

eine Anomalie dar, die sich nicht störungsfrei mit einem rein urheberzentrierten Denkmuster (und im Übrigen noch weniger mit einem rein verwerterzentrierten Paradigma) für die Legitimierung und Ausgestaltung des Urheberrechtsgesetzes vereinbaren lässt. Dass tradierte Paradigma war von der Vorstellung beherrscht, dass allein der Rechteinhaber schutzbedürftig sei. Dass nun in Folge des digitalen Wandels zunehmend auch der Endnutzer eines durchsetzungssstarken Schutzes bedarf, teilweise vielleicht sogar in Gestalt subjektiver Rechte oder individueller zivilrechtlicher Ansprüche (s. § 95b Abs. 2 UrhG), konterkariert die vor dem Hintergrund eines urheber- bzw. verwerterzentrierten Paradigmas bestehende Erwartung, ist mithin im Sinne *Kuhns* als Auslöser für einen destruktiv-konstruktiven Paradigmenwechsel geeignet.

## *II. Akzeptanzverlust durch Sanktionierung alltäglichen Nutzerverhaltens*

Der zu beobachtende Akzeptanzverlust des Urheberrechts in weiten Bevölkerungskreisen ist Folge und Ursache der urheberrechtlichen Legitimationskrise zugleich. Beide Phänomene bedingen sich gegenseitig: Das Urheberrecht wird u.a. deshalb nicht mehr respektiert, weil es nicht mehr glaubwürdig legitimiert ist (*Akzeptanzverlust durch Legitimationskrise*) und gerade im digitalen Umfeld als alltäglich und selbstverständlich wahrgenommene Nutzungshandlungen sanktioniert<sup>311</sup>. Weil es nicht mehr befolgt wird, steigt umgekehrt der Legitimationsdruck auf das Urheberrecht (*Legitimationskrise durch Akzeptanzverlust*).

Zwar machte man es sich zu einfach, wenn man schlicht aufgrund der massenhaften Nichtbefolgung urheberrechtlicher Regelungen durch sog. »Raubkopierer« die Legitimität des urheberrechtlichen Schutzregimes infragestellte. Nur weil, wie böse Zungen behaupten, Steuerhinterziehen zum Volkssport geworden ist und jeder zweite »schwarzfährt«, wird schließlich auch nicht auf die Einzie-

311 Zu letzterem Aspekt noch näher nachfolgend. *Garon*, 88 Cornell L. Rev. 1278, 1281 (2003), identifiziert ähnliche (und weitere) Gründe für die Legitimationskrise des Urheberrechts: »(...) the moral ambivalence towards copyrighted works may stem from a distrust of the basis for copyright protection. If the sole basis for protecting copyright is the economic incentive to create, then as soon as a work is minimally compensated, it should fall into the public domain. Emphasis on the incentive theory may weaken the legitimacy of copyright holders' claims.«. Eine weitere Ursache für die weitverbreitete Missachtung des Urheberrechts könne *Garon* zufolge von der Wahrnehmung herrühren, »(...) that copyright should serve as a shield, but never a sword; it should protect authors and artists, but not be used against the creative community to limit creative authorship«. Freilich sind dies nur zwei von vielen möglichen Erklärungen für die um sich greifende Missachtung des Urheberrechts. Mangelnde oder ungenaue Rechtskenntnis beispielsweise oder schlicht das Streben nach Geldersparnis (die digitale Privatkopie als bequemer Kaufersatz) spielen selbstverständlich ebenso mit hinein. Auch der Reiz des Verbotenen und die spielerische Lust an den Möglichkeiten der Technik sowie ein gewisser »sportlicher Ehrgeiz«, möglichst früh und über möglichst viele illegal erworbene Songs und Filme zu gebieten, dürften v.a. bei jugendlichen »Raubkopierern« nicht zu vernachlässigen sein.

hung der Steuergelder und Erhebung von Beförderungsentgelten verzichtet oder die jeweilige Berechtigung und Sinnhaftigkeit in Zweifel gezogen. Die vor allem in Kreisen jüngerer, mit dem Internet und seinen anarchischen Anfängen groß gewordener Nutzer entstandene Erwartungshaltung auf einen kostenlosen Zugang zu urheberrechtlich geschützten (Musik-) Werken, die in der Forderung nach einem pauschalen »Recht auf digitale Privatkopie« mündet, kann nicht der Maßstab für eine Revision des Urheberrechts sein. Dieser treffend »Freibiermentalität« genannten Einstellung ist prinzipiell mit Härte *und* Überzeugungsarbeit<sup>312</sup> zu begegnen, weil sie in aller Regel den Interessen der Kreativen an einer Beteiligung an den vermögenswerten Ergebnissen ihrer Arbeit zuwiderläuft<sup>313</sup> und den notwendigen Amortisationsschutz der Verwerterindustrie torpediert.

Gleichwohl kann man vor dieser gesellschaftlichen Wirklichkeit auch nicht die Augen verschließen. Im Gegenteil: Gerade die Urheberrechtswissenschaft muss sich dieses rechtssoziologischen Phänomens annehmen, führt der schwindende Respekt gegenüber dem grundsätzlich ausschließlichen Vervielfältigungsrecht des Urhebers doch zu einem Erosionsprozess und Autoritätsverlusts des gesamten Rechtsgebiets. Die massenhafte, nahezu alltägliche Verweigerung der Normbefolung, dieses ausgeprägte soziale Verhaltensmuster einer breiten Mehrheit kann nicht ohne Rückwirkung auf die Norm und ihre Legitimität bleiben<sup>314</sup>. Recht und Rechtswirklichkeit stehen schließlich in einer unauflösbaren Wechselwirkung zueinander. Wenn die Befolgung des Urheberrechts nicht mehr selbstverständlich ist und nicht mehr von einem breiten gesellschaftlichen Konsens getragen wird, ist nicht nur die Akzeptanz, sondern auch die Effektivität des Urheberrechts in Gefahr<sup>315</sup>. Man muss sich daher der Frage stellen, wie das Urheberrecht ausgestaltet und besser begründet werden kann, damit es von den Mitgliedern der Gesellschaft wieder als richtig, vernünftig und notwendig akzeptiert wird. Bislang wurde auf das Massenphänomen der unerlaubten digitalen Vervielfältigung und Verbreitung auf nationaler und internationaler Ebene vor allem in Gestalt

312 Die Kampagne des BMJ »Kopien brauchen Originale« weist insoweit in die richtige Richtung, siehe <http://www.kopien-brauchen-originale.de/enid/8393dd02a5bb8a2cbd0d1086aed781df,0/3r.html>.

313 Anders mögen die Fälle liegen, in denen sich ein Urheber bewusst dafür entschieden hat, dass für ihn (z.B. aus Promotiongründen) die maximale Verbreitung seines Werkes und weniger die Gewinnerzielung im Vordergrund steht und er deshalb sein Werk frei verfügbar beispielsweise unter einer Creative-Commons-Lizenz gestellt hat. Diese Lizzen erlauben die unbegrenzte Vervielfältigung und Verbreitung, optional je nach dem Willen des Urhebers auch die Bearbeitung und den Ausschluss einer kommerziellen Verwertung der Werke, siehe <http://creativecommons.org/>.

314 Der Begriff der Legitimität betrifft Ott/Schäfer, JZ 1988, 213, 215, zufolge, »die Voraussetzungen, unter denen die Regelungen des positiven Rechts von den Gesellschaftsmitgliedern als richtig und gerechtfertigt akzeptiert werden.«; grundlegend dazu Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 16 ff., krit. zum Weberschen Legitimitätsbegriff Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 28 f.

315 Garon, 88 Cornell L. Rev. 1278, 1283 (2003): »Some copyright violations are pure economic theft motivated by easy money and low risk. But the public's loss of faith in copyright protection threatens copyright far more than core criminal activity.«.

einer weitgehenden rechtlichen Absicherung technischer Schutzmaßnahmen und mit einer erheblichen Verschärfung der Straf- und Bußgeldvorschriften reagiert<sup>316</sup>. Angesichts der Ausmaße »echter Piraterie«, die mit viel krimineller Energie vonstatten geht und nicht selten professionell organisiert und gewerbsmäßig in großem Stil den Import urheberrechtsverletzender Güter z.B. aus China, Taiwan oder zunehmend osteuropäischen Herkunftsländern umfasst<sup>317</sup>, erscheint grundsätzlich eine robuste und rigorose strafrechtliche Reaktion auch geboten.

Vor allem die Verankerung immer stärkerer Sanktionen für die unerlaubte digitale Vervielfältigung – und zwar auch in Bagatellfällen – ist aber alles andere als unproblematisch. So berechtigt die Sanktionierung, das Vermeiden falscher rechtspolitischer Signale durch eine Strafbefreiung und die erhoffte Präventivwirkung als solche auch sein mögen: die mehr oder weniger umfassende Sanktionierung kriminalisiert von Vielen als alltäglich und selbstverständlich wahrgenommene Nutzungshandlungen.

Die Einführung der Privatkopie mag 1965 nur eine gesetzgeberische Notlösung gewesen sein, weil ein Verbot mangels Durchsetzbarkeit für den Urheber ohne Nutzen gewesen wäre. Auch mögen die Interessen der Nutzer damals kein Beweggrund für die Ausgestaltung dieser Schrankenregelung gewesen sein<sup>318</sup>. Nichtsdestotrotz lässt sich nicht von der Hand weisen, dass in der Folge ein Klima entstanden ist, in dem die digitale private Vervielfältigung zum Eigengebrauch (z.B. auch kopiergeschützter CDs oder der Internetdownload aus Tauschbörsen) undifferenziert als »gutes Recht« der Verbraucher verstanden wird. Schließlich, so die häufig zu hörende Argumentation, habe man ja das »Eigentum« an einem Song oder einer CD erworben, also könne man damit auch verfahren, wie man wolle. Wenn man so will, ist damit aus Urheber- und Verwerterperspektive bereits 1965 die Büchse der Pandora geöffnet worden. Heute ist die daraus erwachsene und zuletzt maßgeblich durch die Freiheiten des Internet geförderte Erwartungshaltung und das geschwundene Unrechtsbewusstsein vieler Nutzer kaum mehr einzufangen. Dass auch verschärzte strafrechtliche Sanktionsdrohungen insoweit kaum Abhilfe zu versprechen scheinen, legt das Ergebnis des 2. Produktpiraterieberichts der Bundesregierung nahe. Danach konnte keine der vom Bundesministerium der Justiz befragten Stellen, Verbände und Organisationen eine Schärfung des Unrechtsbewusstseins der Täter als Folge geänderter urheberrechtlicher

316 Von den weiteren Novellierungen wie insbesondere im Bereich der »digitalen Privatkopie« (§ 53 Abs. 1 UrhG) soll an dieser Stelle abgesehen werden.

317 Die beiden Produktpiraterieberichte der Bundesregierung geben dieser besorgnisregenden Entwicklung beredten Ausdruck, siehe die Berichte über die Auswirkung der durch das Gesetz zur Stärkung des Schutzes geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG) vom 07. März 1990 eingeführten neuen Maßnahmen zur Bekämpfung der Schutzrechtsverletzungen im Bereich des geistigen Eigentums, BT-Drucks. 12/4427 und BT-Drucks. 14/2111, insbesondere S. 8 ff.

318 Dies betont auch die Begründung für den Gesetzesentwurf der Bundesregierung für den sog. Zweiten Korb der Urheberrechtsreform, S. 39, <http://www.kopien-brauchen-original.de/media/archive/139.pdf>

Strafvorschriften beobachten<sup>319</sup>. Die Pönalisierung von sog. »Raubkopierern« ist ein Kampf gegen Windmühlen. Das Urheberrecht kann zwar, wie *Stallberg* treffend formuliert hat, »seine eigene Anwendung vorschreiben, die Geltung dieses Befehls aber nicht dekretieren«<sup>320</sup>.

Hinzu kommt, dass der Nutzer im digitalen Umfeld des Internets immer häufiger unbedacht Urheberrechtsverletzungen begeht, ohne dass er sich dessen bewusst wäre (allein indem er z.B. dem Gebot der Quellenangabe nach § 63 UrhG nicht nachkommt). Die immer häufiger ausgelösten straf- bzw. bislang in erster Linie zivilrechtlichen Rechtsfolgen vermitteln dem Nutzer zunehmend das Gefühl eines erheblichen Freiheitsverlusts. Die verstärkte und im Regelfall wahrscheinlich auch berechtigte Sanktionierung seines Nutzerverhaltens, das er selber als sozialadäquat empfunden haben mag, weckt bei ihm den Eindruck einer radikalen Beschränkung seiner Selbstbestimmung gerade im digitalen Umfeld, eine Wahrnehmung, die ihn an der Berechtigung des »urheberrechtlichen Korsets« zweifeln lässt. Man mag diese gesellschaftliche Entwicklung kritisieren, ignorieren kann man sie nicht.

Die im Vorfeld des Zweiten Korbs der Urheberrechtsreform mit großer Intensität geführte rechtspolitische Diskussion um eine sog. »Bagatellklausel«, also eines »Strafausschließungsgrundes für eine geringe Zahl illegaler Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch«<sup>321</sup> (z.B. das Kopieren von Noten oder der Download einer geringen Anzahl von Musikwerken aus dem Internet, bei dem also nicht Hunderte von Musiktiteln heruntergeladen werden), hat daher die berechtigte Frage aufgeworfen, ob das Setzen auf ein strafrechtliches Sanktionsregime auch für geringfügige, erstmalige Verletzungshandlungen zum eigenen privaten Gebrauch tatsächlich rechtspolitisch sinnvoll und nicht möglicherweise eher kontraproduktiv

319 2. Produktpirateriebericht, BT-Drucks. 14/2111, S. 2.

320 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 25 f. geht sogar noch einen Schritt weiter, wenn er konstatiert, dass »ein Recht, dass nirgends auf freiwillige Befol- gung und Akzeptanz hoffen darf (...) unsinnig « sei.

321 Siehe die Begründung für den Gesetzesentwurf der Bundesregierung für den sog. Zweiten Korb der Urheberrechtsreform, S. 34, <http://www.kopien-brauchen-original.de/media/archive/139.pdf>. In der öffentlichen Debatte und auch im vorausgegangenen Referenten-entwurf (Stand: 26.01.2006, im Folgenden RefE) wurde das Erfordernis einer solchen Bagatellklausel mit dem Argument begründet, dass eine »Kriminalisierung der Schulhöfe« vermieden werden solle. Was im Rahmen dieser Diskussion häufig übersehen bzw. durch- einander geworfen wird, ist, dass bereits im ersten Korb der Urheberrechtsreform eine gewisse Strafbefreiung von Verletzungshandlungen im engen persönlichen Umfeld erfolgt ist, die vom Anwendungsbereich der nach § 106 Abs. 1 UrhG erfolgenden Sanktionierung für die unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke als der Grundnorm des Urheberstrafrechts zu trennen ist. Gemäß § 108 b Abs. 1 UrhG ist nämlich die Strafbarkeit desjenigen ausgeschlossen, der ohne Zustimmung des Rechteinhabers eine wirksame technische Maßnahme in der Absicht umgeht, sich oder einem Dritten den Zugang oder die Nutzung eines Werkes zu ermöglichen, vorausgesetzt, die Tat erfolgt ausschließlich zum

tiv ist<sup>322</sup>. Der Referentenentwurf für den Zweiten Korb der Urheberrechtsreform (Stand: 26.01.2006) stellt insoweit vollkommen zu Recht fest, dass es rechtspolitisch nicht opportun und der Akzeptanz des Urheberrechts insgesamt abträglich ist, wenn Urheberrechtsverletzungen auch dann kriminalisiert werden, wenn sie sich im Bagatellbereich bewegen und die Nutzungshandlungen nur privaten Zwecken dienen<sup>323</sup>. Indem man sich im Zuge des Gesetzgebungsprozesses über diese Erkenntnis hinwegsetzt hat, ist der Akzeptanzverlust des Urheberrechts weiter befördert und die Legitimationskrise verschärft worden. Generell muss bezweifelt werden, dass der hilflos anmutende Ausbau des Sanktionsregimes die beste

eigenen privaten Gebrauch oder für den privaten Gebrauch persönlich mit dem Täter verbundener Personen. Abgesehen davon, dass der zivilrechtliche Schutz durch diese Regelung unberührt bleibt, hat sie den Vorzug, einer Überlastung der Strafverfolgungsbehörden entgegenzuwirken, Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 108b, Rn. 6. Wenn nun mit Blick auf den Grundtatsbestand des Urheberstrafrechts (§ 106 UrhG), der Verletzungen von Rechten an Werken im Sinne des ersten Teils des UrhG ahndet, bereits jetzt, wie die Begründung des Gesetzesentwurfs für den zweiten Korb der Urheberrechtsreform ausdrücklich feststellt, Bagatellfälle einer unerlaubten Verwertung mit geringem Unrechtsgehalt in der Praxis der Staatsanwaltschaften ohnehin nicht verfolgt werden bzw. nicht verfolgt werden können (sei es aus Überlastung oder aufgrund von Beweisschwierigkeiten, der RefE vom 26.01.2006, S. 75, war insoweit bemerkenswerterweise noch wesentlich deutlicher; danach seien Verfolgungsaktivitäten in diesem Umfang »weder möglich noch wünschenswert«), dann stellt sich die Frage, warum man nicht methodenherlicherweise auch hier die Staatsanwaltschaften entlastet und für die Nutzer in § 106 UrhG eine klare Regelung trifft. Es ist insofern bedauerlich, dass der noch im RefE vom 26.01.2006 enthaltene Vorschlag für einen Strafausschließungsgrund in Gestalt eines neuen § 106 Abs. 3 UrhG nicht Eingang in das Gesetz gefunden hat. Von Seiten des BMJ war folgende Formulierung für einen neuen Abs. 3 angedacht worden (RefE, S. 14 und 75): »Nicht bestraft wird, wer Werke oder Bearbeitungen oder Umgestaltungen von Werken in nur geringer Zahl und ausschließlich zum eigenen privaten Gebrauch oder zum privaten Gebrauch von mit dem Täter persönlich verbundenen Personen vervielfältigt oder an solchen Vervielfältigungen teilnimmt (...).«. Die rechtswidrige Vervielfältigung von Computerprogrammen zum privaten Gebrauch sollte vom Strafausschließungsgrund ausgeklammert werden.

- 322 So formuliert *Patalong* in Spiegel Online am 22.03.2006: »Dass das Kopieren von CDs, der Download aus dem Internet, grundsätzlich eine Verletzung des Urheberrechtes darstellt, soll mit all dem gar nicht bestritten werden. Aber ist es realistisch, einen Straftatbestand zu definieren und ihn mit heftigen Strafen zu verbinden, wenn sich die absolute Mehrheit der Bevölkerung ganz alltäglich strafbar macht? Kann man ein Unrechtsbewusstsein für ein Vergehen erzeugen, das so gut wie jeder als Bagatelle empfindet, indem man es mit Strafen verknüpft, die eher an Kapitalverbrechen denken lassen? Da steht eher zu befürchten, dass die große Masse weitermacht wie bisher, während die Industrie vor Gericht Exempel statuieren lässt. Geholfen ist damit niemandem. Vielleicht hätte es keine Novelle des alten Rechts gebraucht, um es "fit für das digitale Zeitalter" zu machen", sondern schlicht ein Neues.« (siehe <http://www.spiegel.de/netzwelt/technologie/0,1518,407246,00.html>).
- 323 Siehe RefE, S. 75. In diesem Sinne kritisch wohl auch Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 106, Rn. 2, der als Beleg für die nachteiligen Folgen einer Kriminalisierung das Vorgehen einiger Rechteinhaber gegen Schulkinder und Jugendliche anführt, die Kopien von Computerspielen jenseits der Grenzen des § 53 UrhG hergestellt und verbreitet hatten. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch der rechtssoziologische Hinweise von Rehbinder

Antwort auf den grassierenden Akzeptanzverlust des Urheberrechts ist. Zwang allein wird ihn jedenfalls nicht abwenden können. Die Wahrscheinlichkeit, dass Recht befolgt und als legitim begriffen wird, steigt eher mit der zu fördernden Einsicht seiner Adressaten, dass dieses Recht notwendig, sachgerecht und vernünftig ist<sup>324</sup>. Deshalb verdienen die Überprüfung des geltenden Rechts und die Überwindung der andauernden Legitimationskrise des Urheberrechts allerhöchste Aufmerksamkeit.

#### D. Zusammenfassung

Das Urheberrecht sieht sich trotz oder vielleicht auch gerade aufgrund seines ungewöhnlichen Bedeutungszuwachses mit einem sich verstärkenden Legitimationsverlust konfrontiert<sup>325</sup>. Dabei steckt das traditionelle, rein urheberzentrierte Paradigma als solches, also die auf die individuelle Schöpferpersönlichkeit als normatives Leitbild ausgerichtete, personalistische Rechtfertigung und materiell-rechtlich rein urheberzentrierte Konzeption des Urheberrechts (Urheberrecht als Urheberschutzrecht), in der Krise. Eine immer weitere Absenkung der Schutzvoraussetzungen und die damit einhergehende Erweiterung der Schutzgegenstände haben dieses urheberzentrierte Paradigma an seine Belastungsgrenze geführt. Auch angesichts der Tendenz zum entpersönlichten Werkschaffen ist die individuelle Schöpferpersönlichkeit zu einer zunehmend weniger überzeugenden Legitimationsfigur geworden. Zur Erosion des urheberzentrierten Paradigmas ferner beigetragen haben dürften so verschiedene Phänomene wie die Ausklammerung des ideellen Interessenschutzes im Zuge der stark vom Investitionsschutzgedanken geprägten europäischen Urheberrechtsharmonisierung (s.o. Kap. 3 A. I.), die Erosion der Schutzrechtsgrenzen im Verhältnis zu anderen Schutzrechten (s.o. Kap. 3 A. II.) oder die Philosophie der Postmoderne (s.o. Kap. 3 A. III.). Letztere hat das traditionelle, allein urheberfixierte normative Leitbild vom individuell

im Rahmen eines interdisziplinären Workshops, der am 18.12.2006 am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum in München unter der Beteiligung von Ökonomen, Soziologen und Psychologen stattgefunden hat. Danach werde »totes Recht« als Unrecht empfunden, wenn es mittels Zwang durchgesetzt werde.

324 Ähnlich *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 26: »Dass eine gesetzliche Regelung als Recht erkannt und befolgt wird, basiert zuletzt auf *außerrechtlichen* Grundlagen. Diese bestehen in erster Linie in der *Einsicht*, ein bestimmter Normkomplex sei im Großen und Ganzen moralisch vernünftig.«. Und weiter auf S. 335: »Ohne Erneuerung dieser Einsicht wird das Urheberrecht auf Dauer nicht zu haben sein; durch Zwang allein wird es seinem schlechenden Autoritätsverlust nicht entgehen können.«. Schon *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 16, hat darauf hingewiesen, dass »der Umstand, daß (...) die Ordnung mindestens einem Teil der Handelnden auch als vorbildlich oder verbindlich und also geltend *sollend* vorschwebt, (...) naturgemäß die Chance (steigert), daß das Handeln an ihr orientiert wird, und zwar oft in sehr bedeutendem Maße.« (Hervorhebung im Original).

325 *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 151.