elektronische Zeitung mit dem Neuesten, richtet ihrem Nachbarn aus, er solle die Musik leiser stellen, stimmt elektronisch zwischen den Sendungen ‚Dallas‘ und ‚Bonanza‘ ab, schaltet Tips ‚was machen gegen die Einsamkeit?‘ ein, nimmt mit Knopfdruck an der elektronischen Partnersuche teil, verfolgt zum fünften Mal die Hochzeit des Prinzen Charles, öffnet die Gartenpforte für den heimkommenden Dackel, ruft sich vom Tele-Koch das für Montag empfohlene Kochrezept ab, überprüft, ob sie beim Supermarkt eine Lieferung ins Haus bestellen kann, läßt sich vom Arzt wegen Kopfschmerzen eine Diagnose stellen, kabelt die Städtische Bücherei um eine Lexikon-Auskunft an, überweist von ihrem Konto Funk-, Fernseh-, Btx- und Video-Gebühren, sieht sich zur Abwechslung einen älteren Unterhaltungsfilm an, sieht Nachrichten und zwischendurch Werbefilme, läßt die Jalousien in den Zimmern herunter und schaltet den Herd an, fragt bei ihrer Bank nach dem aktuellen Kontostand, holt sich vor dem Zubettgehen noch schnell kirchlichen Rat. Die aufzumachende Ersparnisrechnung in diesem Elektronik-Haushalt ist frapierend. Frau Y mußte kein Wort reden, keinem die Hand schütteln, nicht einen einzigen Schritt gehen. Sie hat absolut nichts erlebt und sich damit einen kompletten Tag menschliches Leben erspart.“

21 *Marx*, Das Kapital, MEW Bd. 23, S. 49.

ist, wenn man eine Leihmutter im Wege computerunterstützter Partnersuche ausfindig macht, sondern auch schon dann, wenn für das Austragen eines fremden Kindes ein „Aufwendersersatz“ in Höhe von DM 30 000 vereinbart wird²². Die Widerstände gegen diesen Griff des Marktes nach dem menschlichen Leben sind sicherlich beträchtlich, doch hat man sehr viel weniger Bedenken, wenn es beispielsweise um die Züchtung neuer Tierarten geht.

Gelingt es faktisch, einen Markt für neue Waren zu etablieren oder bestimmte Lebensbereiche zu „vermarkten“, so greift als rechtliche Schranke im Grunde nur das allgemeine Vertragsrecht des BGB ein. Die Kontrolle bestimmter Produkte ist in aller Regel eine nachträgliche, eine im Grunde selbstverständliche Folge der Tatsache, daß die Entwicklung neuer Technologien grundsätzlich in Privathand liegt. Das Recht hat von daher keine Chance, den Wettlauf mit der Technik zu gewinnen²³. Wer einen neuen Kraftfahrzeugtyp in den Verkehr bringen will, kann dies nicht ohne Genehmigung des TÜV tun, der eine eingehende Überprüfung anstellen wird; wer durch Anwendung gentechnologischer Verfahren Schafe und Ziegen kreuzt, bewegt sich im Rahmen der Privatautonomie.

(3) Die Einführung von Informationstechnologien hat weiter zur Folge, daß die Arbeitsteiligkeit der Produktion entscheidend zunimmt. In jüngster Zeit ist dies insbes. am Beispiel der Automobil-Zulieferer deutlich geworden, deren Aktivitäten voll mit denen ihres Großabnehmers koordiniert sind²⁴. Der Ausbau der Netze der Bundespost wird dazu führen, daß viele Entscheidungen nur noch formal im Unternehmen getroffen werden: Wird etwa ein leistungsfähiger Btx-Dienst angeboten, der von der weit überwiegenden Zahl der Haushalte akzeptiert wird, ist es für viele Unternehmen keine Frage mehr, daß sie ihre Vertriebsabteilungen drastisch reduzieren, wenn nicht aufgeben. Die eigentliche Entscheidung über die Umgestaltung von Betrieben ist daher auf gesamtwirtschaftlicher Ebene angesiedelt; hier werden die Weichen gestellt. Eine universelle „Vernetzung“²⁵ schafft überdies eine wachsende Interdependenz der Unternehmen, die prinzipiell wettbewerblichen Strukturen entgegenwirkt.

Die Arbeitsteiligkeit macht nicht an den staatlichen Grenzen halt. Gegenüber Informationstechnologien verlieren diese vieles von ihrer Unzulässigkeit. Sind Gedanken denn nicht auch dann zollfrei, wenn sie in einem Computerprogramm niedergelegt sind? Bemerkenswert ist, daß die Grundsatzentscheidungen des BAG zur Datenerfassung bei Bildschirmgeräten einen Erdölkonzern (Texaco) und eine Fluggesellschaft (PanAm) zum Gegenstand hatten, die sämtliche erhobenen Daten per Satellit nach USA (und bei Bedarf auch wieder

22 Zu den damit verbundenen Fragen s. *Däubler-Gmelin* (Hrsg.), Forschungsobjekt Mensch: Zwischen Hilfe und Manipulation, München 1986, insbes. S. 53 ff.

23 BVerfGE 49, 89, 135: Die Rechtsordnung hinkt stets hinter einer weiterstrebenden technischen Entwicklung her.

24 Dazu die Darstellung von *Klebe-Roth*, Handelsblatt v. 13. 1. 1986.

25 Dazu *Kubicek-Rolf* S. 47 ff.

zurück) gefunkt hatten²⁶; von Undurchlässigkeit oder einer Flucht aus dem Anwendungsbereich des BDSG war dabei nicht die Rede²⁷.

(4) Die Bildung neuer Märkte und Waren sowie die Verstärkung der Arbeitsteilung ändern die Spielregeln, die bisher auf Märkten gegolten haben. Auf der einen Seite nimmt die staatliche Steuerkapazität zu, ist doch die Abhängigkeit des einzelnen Unternehmens vom Gebrauch und guten Zustand der „elektronischen Autobahnen“ evident. Auf der anderen Seite wird es leichter sein, sich dem hoheitlichen Zugriff durch Verlagerung von Aktivitäten in andere Länder zu entziehen. Hinzu kommt, daß der Verbraucher möglicherweise noch weniger organisierbar wird als er dies in der Gegenwart ist. Die evtl. Auflösung der sozialen Einheit „Betrieb“ führt voraussichtlich zur Verstärkung individualistischer Grundhaltungen²⁸. Auch wird es noch weniger als heute möglich sein, sich bestimmten Angeboten zu entziehen, ohne deshalb als Außen-seiter zu gelten. Dies bedeutet, daß selbst Ansätze von Gegenmacht auf dem Markt verschwinden, daß dieser daher noch weniger sich selbst überlassen werden kann als dies bisher der Fall ist.

III. Einschaltung des Gesetzgebers?

1. Die bisherigen Entscheidungsträger

Der Beginn der hier skizzierten Entwicklung vollzieht sich nicht allein in den Forschungslabors und den Direktionsetagen großer Unternehmen. Auch staatliche Instanzen haben daran teil.

Die größte Bedeutung kommt dabei der Exekutive zu. Im Ressort des Bundespostministers wird über den Umfang und die Ausgestaltung jener Netze entschieden, die die elektronische Kommunikation der Zukunft determinieren. Im Ministerium für Forschung und Technologie und im Wirtschaftsministerium wird über staatliche Hilfen für die Entwicklung neuer Produkte befunden. Die dabei zugrunde gelegten Entscheidungskriterien sind im wesentlichen selbst gesetzt — was nicht ausschließt, daß Verbände und interessierte Firmen das ihre tun, um durch Einwirkung auf den Willensbildungsprozeß eine ihnen günstige Entscheidung zu erreichen²⁹.

Eine nicht unwesentliche Bedeutung spielt weiter die Rechtsprechung, obwohl ihre Einschaltung häufig auf dem mehr oder weniger zufälligen Umstand kla-

26 BAG NJW 1983, 2838 (Texaco) und BAG NJW 1984, 1476 (PanAm).

27 Dazu Michael Bergmann, Grenzüberschreitender Datenschutz, Baden-Baden 1985.

28 S. dazu das Referat von Pfarr.

29 Vgl. zur Subventionsgewährung etwa Friauf, 55. DJT, S. M 38: „In der Realität wird das Angebot (d. h. einer Subvention — W. D.) allerdings den zuständigen staatlichen Stellen nicht selten von den Verbänden der jeweiligen interessierten Gruppe selbst durch politischen Druck abgerungen. Der Lenkungsanreiz, der die Förderungsmaßnahmen rechtfertigen sollte, gerät in derartigen Fällen leicht in Gefahr, zur bloßen Scheinmotivation für eine ‚Gießkannensubvention‘ (Wahlgeschenk) zu denaturieren (im Extremfall ‚Nachfrageerpressung‘ von seiten der Subventionierten).“

gebereiter Mitbürger beruht. Am Einzelfall anknüpfend werden dann unter Umständen weitreichende Aussagen gemacht, die bis hin zur Strukturierung der künftigen Entwicklung gehen können. Ein Beispiel hierfür bietet die Entscheidung des Kammergerichts vom 27. 6. 1985, bei der es um die Frage ging, ob der Anschluß einer Mietwohnung an das Breitbandkabelnetz der Deutschen Bundespost eine Werterhöhung der Mietsache im Sinne von § 541 b BGB darstellt, die der Mieter nicht nur zu dulden, sondern im Wege eines höheren Mietzinses auch zu finanzieren hat³⁰. Eine negative Antwort hätte ersichtlich die Verkabelung aufs äußerste erschwert, wären doch die meisten Vermieter kaum bereit gewesen, für die Kosten selbst aufzukommen. Das Kammergericht wandte § 541 b BGB grundsätzlich an, verlangte jedoch eine effektive Verbesserung des Angebots an Rundfunk- und Fernsehsendungen. Auch könne die bisher genutzte Gemeinschaftsantenne nicht ohne weiteres abgebaut werden. Damit ist der faktische Zwang zur Nutzung der neuen Systeme erheblich reduziert. Ob die Entscheidung in allen Punkten überzeugt, ist hier nicht zu diskutieren: Viel wichtiger ist die Feststellung, daß über das weitere Schicksal der Verkabelung vorläufig ein Gericht und nicht der Gesetzgeber entschieden hat. Es gehört nicht viel Phantasie dazu, sich vorzustellen, daß auch über Leihmütterschaft und gentechnologische Eingriffe die Gerichte verbindlich entscheiden werden³¹.

Dem Gesetzgeber ist bisher bei der Entwicklung neuer Technologien eine eher marginale Rolle zugefallen. Ein „Glasfaserverkabelungsgesetz“ existiert nicht, Subventionen stützen sich in der Regel nur auf einen entsprechenden Haushaltstitel und die von der Verwaltung erlassenen Richtlinien³². Lediglich bezüglich des neuen Wirtschaftsguts „Computersoftware“ ist eine negative und eine positive Regelung getroffen worden: Negativ grenzt § 1 Abs. 2 Patentgesetz „Programme für Datenverarbeitungsanlagen“ aus dem potentiellen Patentschutz aus, positiv wird ihre Einbeziehung in den Urheberrechtsschutz durch den 1985 neu gefaßten § 2 Abs. 1 UrhG ermöglicht, wenngleich damit noch keineswegs alle Probleme gelöst sind³³.

2. Anwendung der Wesentlichkeitstheorie?

Dieser Zustand ist — vorsichtig ausgedrückt — wenig befriedigend. Die Abstinenz des parlamentarischen Gesetzgebers führt dazu, daß die getroffenen Entscheidungen ein gravierendes Legitimationsdefizit besitzen: Nicht nur, daß bürokratische Instanzen und Gerichte nicht von der Bevölkerung gewählt werden, auch die dem parlamentarischen Verfahren im Prinzip anhaftende Transparenz ist kaum mehr vorhanden. Die demokratischen Rechte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit laufen leer, wenn der Einzelne allenfalls bruch-

30 KG NJW 1985, 2031.

31 Vgl. Coester-Waltjen FamRZ 1984, 230 ff.

32 Nachweise bei Stober, a.a.O., Bd. 2, Rdnr. 1157 ff. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies grundsätzlich gebilligt: BVerwG NJW 1979, 2059.

33 Dazu Gernot Schulze GRUR 1985, 997 ff.

stückhafte Informationen erhält, deren Einordnung in größere Zusammenhänge ihm überlassen bleibt, sofern er keinen Kontakt zur etwas informierteren wissenschaftlichen Öffentlichkeit besitzt. Das darin liegende Kontrolldefizit wird dadurch noch gravierender, daß auch eine „Kontrolle über den Markt“ weithin ausgeschlossen ist. Das Zusammenwirken von Staat und Wirtschaft bei der Entwicklung neuer Technologien läßt den durchaus auch als ein Stück Demokratie zu sehenden Marktmechanismus leerlaufen, wonach der potentielle Abnehmer durch Kaufenthaltung Einfluß auf die weitere Entwicklung nehmen kann. Eine solche „Abstimmung mit den Füßen“ ist dort nicht mehr wirksam, wo es schon wegen der investierten wirtschaftlichen Werte gar kein „Zurück“ mehr gibt: Es würde aller Erfahrung widersprechen, könnten die mit einem Aufwand von 100, 200 oder mehr Milliarden getätigten Investitionen im Wege der „Konsumentensouveränität“ hinfällig gemacht werden. Auch wenn es zynisch klingen mag: Die Bewußtseinsindustrie, die zudem mit unmittelbaren Eigeninteressen involviert ist, würde im Ernstfall genügend Mittel und Wege finden, um „Verweigerungshaltungen“ auf einige „Unbelehrbare“ zu beschränken.

Von der politischen Notwendigkeit, den Gesetzgeber zu aktivieren, ist die Frage zu unterscheiden, ob er von Verfassungen wegen zum Eingreifen verpflichtet ist und dazu ggfs. mit Hilfe des Bundesverfassungsgerichts gezwungen werden kann. Entscheidender Ausgangspunkt ist dabei die sog. Wesentlichkeitstheorie, deren Ausformung im einzelnen noch unklar ist³⁴, die jedoch genügend Anhaltspunkte dafür bietet, um im vorliegenden Fall Orientierung zu gewährleisten.

Nach dem grundgesetzlichen System der Gewaltenteilung gibt es — im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts — keinen universellen Vorrang des Parlaments. Es gibt keinen „Gewaltenmonismus“; auch der Regierung kann entsprechend der grundgesetzlichen Kompetenzordnung das Recht zu Entscheidungen zustehen, die für die weitere Entwicklung des Gemeinwesens von großer Bedeutung sind³⁵. Dies ist insbes. für Standortentscheidungen im Bereich der friedlichen Nutzung der Kernenergie³⁶ und im Bereich der Außenpolitik³⁷ hervorgehoben worden. Um diesen „Eigenbereich“ der Exekutive geht es im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht. Vielmehr trifft hier die vom Bundesverfassungsgericht gemachte Aussage zu, wonach der Gesetzgeber nicht nur bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum des Bürgers, sondern in allen „grundlegenden normativen Bereichen“ zur Entscheidung berufen ist³⁸. Dazu gehört die Grundrechtsrealisierung³⁹, insbes. aber auch die Abgrenzung kollidierender Grundrechtssphären⁴⁰. Angesichts der extensiven Auslegung

34 Dazu zuletzt *Kloepfer* NJW 1985, 2497 ff.

35 So zuletzt BVerfGE 68, 1, 87.

36 BVerfGE 49, 89.

37 BVerfGE 68, 1, 86 ff.

38 BVerfGE 49, 89, 126.

39 So schon BVerfGE 34, 165, 193.

40 BVerfGE 47, 46, 80; 57, 295, 320.

der Art. 2 Abs. 1 GG im Sinne der allgemeinen Handlungsfreiheit ist damit ein weites Feld eröffnet. Das Bundesverfassungsgericht stellt darüber hinaus auch darauf ab, inwieweit die „allgemeinen Lebensverhältnisse“ durch bestimmte Maßnahmen beeinflusst werden; unter anderem aus diesem Grund hat es die normative Grundsatzentscheidung für oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der friedlichen Nutzung der Kernenergie dem Gesetzgeber vorbehalten⁴¹.

Legt man diese Aussagen zugrunde, so fällt es schwer, die bisherige Praxis als grundgesetzkonform zu bezeichnen. Mit Recht ist sogar für den Teilbereich der Subventionsgewährung der Gesetzesvorbehalt reklamiert worden⁴²; für den Ausbau der Netze der Bundespost kann nichts anderes gelten. Selbst Entwicklungen, die sich ohne jede staatliche Beteiligung ausschließlich im Rahmen privater Unternehmen vollziehen, stellen keine „Privatsache“ mehr dar; auch hier hat sich der Gesetzgeber darüber schlüssig zu werden, ob er die mit einer neuen Technologie verbundenen Risiken hinnehmen will oder nicht⁴³. Zwar wird sich schwer bestreiten lassen, daß in der Vergangenheit zahlreiche für das Gemeinschaftsleben wesentliche Entscheidungen letztlich „autonom“ durch Unternehmen getroffen wurden⁴⁴, doch heißt dies nicht, daß das Grundgesetz einen Steuerungsverzicht des Gesetzgebers auch dann toleriert, wenn es um einen Vorgang geht, der mit der Industrialisierung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vergleichbar ist.

3. Einige Konsequenzen

Den Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen, bedeutet nicht, von ihm eine umfassende Regelung zu erwarten. Angesichts eines langfristigen Prozesses ist es vielmehr seine Aufgabe, die „große Richtung“ zu bestimmen. Er muß sich darüber schlüssig werden, welche Technologien durch finanzielle Zuwendungen oder durch Infrastrukturleistungen des Staates zu fördern sind, er muß entscheiden, wo die Grenze der „Vermarktbarkeit“ von Lebensgütern verläuft. Maßstäbe für die Regelungsdichte können sich aus der Volkszählungsentscheidung ergeben, die den Teilaspekt der Bürgerfreiheit gegenüber staatlicherseits angewandten Informationstechnologien betrifft⁴⁵. Geboten ist danach alles andere als eine „Technikblockade“, sondern eine Einbindung technischer Entwicklungen in das politische System, das andernfalls einem Erosionsprozeß ausgesetzt wäre.

41 BVerfGE 49, 89 LS 2.

42 *Battis-Gusy* S. 129; *Bleckmann*, 55. DJT, S. D 113; differenzierend *Friauf*, 55. DJT, S. M 39.

43 Zum Risikoaspekt s. *Däubler* ZRP 1986, 42 ff.

44 Als Beispiel sei die Entwicklung der „Pille“ genannt, die vermutlich das Sexualverhalten ungleich stärker veränderte als die Liberalisierung bestimmter einschlägiger Strafrechtsnormen.

45 BVerfGE 65, 1 ff.

IV. Das Problem der „Feinststeuerung“

Der Gesetzgeber wäre ersichtlich überfordert, müßte er nicht nur „Leitlinien“ festsetzen, sondern konkrete Maßnahmen treffen. Der Bundestag ist kein Organ eines wirtschaftlichen Dirigismus oder gar eine Art zentrale Plankommission — was nicht ausschließt, daß er im Einzelfall besonders kontroverse Fragen an sich ziehen und im Wege normativer Vorgaben entscheiden kann, auch ohne dazu von Verfassungen wegen verpflichtet zu sein.

Die beschränkten Möglichkeiten des Gesetzgebers sollten nicht zu dem vor schnellen Schluß verführen, im übrigen könne alles beim alten bleiben. Einige Ansätze für mehr Transparenz der Entscheidungsvorgänge und für eine verstärkte Einschaltung der Betroffenen finden sich schon in dem auf traditionelle Technologien bezogenen Recht.

— Die „Risikosteuerung“ liegt weitgehend in der Hand von Experten, die mehr oder weniger autonom über die „Regeln der Technik“, über den „Stand von Wissenschaft und Technik“ und über ähnliche Begriffe entscheiden, auf die der Gesetzgeber verweist⁴⁶. Diese eigentlichen Entscheidungszentren setzen sich derzeit aus Sachverständigen zusammen, die von Interessenverbänden entsandt, von der Verwaltung ernannt oder kooptiert werden. Wie Heußner und Simon in ihrem Minderheitsvotum zur Mülheim-Kärlich-Entscheidung ausgeführt haben⁴⁷, ist diese Art der Zusammensetzung jedenfalls dort nicht vom Grundgesetz gedeckt, wo es um den Schutz von Leben und Gesundheit der Bürger geht. Art. 2 Abs. 2 GG müsse auch von der verfahrensrechtlichen Seite her effektiv gemacht werden, woraus sich u. a. die Verpflichtung ergebe, den Interessen der Betroffenen auch bei der Zusammensetzung der Expertengremien Rechnung zu tragen⁴⁸. Entsprechendes wäre auch bei neuen Technologien vorstellbar. Auch dort lassen sich die Grenzen des Zulässigen nicht immer im Wege einer exakten gesetzlichen Regelung bestimmen. Im Bereich des Datenschutzes ist der Vorschlag gemacht worden, den genauen Umfang der zu speichernden Daten ebenfalls von unabhängigen Instanzen bestimmen zu lassen⁴⁹. Auch im Bereich der Gentechnologie könnte man sich „Ethikkommissionen“ vorstellen, die in Zweifelsfällen über die Grenze des „noch Vertretbaren“ entscheiden.

— In Bezug auf die Subventionskontrolle sind gleichfalls Vorschläge gemacht worden, wie das Verfahren transparenter und damit letztlich demokratischer werden kann. Erwogen wird etwa die beratende Vorprüfung von Subventionsanträgen durch unabhängige Kommissionen, die von den zuständigen Rechnungshöfen einzusetzen wären⁵⁰. Die Rede ist weiter von einer begleitenden Kontrolle durch Parlamentsausschüsse⁵¹ sowie von der Einrichtung eines

46 Überblick bei *Backherms* JuS 1980, 10 f.

47 BVerfGE 53, 69, 78.

48 Für die Demokratisierung der Expertengremien auch *Beckherms* JuS 1980, 10 f.

49 Vgl. *Däubler* ZRP 1986, 47.

50 *Friauf*, 55 DJT, S. M 32.

51 *Bleckmann*, 55. DJT, S. D 69.

„Subventions-Ombudsmannes“,⁵² der umfassende Kontrollbefugnisse etwa entsprechend denen des Wehrbeauftragten haben könnte. Vorstellungen dieser Art sind umso mehr berechtigt, wenn es nicht um die gewiß wichtige Hilfe für ein notleidendes Unternehmen, sondern um wesentliche Fragen des künftigen sozialen Lebens geht. Dabei wäre auch daran zu denken, nicht nur Kontrollinstanzen zu etablieren, sondern — unter Wahrung der Eigenverantwortlichkeit der Exekutive⁵³ — einzelne Entscheidungen auszulagern und sie unabhängigen Ausschüssen zu überantworten. Warum sollte es nicht möglich sein, die Gewährung staatlicher Finanzhilfen einem Gremium zu übertragen, in dem Parlamentarier und vielleicht auch Konkurrenten des Antragstellers vertreten sind? Wäre letzteres nicht eine Form vorbeugenden Rechtsschutzes, die manche Konkurrentenklage überflüssig machen könnte?

— Ein weiterer Ansatz geht von der Mitbestimmung der Arbeitnehmer aus. In vorliegendem Zusammenhang steht allerdings nicht die Lösung von Konflikten in Rede, die sich unmittelbar zwischen Belegschaften und Arbeitgeberseite ergeben und die nach herkömmlicher Auffassung Hauptgegenstand der institutionellen Mitbestimmung und tariflicher Regelung sind. In Frage stehen vielmehr ausschließlich Entscheidungen, die weit über das einzelne Unternehmen hinauswirken oder die von vornherein innerhalb des Apparats der öffentlichen Hand getroffen werden. Hier muß es deshalb primär darum gehen, die Interessen der Arbeitnehmer insgesamt zur Geltung zu bringen. Wollte man etwa allein die Betriebsräte des Subventionsempfängers beteiligen, wie dies bisweilen Praxis war⁵⁴, würde man nur einem gewissen Betriebsegoismus Vorschub leisten: Ob neue Technologien wirklich sozial verträglich sind, sollte möglichst nicht von jenen mitentschieden werden, die von ihrer Entwicklung unmittelbar selbst profitieren. Eine solche partikularistische Beteiligung kann sogar das Gegenteil dessen erreichen, was Mitbestimmung will: Eine Technologie, die in anderen Betrieben Arbeitsplätze wegfallen läßt, wird ein Stück unangreifbarer, wenn die staatliche Förderung nicht nur vom „profitgierigen“ Unternehmer, sondern auch von der Interessenvertretung der Beschäftigten beantragt wurde. Repräsentation der Arbeitnehmer insgesamt bedeutet Einbeziehung der Gewerkschaften in die Entscheidungsprozesse — was etwa dadurch geschehen kann, daß sie in den skizzierten Ausschüssen maßgeblich vertreten sind. Auf lange Sicht bedeutet das Mitgestalten der technologischen Entwicklung allerdings ein Stück mehr „Neokorporatismus“, mehr Integration der Gewerkschaften in die bestehende Gesellschaftsordnung. Ob ein entsprechendes staatliches Angebot akzeptiert wird, ist daher primär eine Frage innergewerkschaftlicher Willensbildung.

52 *Friauf*, 55. DJT, S. M 33 f.

53 BVerfGE 67, 100, 139.

54 Übersicht bei *Däubler*, Arbeitsrecht 1, 7. Aufl., *Reinbek* 1985, S. 598 ff.

V. Entwicklung neuer Regeln für neue Wirtschaftsgüter — am Beispiel der Computersoftware

Soweit die technische Entwicklung neue Güter hervorbringt, kann der Fall eintreten, daß das vorhandene rechtliche Instrumentarium angepaßt oder weiterentwickelt werden muß. Dies soll hier in Bezug auf das Wirtschaftsgut „Computersoftware“ dargestellt werden⁵⁵. Dieses besteht nach herrschendem Verständnis aus dem eigentlichen Programm⁵⁶, dem sog. Begleitmaterial, das Anweisungen an die Benutzer wie an das Bedienungspersonal des Computers enthält, sowie der Programmbeschreibung, die die vom Programmierer vorgenommenen Schritte wiedergibt und Möglichkeiten zur Abänderung und Weiterentwicklung des Programms aufzeigt.

Rechtsprobleme ergeben sich dabei einmal bei Umsatzgeschäften. Welche vertragsrechtlichen Normen sind anwendbar, wenn dieses komplexe Gebilde einem anderen vorübergehend oder auf Dauer überlassen wird? Wie sind die Pflichten beider Seiten beschaffen? Welches Maß an „Einweisung“ kann der Anwender vom Anbieter erwarten? Wer haftet für nie auszuschließende Programmfehler, die erhebliche Folgeschäden herbeiführen können? Diese sowie zahlreiche weitere Fragen mögen zwar den Gerichten⁵⁷ wie der Wissenschaft⁵⁸ einiges Kopfzerbrechen bereiten — im Grunde handelt es sich um „Anpassungsschwierigkeiten“, die sich in ähnlicher Weise bei anderen im BGB nicht geregelten Vertragstypen finden: Unternehmenskauf, Lizenzgewährung oder Anlagenvertrag können hierfür als Beispiele stehen.

Die eigentliche Herausforderung stellt sich im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes. „Programme für Datenverarbeitungsanlagen“ sind nach § 1 Abs. 2 Ziffer 3 PatG nicht patentfähig, das 1985 neugefaßte Urheberrechtsgesetz rechnet sie in § 2 Abs. 1 zu den „Sprachwerken“⁵⁹. Auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung hatte sich zuvor für eine derartige Einordnung entschieden⁶⁰. Die damit geschaffene Klarheit ist jedoch nur eine scheinbare.

55 Andere Beispiele wären denkbar. S. etwa von *Pechmann*, Zum Problem des Schutzes gentechnologischer Erfindungen bei Pflanzen durch Sortenschutz und/oder Patente, GRUR 1985, 717 ff. oder *Roth*, Grenzüberschreitender Rundfunk und Dienstleistungsfreiheit, ZHR 149 (1985), S. 679 ff.

56 Zur Definition im einzelnen s. *Kindermann* GRUR 1983, 150 ff.: „Vielzahl maschinenlesbarer Anweisungen an den zur Daten- und Textverarbeitung geeigneten Computer (Hardware)“. Ähnlich die Definition in den Mustervorschriften der Weltorganisation für geistiges Eigentum (GRUR 1979, 306): „Computerprogramm“ (ist) eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind, zu bewirken, daß eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.“

57 S. etwa BGH NJW 1981, 2674; BGH NJW 1982, 696.

58 Zu nennen insbes. *Engel* BB 1985, 1159 ff.; *Kilian*, in: Gorny-Kilian (Hrsg.), Computer-Software und Sachmängelhaftung, Stuttgart 1985, S. 19 ff.; *Mehring* GRUR 1985, 189 ff.

59 BGBl I, 1137. Die Vorschrift lautet nunmehr: „Zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst gehören insbes.:

1. Sprachwerke, wie Schriftwerke und Reden sowie Programme für die Datenverarbeitung.“
60 BAG AuR 1985, 197 ff. („Baustatik“) mit Anm. *Däubler*; BGH BB 1985, 1747 = CuR (= Computer und Recht) 1985, 22 („Inkasso-Programm“).

Die Unterstellung unter das Urheberrecht hat zunächst einige Ungereimtheiten zur Folge, die zwar im großen und ganzen erträglich sein mögen, jedoch erste Anhaltspunkte für Friktionen zwischen den betroffenen Interessen und der rechtlichen Absicherung sind. Wenig adäquat erscheint angesichts der Schnelligkeit der Entwicklung die Schutzdauer, die sich auf 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers beläuft. Was für den literarischen Klassiker paßt, erscheint bei technikbezogenen Leistungen eher befremdlich. Im Ergebnis schlägt dies allerdings nicht sehr zu Buche, da sich kaum jemand dafür interessieren wird, ob eine überholte Leistung imitiert werden darf oder nicht. Gravierender ist die ebenfalls 1985 geschaffene sehr rigide Vorschrift des § 53 Abs. 4 Satz 2 UrhG, die jede Vervielfältigung eines Programms von der Einwilligung des Berechtigten abhängig macht. Dies bedeutet, daß man nicht einmal immer Sicherungskopien anfertigen kann; auch überzeugt es nicht, daß man zwar privat Musik auf Kassette aufnehmen, Vergleichbares aber nicht mit einem Computerspiel tun darf⁶¹. Durch Vertragsgestaltung und ggfs. Vertragsauslegung läßt sich hier sicherlich Abhilfe schaffen — gleichwohl versteht man nicht, weshalb eine Vorschrift geschaffen wird, die dem Rechtsverkehr vermeidbare Hindernisse in den Weg legt.

Der eigentliche Konflikt liegt aber nicht hier, sondern im geringen Anwendungsbereich des Urheberrechts. Dieses setzt zum einen eine „persönliche geistige Schöpfung“ voraus (§ 2 Abs. 2 UrhG). Der BGH hat dies dahingehend verdeutlicht, die alltäglichen Produkte von Systemanalytikern und Programmierern seien nicht schutzfähig; erst in einem erheblich weiteren Abstand beginne „die untere Grenze der Urheberrechtsschutzfähigkeit, die ein deutliches Übertreten der Gestaltungstätigkeit in Auswahl, Sammlung, Anordnung und Entwicklung der Informationen und Anweisungen gegenüber dem allgemeinen Durchschnittskönnen voraussetzt“⁶². „Damit mögen zwar viele Computerspiele miterfaßt sein (die am ehesten noch Ähnlichkeit zum traditionellen Schutzgegenstand „Film“ besitzen), bei industriellen Anwenderprogrammen dürfte weniger die Individualität des Programmierers als die korrekte Funktionserfüllung in Frage stehen“⁶³. Dazu kommt, daß das Urheberrecht nur die Art und Weise der Darstellung schützt; die wiedergegebene Idee (im vorliegenden Fall insbes. der sog. Algorithmus) bleibt als wissenschaftliche Erkenntnis „gemeinfrei“⁶⁴. Dies bedeutet, daß nicht nur zahlreiche Standardprogramme ungeschützt bleiben, sondern daß auch die den meisten Forschungsaufwand erfordernden Produkte nicht einbezogen sind. Jedem Dritten ist es daher möglich, den Grundgedanken des Programms in anderer Weise zum Ausdruck zu bringen und für eigene Zwecke zu nutzen — auch das Wettbewerbsrecht würde insoweit meist keine Schranke darstellen.

61 Berechtigte Kritik bei *Bauer* CuR 1985, 8.

62 S. oben Fn. 60.

63 Vgl. *Gernot Schulze* GRUR 1985, 1005.

64 *Bauer* CuR 1985, 10.

Sieht man die Funktion des gewerblichen Rechtsschutzes primär darin, die Ergebnisse innovativer Tätigkeit gegen (unbezahlte) Aneignung durch Dritte zu schützen, so liegt die Forderung nahe, ein neues Schutzrecht zu entwickeln und dabei nicht nur Standardprogramme, sondern auch Algorithmen einzubeziehen⁶⁵. Damit wäre jedoch die Entwicklerperspektive verabsolutiert. Der „Rest der Welt“ einschließlich potentieller künftiger Konkurrenten könnte nicht mehr auf vorhandenen Gedanken aufbauen — es sei denn, er erhielte eine (freiwillig gewährte oder vom Staat erzwungene) Lizenz. Nicht mehr nur die praktische Anwendung eines Gedankens wie beim Patent wäre monopolisiert — dieser selbst würde zum Handelsobjekt. Dies wirft nicht nur Fragen der Wissenschaftsfreiheit auf⁶⁶, sondern kann zu einer Blockade des technischen Fortschritts führen. Auch die Entwicklung in anderen Staaten legt einen solchen Schritt nicht nahe, da vergleichbare Vorhaben dort — soweit ersichtlich — nicht realisiert oder geplant sind⁶⁷.

Zurückhaltung auf dem Gebiet der Monopolisierung von Ideen bedeutet nicht, den bestehenden Urheberrechtsschutz für ausreichend zu erklären. Auch das Kopieren fremder Standardprogramme sollte generell verboten sein. In Anlehnung an das Gebrauchsmusterrecht käme die gesetzliche Schaffung eines „kleinen Urheberrechts“ in Betracht, das nur geringe Anforderungen an den Neuheitswert stellt oder lediglich eine Anmeldung voraussetzt. Weiter sollte das „Rechtsgefälle“ beseitigt werden, das im Verhältnis zu den USA beim Schutz von Halbleiterchips eingetreten ist: Der dort gewährte Schutz⁶⁸ müßte auch in der Bundesrepublik möglich sein⁶⁹ — dies schon aus der Erwägung, daß das amerikanische Gesetz eine Gegenseitigkeitsklausel enthält, wonach ausländische, d. h. auch deutsche Firmen für ihre Erzeugnisse in den USA nur dann ein Schutzrecht erhalten können, wenn in ihrem Heimatstaat vergleichbare Regelungen bestehen. Wettbewerbsnachteile auszugleichen ist legitim, Monopole zu schaffen ist es nicht.

65 Dafür grundsätzlich *Bauer* CuR 1985, 12; *Schulze* GRUR 1985, 1007 mit Fn. 89.

66 Dazu die Beiträge von *Blankenagel* und *Schmude*.

67 Zur neueren Entwicklung in Frankreich s. *Röttinger* GRUR Int. 1985, 808 ff.; zu Japan s. *Kitagawa* GRUR Int. 1985, 173 ff.

68 Zum US-Semiconductorchip Protection Act 1984 s. *Arckens-Keustermans* RIW 1985, 280; *Beise* RIW 1984, 687; *Hein* GRUR Int. 1985, 81; *Kolle* GRUR Int. 1985, 32.

69 Zu Vorüberlegungen s. die Notiz in CuR 1985, 187. Dort ist nur von „privaten Vorentwürfen“ aus dem Bundesjustizministerium die Rede.

Prof. Dr. Hans-Peter Schneider, Universität Hannover

Die Zukunft der sozialen Sicherung — ein gesamtgesellschaftliches Problem aus verfassungsrechtlicher Sicht

I. Einleitung

Nicht nur Natur und Umwelt, Arbeit und Beruf, auch Leben und Sterben der Menschen werden durch die neuen Technologien immer nachhaltiger beeinflußt und verändert, ja sogar ihre materiellen Lebensbedingungen im Alter: die *soziale Sicherung*. Seit feststeht, daß um das Jahr 2030 jeder aktive Arbeitnehmer für mindestens einen alten Menschen mitaufkommen muß, liegt die Zukunft der Alterssicherung, vor allem der Rentenversicherung, im Dunkeln. Die heute ins Erwerbsleben eintretende Generation weiß nicht, ob auch sie die gleichen Leistungen erhalten wird, die sie gegenwärtig mit ihren Beiträgen finanziert, ja sie weiß noch nicht einmal, ob die künftigen Leistungen diesen Beiträgen auch nur annähernd entsprechen. Wenn aber nicht auszuschließen ist, daß sich die Beitragslast demnächst auf jene Grenze zubewegt, von der ab die Erträge aus privaten Versicherungen höher ausfallen würden als die Rentenversicherung erwarten läßt, ist der die Umlagefinanzierung tragende Generationenvertrag unmittelbar gefährdet, das Fundament der sozialen Sicherung bedroht.

Darin liegt eine große Herausforderung nicht nur an Politik und Wirtschaft, sondern auch für das Recht. Denn die erforderliche Neuordnung der sozialen Sicherung kann nur mit rechtlichen Mitteln erfolgen, die ihrerseits an den Vorgaben und Schranken der Verfassung zu messen sind. Freilich setzt die verfassungsrechtliche Analyse des Reformwerks (V.) nicht nur eine gründliche Bestandsaufnahme und Prognose künftiger Entwicklungen voraus (II.), sondern vor allem auf der Basis gegenwärtiger Vorschläge (III.) möglichst klar umrissene sozialpolitische Zielvorstellungen (IV.).

II. Bestandsaufnahme und Prognosen

1. Der dramatische Verfall des Sozialversicherungssystems, beginnend mit der Jahrtausendwende und beschleunigt ab dem Jahre 2015, hat vielfältige Ursachen. Es wirken zusammen und verstärken sich wechselseitig:

- die technologische Entwicklung,
- die demographische Entwicklung,
- die wirtschaftliche Entwicklung,