

Für den Urheber selbst ist das Verfügungsrecht vor allem im Verhältnis zum (potenziellen) Verwerter von Bedeutung¹⁶⁰². Stünde ihm dies nicht zur Seite, könnte jeder Nutzer das Werk ohne Zustimmung des Urhebers verwerten. Die Verhandlungsposition des originären Rechtsinhabers wäre damit auf den Bereich der Vergütung beschränkt. Besonders bei Verhandlungen über Nutzungsrechtsübertragungen an Werken, die nicht im Auftrag oder Arbeitsverhältnis, also von einem freischaffenden Urheber, erstellt werden¹⁶⁰³, ist das Verfügungsrecht mithin ein wichtiges Steuerungsmittel¹⁶⁰⁴.

Hierdurch wird eines deutlich: Das Ausschließungsrecht des Rechtsinhabers hat verschiedene Dimensionen, die – je nach Konstellation – von sehr unterschiedlicher Bedeutung sein können. Eine Abwägung der Interessen mit dem Ziel zu ermitteln, ob Einschränkungen zu Gunsten von Drittinteressen gerechtfertigt oder geboten sind, kann daher äußerst schwierig werden, insbesondere wenn diese abstrakt-generell erfolgt. Vor diesem Hintergrund drängt sich förmlich auf, dass die ausschließliche Ausrichtung des Urheberrechtsgesetzes auf die Interessen des Urhebers zu einseitig ist¹⁶⁰⁵.

III) Die Bedeutung des Verfügungsrechts im Lichte des urheberrechtlichen Interessensausgleichs

Es wurde im Rahmen der Abhandlung schon verschiedentlich darauf hingewiesen, dass das Ausschließlichkeitsrecht vor allem in seiner Funktion als Verfügungsrecht auf den urheberrechtlichen Interessensausgleich erhebliche Auswirkung hat. Dass sich diese Implikationen im Laufe der Entwicklung eher verstärkt als abgeschwächt haben, soll im Folgenden verdeutlicht werden. Es wird sich zeigen, dass das Verfü-

1602 Dies wird zumeist nicht der Endnutzer, sondern ein gewerblich handelnder Verwerter sein, der letztlich allein die Vermarktung des Werkes übernimmt.

1603 Bei Auftragswerken gilt dies indes nicht in gleichem Maße. Hier hat der Urheber schon von vornherein die Möglichkeit, die Werkschöpfung – und somit gleichermaßen die Werknutzung – zu verhindern. Bei der Verhandlung über den Werklohn wiederum kann der Urheber wirtschaftlich einkalkulieren, dass er die spätere Nutzung des Werks faktisch nicht verhindern kann. Hieran bestätigt sich der Sinn einer Unterscheidung zwischen „selbstständigen“ und „frei schaffenden“ Schöpfern, wie sie in Fn. 1517 angeregt wurde.

1604 So auch das BVerfG, NJW 1999, S. 424 (415) und hierzu oben, Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.2.b.bb.(2). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Entzug des Verfügungsrechts als Eingriff in die ausschließliche Rechtsposition des geistigen Eigentums zu werten, der einer Rechtfertigung bedarf. An diese seien indes keine hohen Anforderungen zu stellen. Sicherzustellen sei lediglich, dass dem Urheber eine angemessene wirtschaftliche Beteiligung an der Verwertung verbleibe. Mit welchem rechtlichen Mittel dies garantiert werde, sei verfassungsrechtlich unbeachtlich.

1605 Sehr kritisch äußert sich hierzu auch Hilty, ZUM 2003, S. 983 ff. (*passim*).

gungsrecht im heutigen Umfeld der Werkverwertung bedeutsame „Nebeneffekte“ entfaltet, die über dessen Ziel, dem Urheber die Kontrolle über sein Werk zu sichern, weit hinaus gehen.

A) Auswirkung des Verfügungsrechts auf das Freihaltebedürfnis bei technischen Werken: Gefahr eines „schutzrechtlichen Innovationsdilemmas“?

Angesichts der Reduzierung der urheberrechtlichen Schutzanforderungen und der expansiven Entwicklung des Schutzbereichs¹⁶⁰⁶ steht die weit reichende Gewähr von Ausschließungsrechten an jedem Schutzgegenstand mittlerweile in einem sensiblen Spannungsfeld mit dem Freihaltebedürfnis¹⁶⁰⁷. Ein ausgewogenes Verhältnis zwischen beiden Aspekten ist aus Sicht der Kulturpolitik¹⁶⁰⁸, der nachschaffenden Urheber und – damit eng verknüpft – der Wahrung des allgemeinen Interesses an möglichst ungehindertem wissenschaftlichen und technischen Fortschritt¹⁶⁰⁹ von erheblicher Bedeutung¹⁶¹⁰. Probleme ergeben sich besonders bei technischen Werken, soweit das hierin enthaltene technische Wissen durch den Rechtsschutz zumindest mittelbar erfasst wird¹⁶¹¹. Die Expansion der Schutzrechte gefährdet die Möglichkeiten der Urheber, „sich auf die Schultern ihrer Vorgänger zu stellen“¹⁶¹². Die Auswei-

1606 Siehe hierzu oben, Teil 2, Punkt IV.B).

1607 *Vischer*, Monopol und Freiheit in Wissenschaft und Kunst, S. 23, etwa will das „Freihaltebedürfnis“ durch die folgende Frage ermitteln: „Was ist notwendigerweise dem privaten Monopolsanspruch entzogen, was muss im Interesse des freien geistigen und künstlerischen Schaffens Allgemeingut bleiben, jedermann zur Verfügung stehen?“ Hierin sieht *Vischer* auch die „Grundfrage“ eines jeden Monopolrechtsschutzes.

1608 Durch die Schaffung von nicht monopolisierbaren Freiräumen kann eine Steigerung des „kulturellen Niveaus“ erreicht werden, meint *Chakraborty*, S. 54.

1609 Siehe *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 85.

1610 Da jedes urheberrechtlich geschützte Werk auf anderen aufbaut, besteht ein Interesse an einer restriktiven Handhabung des Ausschlussrechts. Die hierdurch verbleibenden Freiräume für innovatives Nachschaffen auf der Grundlage geschützter Werke werden bei einer Ausweitung des Verbotsrechts geringer, soweit hiervon Gebrauch gemacht wird. Besonders auf dem Gebiet zweckgebundenen Werkschaffens, also dort, wo die Gestaltungsräume bei der Formgebung sehr gering sind, hat die Ausschlussfunktion des Urheberrechts einen proportional mit der Minimierung der Gestaltungsspielräume ansteigenden Einfluss auf das Freihaltebedürfnis. Siehe hierzu auch unter Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.3.a.aa) zur Kollision von Meinungs- und Eigentumsfreiheit in solchen Fällen.

1611 Virulent wird das Problem zu weit gehender Ausschließlichkeitsrechte im Bereich des Urheberrechts damit v. a. in Bezug auf den Schutz von Computerprogrammen und Datenbanken, der – wie bereits dargestellt wurde – in besonderem Maße zum Schutz von Know-how, Ideen und Inhalten führt (siehe hierzu oben, Teil 2, Punkt III.C.2) und IV.B.2). So auch *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 85.

1612 So *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 99.

tung des protektionistischen Schutzes der Immaterialgüterrechtsordnungen schränkt den Wettbewerb um Innovationen insoweit ein, als dieser nicht (mehr) auf der Inanspruchnahme fremder, geschützter technologischer Leistungen basiert, sondern auf rivalisierenden Technologieentwicklungen¹⁶¹³.

Ob diese Entwicklung aus Sicht des Fortschritts sinnvoll ist, wird zu Recht be-
weift¹⁶¹⁴. Insbesondere technische Errungenschaften wie Computerprogramme und elektronische Datenbanken sind aufgrund ihrer Funktionsorientierung darauf angewiesen, im Umfeld einer rasant fortschreitenden technischen Umgebung ständig weiterentwickelt und perfektioniert zu werden. Um Verbesserungen vornehmen zu können, ist jedoch der Zugriff auf das weiterzuentwickelnde Schutzgut notwendig¹⁶¹⁵. Wird dieser – wie dies bei Computerprogrammen durch das Dekompilierungsverbot erreicht wird – jedoch durch das Recht untersagt, können andere Urheber nicht mehr auf den vorbestehenden Leistungen aufbauen, verbesserte Lösungen entwickeln und so zur technischen Innovation beitragen. Überspitzt ausgedrückt, versetzt das Ausschließlichkeitsrecht den Rechtsinhaber in solchen Fällen in die Lage, bestimmte Bereiche technischer Innovationen zu kontrollieren. Diese sind damit von dem Verhalten des Rechtsinhabers abhängig.

Ullrich sieht hierin ein „schutzrechtliches Innovationsdilemma“, das in der Frage münde, wie der aus Sicht der Innovation wünschenswerte Zugang zu und die Verwendung von geschütztem Wissen angesichts einer Expansion der Schutzrechte gewährleistet werden kann¹⁶¹⁶.

B) Das Verfügungsrecht als Markt- und Innovationssteuerungsmechanismus

Auch von anderer Warte betrachtet, beeinflussen Urheberrechte den technischen Fortschritt.

Versteht man die Formulierung in § 11 Satz 1 UrhG als Zielbestimmung des deutschen Urheberrechts, ist dies (und damit auch das Verfügungsrecht) berufen, den „Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes“ zu schützen und ihm (Satz 2) eine angemessene Vergütung zu sichern. Im Umkehrschluss heißt dies – unter anderem –, dass das Urheberrecht nicht dazu dient, Märkte zu kontrollieren und die Erbringung von Innovationen zu steuern. Wäre das Urheberrecht dennoch hierzu geeignet, könnte man nur von einem

1613 So Ullrich in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 99.

1614 Ullrich (in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 99) bezeichnet diesen Ansatz als „einfältig“. Kritisch äußert sich auch Hilty (in *Ohly/Klippel*, S. 107 (115) mit Verweis auf die ökonomische Forschung).

1615 Beispielsweise bedarf es bei der Änderung und Fortentwicklung von Computerprogrammen des Zugriffs auf den Quellcode. Vgl. hierzu die Ausführungen oben, Teil 2, Punkt IV.B.2).

1616 Ullrich in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 99.

unerwünschten Nebeneffekt ausgehen, dem es – soweit dieser negative Auswirkungen entfaltet – zu begegnen gälte.

Die Entwicklung im Musik- und Filmmarkt zeigt, dass das Urheberrecht tatsächlich zu solchen Zwecken genutzt werden kann. Es dient in diesen – und anderen Bereichen – der Verwerterindustrie als Mittel zur Steuerung nicht mehr nur des Zugangs zu Inhalten, sondern auch der Entwicklung und Verbreitung von technischen Innovationen in Form von Mehrwertdiensten. Beide Aspekte bedingen einander. Ein erhebliches Kontrollpotenzial über verwandte Märkte entfaltet das Urheberrecht dann, wenn die Inhalte in großem Maße monopolisiert oder oligopolisiert sind, wie dies im Film- und Musikbereich der Fall ist¹⁶¹⁷.

Durch diese Übermacht bei der Kontrolle von bestimmten Inhalten über das Urheberrecht werden die Rechtsinhaber in die Lage versetzt, auch über Erfolg und Misserfolg inhaltsvermittelnder (v. a. Informations-)Technologien und Mehrwertdienste zu befinden. Denn über die Möglichkeit, eine neue Vermittlungstechnologie zu vermarkten, entscheidet in erster Linie die Verfügbarkeit der Inhalte. Dies gilt jedenfalls solange, wie sich keine „anarchischen Strukturen“ entwickeln, deren Technologie mit rechtlichen Mitteln nicht zu greifen ist und die das Urheberrecht und seine Kontrollmöglichkeiten aushebeln¹⁶¹⁸.

1617 Die sog. „*Big Four*“ (ehemals „*Big Five*“) im Musikmarkt Universal, Sony-BMG (Bertelsmann), EMI und Warner kontrollieren (unter wechselnder Firmierung und variierenden Beteiligungsverhältnissen) seit langer Zeit zwischen 75 und 90 % des Weltmusikmarktes. Im Jahr 2005 bestanden folgende Marktanteile: Universal Music Group 31,71%, Sony-BMG 25,61%, Warner Music Group 15%, EMI 9,55%, Independents 18,13% (siehe diese und andere Zahlen zum Weltmusikmarkt unter http://en.wikipedia.org/wiki/World_music_market, zuletzt abgerufen am 3.8.2008).

1618 So in Filesharing-Netzen, in denen ohne Rücksicht auf fremde Rechtspositionen urheberrechtlich geschütztes Material genutzt wird. Die rechtliche Zulässigkeit derartiger Verwertung ist zwar umstritten. Dies spielt für die Nutzer jedoch zumeist keine Rolle. Nach einer Studie der *Gartner-Group* aus dem Jahre 2000 waren 28 % aller Filesharing-Nutzer der Ansicht, gesetzwidrig zu handeln, wollten sich dem aber dennoch nicht enthalten (vgl. *Kreutzer*, *Telepolis* vom 7.2.2001, <http://www.telepolis.de/deutsch/inhalt/te/4857/1.html>). Es scheint damit einer großen Zahl von Nutzern nicht das Unrechtsbewusstsein zu fehlen, sondern es mangelt an einer Akzeptanz des Rechts (so auch *Hilty*, *ZUM* 2003, S. 983 (985)). Diesem Defizit könnte man wohl allenfalls mit einer durch massive Überwachung des Datenverkehrs einhergehenden Abschreckungswirkung entgegensteuern (wobei der Erfolg einer solchen Maßnahme durchaus zweifelhaft wäre). Dezentrale Filesharing-Netze sind hingegen nicht mit rechtlichen Mitteln zu kontrollieren, da diese keinen Betreiber haben, sondern nur aus einer heterogenen Menge privater Nutzer bestehen, vgl. ausführlich dazu *Kreutzer*, *GRUR* 2001, S. 193 (193 f.). Als einzelner Nutzer verfolgt zu werden, ist angesichts der häufig riesigen Zahlen von Verwendern kaum zu befürchten, wenn die Unterhaltungsindustrie auch seit einiger Zeit gegen Nutzer massiv vorgeht (vgl. z. B. <http://www.heise.de/newsticker/Musikindustrie-kaempft-gegen-Filesharer-und-Imageprobleme-/meldung/93293>, zuletzt abgerufen am 03.08.2008). Obwohl eine individuelle Identifizierung und Verfolgung möglich ist, sind die hierfür erforderlichen Mittel so aufwendig, dass eine effektive Kontrolle und Verhinderung

Die Entwicklung der Online-Musiktauschbörse Napster zeigt das Potenzial des Verfügungsrechts als Kontrollinstrument für die Verwerter (nicht etwa die Urheber) deutlich. Ist die Inhaltsindustrie – wie im Napster-Fall geschehen – nicht bereit, Nutzungsrechte an Innovationsträger zu vergeben, fehlt diesen die wirtschaftliche Auswertungsmöglichkeit und die notwendigen Investitionen werden nicht getätigt. Damit hat es die Inhaltsindustrie in der Hand, den Entwicklungsbereich für bestimmte Vermittlungstechnologien und Mehrwertdienste zu steuern und gegebenenfalls zu blockieren, indem der Markt selbst nicht bedient wird¹⁶¹⁹. Dies wird – zu Lasten der Nutzer und des technischen Fortschritts – dann nicht geschehen, wenn, wie sich am Online-Musikmarkt zeigt, die Verwerter aufgrund ihrer Alleinstellung nicht dem Druck unterliegen, sich an den Markt und die Bedürfnisse der Nutzer anzupassen¹⁶²⁰. Je nach Bedeutung des jeweiligen Immaterialgutes für die Akzeptanz einer neuen Technologie durch die Nutzer und dem Konzentrationsgrad auf dem betreffenden Markt der Rechtsinhaber vermittelt das Urheberrecht – jedenfalls so-

solcher Handlungen nicht gelingt. Durch diese faktischen Umstände wird das Verfügungsrecht seiner Kontrollfunktion in diesem Umfeld beraubt.

1619 Siehe hierzu die überzeugenden Ausführungen von *Wittgenstein*, UFITA 2000/I, S. 39 (56). Zu dem ähnlichen Problem der verstärkten Kontrollierbarkeit von Primär- und Folgemärkten durch die Inhaber von Schutzrechten vgl. *Dreier* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 51 (v. a. 60); ders. in *Klumpp* et al. (Hrsg.), S. 261 (267). Entgegen der Auffassung von *Kraßer* in *Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovation*, S. 113 (126), nach dem Urheberrechte keine innovationshemmende Einflüsse auf Technologien (dort den Telekommunikationsbereich) ausüben könnten (vgl. dazu oben, Fn. 1255), zeigt sich hier ein unmittelbarer Innovationsbezug des Urheberrechts.

1620 So *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1002). Dies mag der Grund für die Tatsache sein, dass sich ein Markt für legale, kommerzielle Online-Musikangebote nur sehr schleppend und – im Verhältnis zur breiten Verfügbarkeit der hierfür notwendigen Technik – verspätet entwickelte. Bezeichnend erscheint vor diesem Hintergrund die Tatsache, dass der in den USA mit Abstand erfolgreichste Musik-Downloaddienst nicht etwa von der Phonindustrie, sondern von dem Computerhersteller Apple betrieben wird. Apples „iTunes“ soll in Deutschland derzeit einen Marktanteil von 42% bei den Online-Musikdownloaddiensten haben (vgl. den IFPI Digital Music Report 2007, S. 8, <http://www.ifpi.com/content/library/DMR2008.pdf>, zuletzt abgerufen am 03.08.2008). Bezeichnend erscheint auch, dass die „Killer-Applikation“ im Online-Musikgeschäft nicht durch die Musikwirtschaft und auch nicht durch führende Software-Unternehmen entwickelt wurden, sondern durch einen 18-jährigen Amerikaner namens *Shawn Fenning*, dessen Filesharing-Programm Napster es temporär zur erfolgreichsten Software aller Zeiten brachte, vgl. hierzu *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (193). Es ist fraglich, ob die Musikwirtschaft bis heute überhaupt legale Downloaddienste anbieten würde, wenn sie nicht durch den immensen Erfolg der „illegalen“ Tauschbörsen derart massivem Druck ausgesetzt worden wäre. Angesichts der Vorzüge des immateriellen Vertriebs für alle Beteiligten (leichte Verfügbarkeit für die Konsumenten, geringe Distributionskosten für die Verwerter) kann die Renitenz des Musik-Oligopols gegenüber einer Weiterentwicklung des Marktes nur als Versuch gewertet werden, zu Gunsten der Zementierung überkommener Strukturen die Fortentwicklung zu blockieren.

weit es durchsetzbar ist – einem mehr oder weniger kleinen Personenkreis ein erhebliches Machtpotenzial.

Damit nicht genug: kumuliert mit dem ausufernden, nahezu unbeschränkten Schutz technischer Maßnahmen¹⁶²¹ haben die Kontrollmöglichkeiten der Rechteinhaber auf Basis des urheberrechtlichen Verfügungsrechts neue Dimensionen erreicht. Sowohl die bloß rezeptive Benutzung als auch der reine Zugriff auf geschützte Werke und sogar ungeschützte Informationen und Daten können mit diesen rechtlichen und technischen Schutzmechanismen kontrolliert werden. Hierdurch könnte eine Entwicklung „vom Urheber- zum Informationsrecht“ eingeleitet werden¹⁶²², dem neben einer Schutzfunktion auch eine erhebliche Funktion als Marktsteuerungsinstrument zukommt¹⁶²³.

Ob und inwieweit auch im Bereich der digitalen Werkarten, insbesondere deren Verwertung über das Internet, noch das Verfügungsrecht, also das Verbotsrecht als Steuerungsmechanismus eingesetzt werden kann, hängt allerdings – wie schon angedeutet wurde – nicht zuletzt davon ab, inwieweit der hiermit angestrebte Zweck auch erreicht werden kann. Von der Ausübungsmöglichkeit und Durchsetzbarkeit hängt die Effektivität des Verbotsrechts für die Urheber ab. Auch diesbezüglich lassen Phänomene wie *Filesharing*¹⁶²⁴ und die Schreckensbilanzen der Entertainmentindustrie, die regelmäßig in den Medien kolportiert werden¹⁶²⁵, Zweifel entstehen¹⁶²⁶.

1621 Siehe hierzu oben, Teil 2, Punkt IV.B.4.c.bb).

1622 So der Titel der Dissertation von *Bechtold*, siehe dort eingehend, S. 248 ff.

1623 Auf dieses Potenzial des Urheberrechts weist auch *Schünemann* (in: GK-UWG, Band 9, Einleitung, Rdnr. E 29 m. w. Nachw.) hin.

1624 Vgl. hierzu *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (193 ff.).

1625 Der Jahreswirtschaftsbericht des Bundesverbandes der IFPI für das Jahr 2003 bestätigte den rückläufigen Trend der vorangegangenen Jahre und wies einen Umsatzrückgang um insgesamt 19,8 %. Für einen Großteil der Verluste wurden (und werden noch immer) illegale Musikangebote verantwortlich gemacht. Angeblich wurden im Jahr 2003 600 Millionen Songs aus illegalen Quellen aus dem Internet heruntergeladen. Zahlen für die vorangegangenen Jahre finden sich bei *Wand*, S. 1 f. Der Rückgang hat sich neuerlich verlangsamt. Der Jahreswirtschaftsbericht der IFPI für das Jahr 2005 wies einen Umsatzrückgang von nur noch 4,6% aus. Mittlerweile hat sich zwar sowohl in Deutschland als auch den USA aufgrund der steigenden Verkäufe von Downloads eine gewisse Erholung eingestellt. Die Verkaufszahlen für Tonträger (die nach wie vor den weitaus größten Bestandteil des Umsatzes der Musikwirtschaft ausmachen) sinken dagegen weiter kontinuierlich (vgl. die Zahlen für 2007 unter <http://www.heise.de/newsticker/Musikbranche-Mehr-Downloads-weniger-Piraterie--meldung/104998> und den Jahreswirtschaftsbericht 2007 der Deutschen Musikindustrie unter http://www.musikindustrie.de/uploads/media/ms_branchendaten_jahreswirtschaftsbericht_2007_02.pdf und unter <http://www.heise.de/newsticker/US-Musikmarkt-schrumpft-weiter--meldung/107257> (zur US-Industrie), jeweils zuletzt abgerufen am 04.08.2008).

1626 Eine Studie in Österreich soll sogar ergeben haben, dass die Vervielfältigung ein massenhafter Vorgang sei, der praktisch gar nicht mehr kontrolliert werden könne, vgl. Fessel-GfK

Weniger die Frage nach der theoretischen Funktion des Verfügungsrechts als vielmehr die nach der praktischen Durchsetzbarkeit müsste daher den eigentlichen Mittelpunkt der Funktionsanalyse des urheberrechtlichen Verfügungsrechts bilden. Die letztlich gewonnenen Erkenntnisse müssten zudem bei der urheberrechtlichen Interessenabwägung berücksichtigt werden. Übt das Verfügungsrecht auf die Innovation hemmende Wirkung aus¹⁶²⁷ und greift es in – sogar verfassungsrechtlich verbürgte – Rechtspositionen Dritter ein, erscheint ein Vergleich von negativer Wirkung und positivem Nutzen geboten. Dies gilt v. a. vor dem Hintergrund, dass das Urheberrecht mit dem Instrument des Vergütungsanspruchs Mittel bereithält, deren negative Effekte ein potenziell wesentlich geringes Ausmaß annehmen.

Es verwundert damit kaum, dass von verschiedener Seite die faktische Nutzlosigkeit der Verbotsrechte bei der Nutzung von digitalen Werken ebenso prognostiziert wird, wie die Erwartung, dass im Zuge der massenhaften Nutzung von digitalen Werken der pauschale Vergütungsanspruch gegenüber dem überkommenden Modell der Einzeltransaktionsvereinbarungen an Bedeutung zunehmen wird¹⁶²⁸. Hieraus wird gleichsam die abnehmende Bedeutung des Verfügungsrechts gefolgt¹⁶²⁹.

Von anderer Seite wird hingegen erwartet, dass die Defizite rechtlicher Durchsetzungsmöglichkeiten durch digitale Technik – und den flankierenden rechtlichen Schutz – ausgeglichen werden können und dass hieraus überdies neue, ungekannte Möglichkeiten entstehen würden, urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen gezielt zu kontrollieren und abzurechnen¹⁶³⁰. Ob diese hohen Erwartungen an die Technik indes realistisch sind, bleibt abzuwarten. Die Prognosen v. a. der Techniker gehen hierüber weit auseinander¹⁶³¹.

Wien, Institut für Marktforschung GmbH, 2000, S. 13, zit. nach *Wandtke*, GRUR 2002, S. 1 (7).

1627 Vgl. kritisch zum Innovationsbezug der Ausschlussfunktion des Urheberrechts auch *Wiebe*, S. 439 ff.; ders. GRUR 1994, S. 233 (244); vgl. auch *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 318; *Kreutzer* in *Broeckmann/Jaschko* (Hrsg.), Art and Digital Media, S. 147 (147 ff.).

1628 *Dreier*, CR 2000, S. 45 (45); *Wandtke*, GRUR 2002, S. 1 (7); *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (204).

1629 Siehe die Nachweise in Fn. 1628.

1630 Vgl. zu den Arten und Möglichkeiten von DRM-Systemen bei der Kontrolle der Nutzung urheberrechtlicher Werke, *Wandt*, z. B. S. 10 – 22, 283 ff.

1631 Während die EU-Kommission in einem Gutachten aus dem Jahr 2002 (Sec. (2002) 197 vom 19.02.2002) zu der Erkenntnis gelangt ist, dass effektive Kontrolle über die Verwertung digitalen Materials durch DRMS gegenwärtig noch nicht möglich ist, will der TÜV Informationstechnik Essen im Rahmen einer für den Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und Neue Medien e. V. „BITKOM“ (der sich seit langem für eine Abschaffung der Pauschalabgaben auf Informationstechnologie zu Gunsten einer Einführung elektronischer Abrechnungssysteme einsetzt) angefertigten Studie genau das Gegenteil ermittelt haben.

IV) Stellungnahme

Die These, dass ein zu weit gehendes urheberrechtliches Ausschließlichkeitsrecht innovationshemmende Wirkungen entfaltet¹⁶³², erscheint vor diesem Hintergrund nicht unbegründet.

Es stellt sich daher die Frage, mit welchen Mitteln ein möglichst optimaler Ausgleich von Schutz- und Freihaltebedürfnis hergestellt werden könnte, der den Interessen der Rechtsinhaber und der Allgemeinheit angemessen Rechnung trägt. Ein denkbarer Weg läge darin, die Ausschließlichkeitsrechte in solchen Konstellationen auf Vergütungsansprüche zu reduzieren, in denen das Verbotsrecht zu einem Ungleichgewicht zwischen den zu berücksichtigenden Interessen führt¹⁶³³. Auch die Einführung von Zwangslizenzen wäre zur Erreichung dieses Zwecks ein denkbarer Weg. Dieses Mittel ist v. a. in solchen Fällen effektiv, in denen das Verbotsrecht den Rechtsinhaber in die Lage versetzt, Zugang und Nutzung von geschütztem Material zu steuern, das für dritte Innovationsträger zur (Weiter-)Entwicklung benötigt wird. Sollte man sich in diesem Sinne für eine Liberalisierung der Märkte und gegen die Monopolisierung von Information und Inhalten aussprechen, könnte dies u. a.¹⁶³⁴ durch eine bestimmte Ausgestaltung des Urheberrechts, also die Abkehr vom Verbotsrecht in gewissen Konstellationen, erreicht werden. Im Umkehrschluss liegt hierin auch das Mittel, die Monopolisierung von Inhalten mit allen Vor- und Nachteilen zu ermöglichen. In diesem Spannungsfeld ist der Ausgleich von berechtigten Interessen besonders sensibel.

Es kann momentan keine gesicherte Prognose darüber abgegeben werden, wie sich die Kontrollmöglichkeiten durch das ausschließliche Urheberrecht als eine wichtige Funktion des Verfügungsrechts entwickeln werden. Unklar ist bislang weiter, ob in Zukunft hier auf eine effektive Unterstützung durch technische Systeme gebaut werden kann¹⁶³⁵ bzw. wie sich das Verhalten der Nutzer in Bezug auf die

1632 Ullrich in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 100 ff.

1633 Diesen Weg gehen auch die geltenden Schrankenregelungen. Allerdings können diese – wie gesehen – ihre Ausgleichsfunktion mittlerweile aufgrund ihrer im Vergleich zu den Schutzrechten diametralen Entwicklung heute nicht mehr angemessen erfüllen. Es wird sich daher die Frage stellen, ob dieses Defizit durch Fortentwicklung der geltenden Regelungen (v. a. die Schaffung neuer Schrankenbestimmungen) behoben werden kann oder ob es hierfür weitergehender Änderungen konzeptioneller Natur bedarf.

1634 Natürlich sind auch andere Wege denkbar, über die v. a. in der US-amerikanischen Literatur viel diskutiert wird. Siehe hierzu v. a. Ullrich in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 100 ff., der alternative Möglichkeiten zur Behebung des „*schutzrechtlichen Innovationsdilemmas*“ erörtert. Unter anderem stellt er einen amerikanischen Ansatz dar, nach dem die Monopolrechte durch einen „*vermögensbezogenen Deliktsschutz*“ ersetzt werden könnten. Hierdurch solle das Informationszugangproblem durch die Verlagerung auf den bloßen Wertausgleich für die Informationsnutzung gelöst werden (siehe hierzu näher unten, Fn. 1913).

1635 Bechtold, S. 143 ff.