

ten. Darüber hinaus kann die Neubestimmung des normativen Sinns eines Gesetzes auch maßgeblich zu seiner rechtspolitischen Rechtfertigung beitragen¹⁶³⁷. Die Beantwortung der Frage nach dem Warum des Urheberrechts ist daher nicht allein von akademischer, sondern auch von eminenter rechtspolitischer und rechtspraktischer Relevanz: Akzeptanz, Anwendung und Auslegung des Urheberrechts hängen in hohem Maße von ihr ab¹⁶³⁸. Die Funktion einer normativ aufgeladenen Zweckbestimmung beschränkt sich freilich nicht auf die der Gesetzesrechtfertigung und der Auslegungshilfe, sondern geht weit darüber hinaus. So lassen sich Normzwecke auch als Richtschnur und Gestaltungsauftrag für die Weiterentwicklung des Urheberrechts durch Rechtsprechung und Gesetzgeber verstehen¹⁶³⁹. Namentlich das dem Nutzerschutzparadigma zugrundeliegende und auf die Verwirklichung einer »offenen Kultur«¹⁶⁴⁰ abzielende, normative Leitbild vom aktiven und selbstbestimmten Nutzer¹⁶⁴¹ bietet insoweit die Grundlage für eine stärker nutzerorientierte Ausgestaltung des Urheberrechts.

II. Gestaltungsoptionen zur Verwirklichung des Nutzerschutzparadigmas

Zwar ergeben sich aus dem abstrakten urheberrechtlichen Normzweck des »Nutzerschutzes« keine unmittelbar zwingenden Vorgaben, wie das Urheberrecht konkret ausgestaltet sein sollte, damit es sowohl den Schutzbedürfnissen der Urheber als auch der aktiven und selbstbestimmten Nutzer angemessen Rechnung trägt¹⁶⁴². Es sind daher vorstehend lediglich einige denkbare, dem Nutzerschutzparadigma plausibel Ausdruck verleihende Gestaltungsoptionen aufgezeigt worden, ohne dass mit diesen Reformvorschlägen der Anspruch verknüpft wäre, allein durch sie lasse sich den Schutzbedürfnissen aktiver und selbstbestimmter Nutzer »richtig« Rechnung tragen. Zur materiell-rechtlichen Konkretisierung des mit dieser Arbeit

1637 Siehe die Ausführungen zu den Chancen normzweckorientierten Denkens für das Urheberrecht in Kap. 5 D. I.

1638 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 29.

1639 Vgl. *Beater*, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 20 ff.; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 29.

1640 Siehe zu dieser Zielvorstellung Kap. 4 C. IV. 2. a).

1641 Siehe zu diesem normativen Leitbild Kap. 4 C. IV. 2. b).

1642 Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass letztlich jedes urheberrechtstheoretische Erklärungsmodell damit überfordert ist, in sämtlichen Einzelfragen den Weg zur optimalen Ausgestaltung des Urheberrechts zu weisen. Sollte dies die Erwartung an das hier verfolgte normativ-normzweckorientierte Rechtfertigungsmodell sein, dann müsste man es wohl als nicht operationalisierbar verwerfen. Ein solcher Vorwurf der Unbrauchbarkeit käme aber einer Art »Totschlagargument« gleich, dem letztlich auch kein individualistisches oder sonstiges Erklärungsmodell Stand halten könnte. Eine umfassende alle aufgeworfenen Fragen berücksichtigende und zugleich detailliert beantwortende, also quasi universalistische Urheberrechtstheorie gibt es nicht und kann es realistischweise nicht geben.

vorgeschlagenen Nutzerschutzparadigmas wurden am Beispiel des deutschen UrhG in verallgemeinerungsfähiger Form in Kap. 5 D. II. näher untersucht:

1. Etablierung einer Normzweckklausel und einer neuen Gesetzesbezeichnung,
2. Verkürzung und Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schutzdauer,
3. Schutz für die Nutzer von »orphan works«,
4. Auslegung und Ausgestaltung der Schranken und
5. Durchsetzung urheberrechtlicher Wertungen gegenüber technischen Nutzungsrestriktionen.

1. Vorschlag für eine Normzweckklausel und eine neue Gesetzesbezeichnung

Im Einzelnen wurde dabei in Kap. 5 D. II. 1. eine programmatische Normzweckklausel vorgeschlagen, die sich dem jeweiligen nationalen Urheberrechtsgesetz voranstellen lässt. § 1 Satz 1 des deutschen UrhG könnte danach *de lege ferenda* beispielsweise lauten:

»Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst sowie deren Nutzer genießen Schutz aufgrund und nach Maßgabe dieses Gesetzes.«.

Ein erläuternder § 1 Satz 2 UrhG könnte *de lege ferenda* lauten:

»Das Urheberrecht schützt die ideellen Interessen des Urhebers in Bezug auf sein Werk (*Prinzip der persönlichkeitsrechtlichen Interessenwahrung*) und dient zudem der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes (*Alimentations- und Amortisationsprinzip*). Zugleich schützt es das individuelle Selbstbestimmungs- sowie Zugangs- und Verwendungsinteresse der Werknutzer, um auf diese Weise für jeden die aktive wie passive Teilnahme am kulturellen Leben der Gemeinschaft und die Teilhabe an den Errungenschaften der Wissenschaft zu ermöglichen (*Partizipationsprinzip*). Durch das Urheberrecht soll damit der kulturelle, wissenschaftliche und wirtschaftliche Fortschritt gefördert und eine offene, insbesondere durch autonome Selbstbestimmung, Pluralismus und kulturelle Vielfalt geprägte Kultur verwirklicht werden.«¹⁶⁴³.

Zur Überwindung des bisherigen rein urheberzentrierten Paradigmas wurde weiter als neue Gesetzesbezeichnung angeregt: *Schutzrecht der Urheber und der aktiven und selbstbestimmten Nutzer*.

1643 Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass es bei Einfügung einer solchen Normzweckklausel freilich der Anpassung der übrigen programmatischen Aussagen im UrhG bedürfte. Um eine Wiederholung des Prinzips der persönlichkeitsrechtlichen Interessenwahrung sowie des Beteiligungsgrundsatzes zu vermeiden, wäre § 11 UrhG ersatzlos zu streichen. Siehe oben auch zu dem dadurch auftretenden Folgeproblem, wie dann mit dem bislang in § 11 Satz 1 und § 29 UrhG zum Ausdruck kommenden Bekenntnis des deutschen Gesetzgebers zum Monismus zu verfahren wäre.

2. Formulierungsvorschlag für eine Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzdauer

Zur aus Nutzersicht erstrebenswerten Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzdauer wurde in Kap. 5 D. II. 2. c) ferner ein Formulierungsvorschlag für eine fünfjährige Schutzfrist ab Veröffentlichung mit anschließender, gebührenpflichtiger mehrmaliger Verlängerungsoption unterbreitet. Eine entsprechende Änderung des europäischen und internationalen Urheberrechts vorausgesetzt¹⁶⁴⁴, könnte so beispielsweise in § 64 UrhG (bzw. die jeweilige nationale urheberrechtliche Schutzfristbestimmung) *de lege ferenda* – unter Ausklammerung der möglicherweise abweichend zu regulierenden Dauer des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Entstellungsschutzes und Namensnennungsrechts – folgende Schutzfristbestimmung eingefügt werden:

- (1) Das Urheberrecht erlischt fünf Jahre nach der gestatteten Erstveröffentlichung des Werkes. Der Schutz für unveröffentlichte Werke erlischt endgültig mit dem Tode des Urhebers.
- (2) Die Fristen gemäß Abs. 1 sind Jahresfristen gemäß § 69 UrhG. Sie beginnen mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem das für den Beginn der Frist maßgebende Ereignis eingetreten ist.
- (3) Die Schutzfrist gemäß Abs. 1 Satz 1 kann um jeweils fünf Jahre verlängert werden.
- (4) Die Verlängerung der Schutzfrist wird dadurch bewirkt, dass eine Verlängerungsgebühr gezahlt wird.
- (5) Die Verlängerung der Schutzfrist wird am Tag nach dem Ablauf der Schutzfrist wirksam. Sie wird in ein Register eingetragen und veröffentlicht. Zur Ermöglichung von Lizenzverhandlungen hat der Urheber oder Rechteinhaber geeignete Angaben zu machen, die potentielle Nutzer in die Lage versetzen, mit ihm in Kontakt zu treten.
- (6) Zur Sicherung seiner Rechte kann der Urheber oder Rechteinhaber das Werk auch schon vor Ablauf der gemäß Abs. 1 bereits kraft Gesetzes vorgesehenen fünfjährigen Schutzfrist seit Erstveröffentlichung vorsorglich in das Register eintragen lassen.
- (7) Wird die Schutzfrist nicht verlängert, so wird das Werk gemeinfrei¹⁶⁴⁵.

Indem die Marktteilnehmer bei diesem Lösungsansatz ihr jeweiliges Schutzbedürfnis weitgehend selber marktnah justieren können und dadurch die im Vergleich zum Gesetzgeber tendenziell besser informierten Urheber und Rechteinhaber die letztendliche Schutzdauer selber in der Hand haben, ist dieser Ansatz dem herkömmlichen starren Schutzdauer-Modell überlegen, bei dem Schutzdauer und Schutzfrist p.m.a. in personalistischer Rechtfertigungstradition unter willkür-

1644 Siehe dazu Kap. 5 D. II. 2. c).

1645 Zur näheren Erläuterung des hier nur holzschnittartig skizzierten Regulierungsvorschlags sei ausdrücklich auf die Ausführungen in Kap. 5 D. II. 2. c) verwiesen.

lichem Rückgriff auf die Lebenszeit des Urhebers und die Lebenszeit zweier weiterer Generationen konstruiert wird¹⁶⁴⁶. Da von der Verlängerungsoption vermutlich vor allem Rechteinhaber mit einer kommerziellen Verwertungsabsicht Gebrauch machen würden¹⁶⁴⁷, wäre der bestechende Vorteil einer solchen flexiblen Schutzdauerregelung unter Nutzerschutzgesichtspunkten, dass die große Zahl der Werke, für die eine kommerzielle Verwertung nicht (oder nicht mehr) angestrebt wird, gemeinfrei würde und potentiellen Nutzern (aber auch Wettbewerbern) vergleichsweise früher zur zustimmungs- und kostenfreien Nutzung zur Verfügung stünde¹⁶⁴⁸.

3. Schutz für die Nutzer von »orphan works«

Selbst wenn es eines Tages zu einer solchen Schutzfristverkürzung bzw. -flexibilisierung durch den Gesetzgeber kommen sollte, bedeutete dies jedoch aufgrund des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots noch keine Lösung für die »Altfälle« mit einer unverändert langen, starren Schutzdauer von 70 Jahren p.m.a. Zumindest für die Konstellationen, in denen der urheberrechtliche Schutz noch fortbesteht, der Urheber bzw. Rechteinhaber aber trotz sorgfältiger Suche nicht mehr identifizierbar bzw. auffindbar ist, das Werk also verwaist ist, kann – wie die Untersuchung gezeigt hat – die in den USA in den vergangenen Jahren mit großer Intensität geführte Diskussion über den Umgang mit »orphan works« als Inspirationsquelle dienen, wie sich die Symptome einer überlangen Schutzdauer de lege ferenda zumindest lindern lassen.

- 1646 Siehe hierzu Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (kodifizierte Fassung): »Die Mindestschutzdauer, die nach der Berner Übereinkunft fünfzig Jahre nach dem Tod des Urhebers umfasst, verfolgte den Zweck, den Urheber und die ersten beiden Generationen seiner Nachkommen zu schützen. Wegen der gestiegenen durchschnittlichen Lebenserwartung in der Gemeinschaft reicht diese Schutzdauer nicht mehr aus, um zwei Generationen zu erfassen.«; eingehend zur Rechtfertigung der 70jährigen Schutzfrist p.m.a. mittels des Generationengedankens *Beier*, Die urheberrechtliche Schutzfrist, S. 124 ff., 132 f.; kritisch zu diesem überholten Rechtfertigungsgedanken u.a. *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, Vor §§ 64 ff., Rn. 1.
- 1647 Diese Annahme wird gestützt durch die empirische Studie von *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471 ff. (2003). Deren Untersuchung der Registrierung- und Verlängerungszahlen für im Zeitraum von 1883 bis 1964 in den USA registrierte Werke kommt zu dem Ergebnis (S. 517) »that copyright registration and renewals are indeed highly responsive to economic incentives (...) The shorter the expected life of a copyright and the higher the registration and renewal fees, the less likely are both registration and renewal.«.
- 1648 Voraussetzung dafür wäre freilich, dass neben dem vermögensrechtlichen Schutz auch der persönlichkeitsrechtliche Schutz nicht übermäßig lang ausgestaltet wird, und dass es nicht zu strategischen oder »missbräuchlichen« Verlängerungen kommt, ein Verhalten, wie wir es beispielsweise auch aus dem Patentrecht u.a. zur Ermöglichung von Cross-Licensing kennen.

Zwar wäre im deutschen Urheberrecht eine dem »Orphans Works Act of 2006«¹⁶⁴⁹ nachempfundene Beschränkung der Schadensersatzansprüche auf eine angemessene Lizenzgebühr aus Nutzersicht nur von begrenztem Wert, schließlich ist hier die gewohnheitsrechtlich anerkannte Lizenzanalogie ohnehin die gebräuchlichste Methode der Schadensberechnung¹⁶⁵⁰. Sinnvoll erscheint demgegenüber aber prinzipiell der *Ausschluss des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs im Falle bearbeitender Nutzungen von orphan works*. Eine solche nutzerschützende Maßnahme, die wiederum eine Änderung des europäischen Urheberrechts verlangte¹⁶⁵¹, wäre von erheblicher praktischer Relevanz, denn häufig bearbeiten Private im Zusammenhang mit Phänomenen wie »user generated content« oder der zu beobachtenden »participatory culture«¹⁶⁵² – oder wie immer man das durch ein hohes Maß aktiver Partizipation geprägte kreative Werkschaffen im digitalen Umfeld bezeichnen möchte – fremde Werke und machen sie anschließend über das Internet öffentlich zugänglich, ohne dass es ihnen trotz sorgfältiger Recherche gelänge, den jeweiligen Urheber bzw. Rechteinhaber des verwendeten Werks vorab ausfindig zu machen.

4. Normzweckorientierte Auslegung und Ausgestaltung der Schranken

Zusätzlich zu diesen konkreten materiell-rechtlichen Gestaltungsoptionen wurde das in dieser Arbeit auf Grundlage eines integrativen Rechtfertigungsmodells (s. Kap. 4 D.) verfolgte bipolare Normzweckkonzept in Kap. 5 D. II. 4. sowohl für die *Auslegung*, als auch für die *Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen* fruchtbar gemacht. Schranken sind danach weder per se eng, noch weit, sondern wie andere Rechtsvorschriften auch unter Anwendung des allgemein üblichen »Auslegungskanons« auszulegen¹⁶⁵³. Neben der grammatischen (wörtlichen), der historischen und der systematisch-logischen Auslegung kommt dabei der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode im Urheberrecht eine hervorgehobene Bedeutung zu. Von ihrer Rechtsnatur her sind Schranken dabei nach dem hier zugrundegelegten Verständnis in aller Regel nicht als Ausnahmen vom

1649 Orphan Works Act of 2006, 109th Congress, 2nd Session, H.R. 5439.

1650 Auch in anderen europäischen Ländern würde eine Beschränkung des Schadensersatzanspruchs die Nutzer verwaister Werke nicht wirklich besser stellen, so auch *Hugenholtz et al.*, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, S. 190: »when it comes to the financial damages that a user may incur, the (civil) law in the Member States is much more benevolent to the user than in the US. A liability rule, therefore, would not alleviate the situation for users as such. It would, at the most, encourage more users to use orphan works.«.

1651 Eingehend dazu Kap. 5 D. II. 3. d).

1652 Siehe zu diesen Schlagworten oben in Kap. 4 C. IV. 2. a).

1653 Siehe die Nachweise zu dieser keineswegs selbstverständlichen These in Kap. 5 D. II. 4. a) aa).

urheberrechtlichen Schutz aufzufassen. Vielmehr sind sie zu verstehen als Bestimmungen, die Inhalt und immanente Grenzen des Urheberrechts festlegen¹⁶⁵⁴.

Im Hinblick auf eine stärker nutzerorientierte Ausgestaltung der Schrankenbestimmungen ist in Kap. 5 D. II. 4. b) aa) sowohl eine formale, gesetzestechnische Bereinigung, als auch eine sachlich-inhaltliche Revision der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen vorgeschlagen worden. So sind die bestehenden Schranken des deutschen und europäischen Urheberrechts in formaler Hinsicht revisionsbedürftig, weil sie zu komplex und kasuistisch geraten sind. Die allzu problem- und interessenspezifischen Schrankenbestimmungen bedürfen daher im Interesse des Nutzerschutzes dringend einer grundlegenden Neuordnung. Sie sind zu straffen, zu vereinfachen und allgemeinverständlicher zu gestalten. Nutzerschutz heißt somit auch Abbau von Verständnisbarrieren und Erhöhung von Transparenz und Nachvollziehbarkeit für den einfachen Rechtsanwender. Zugleich sind die Schranken – sowohl auf nationaler, als auch auf europäischer Ebene – knapper und wertungsoffener zu gestalten, damit im Konfliktfall die Rechtsprechung im Rahmen des ihr zur Verfügung stehenden Spielraums zeitgemäße und einzelfallgerechte Lösungen herbeiführen kann¹⁶⁵⁵. Damit das Urheberrecht sowohl den Schutzbedürfnissen der Urheber als auch der aktiven und selbstbestimmten Nutzer angemessen Rechnung tragen kann, kann sich sogar eine Schrankenkonzeption empfehlen, die soweit als möglich Vergütungsansprüche anstelle von Verbotsrechten vorsieht (*Vergütungsanspruch als Regel, Verbotsrecht als Ausnahme*)¹⁶⁵⁶. Auf diese Weise ließe sich am ehesten die mit dieser Arbeit propagierte Zielvorstellung einer *offenen Kultur* verwirklichen, in der möglichst viele Inhalte erlaubnis-, aber nicht kostenfrei zugänglich sind, eine Kultur also, in der Urheber vergütet werden, aber kreatives Schaffen Dritter auch nicht unnötig und unverhältnismäßig durch urheberrechtliche Verbotsrechte bedingt oder verhindert wird¹⁶⁵⁷. Eine offene, partizipative Kultur kann nur dann funktionieren, wenn Nutzer frei bzw. zumindest freier als bislang sind, vorhandene Werke insbesondere kreativ-schöpferisch verwenden zu dürfen. Diesen Freiraum gewähren Liability Rules¹⁶⁵⁸. Um darüberhinaus mittels der Rechtsprechung flexible und einzelfallgerechte Entscheidungen zu ermöglichen, ist ferner in Kap. 5 D. II. 4. b) bb) (2) eine den (sowohl auf deutscher als auch europäischer Ebene) bislang abschließend konzipierten Schrankenkatalog ergänzende Auffangklausel vorgeschlagen worden. Eine solche Auffangklausel, die sich beispielsweise in

1654 Siehe im Einzelnen dazu oben Kap. 5. D. II. 4. a) aa).

1655 Vgl. Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 486.

1656 Vgl. Huuskonen, Copyright, Mass Use and Exclusivity, S. 243: »The compensation has become the core. Although not attempted here, it would be feasible to outline a copyright system with compensation as the core and exclusivity as an exception.«. Siehe zur Diskussion Property Rule versus Liability Rule auch schon ausführlich oben in Kap. 4 C. I. 4. b) aa) (2) β).

1657 Siehe zur Zielvorstellung einer offenen Kultur oben Kap. 4 C. IV. 2. a).

1658 Für die weiteren Pro- und Contra-Argumente in Bezug auf Liability Rules wird hier vollumfänglich verwiesen auf Kap. 4 C. I. 4. b) aa) (2) β).

§ 61 UrhG *de lege ferenda* einfügen ließe, könnte daher – eine Änderung europäischen Rechts erneut vorausgesetzt – beispielsweise folgenden Wortlaut haben:

Sofern nicht der Anwendungsbereich einer speziellen in den §§ 44a ff. UrhG geregelten Schrankenbestimmung eröffnet ist, kann eine Vervielfältigung oder öffentliche Zugänglichmachung eines veröffentlichten Werkes auch dann zulässig sein, wenn sie der Berichterstattung, der Veranschaulichung im Unterricht, der wissenschaftlichen Forschung oder der nicht unmittelbar zu kommerziellen Zwecken erfolgenden Bereitstellung oder Präsentation von Informationen insbesondere durch Bibliotheken, Archive und Suchmaschinen dient, und durch sie die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt wird sowie die berechtigten Interessen der Urheber und Rechteinhaber nicht ungebührlich verletzt werden¹⁶⁵⁹.

5. Optionen des Nutzerschutzes im Hinblick auf technische Nutzungsrestriktionen

Zur materiell-rechtlichen Verwirklichung des mit dieser Arbeit propagierten Nutzerschutzparadigmas sind in Kap. 5 D. 5. a) als Korrektur des auf Informationsasymmetrie beruhenden Marktversagens verschärfte und international einheitliche Informationspflichten hinsichtlich technischer Nutzungsrestriktionen eingefordert worden. Zudem wurden rechtliche wie technische Möglichkeiten aufgezeigt, wie sich prinzipiell auf das Problem überbordender technischer Nutzungsrestriktionen reagieren lässt. Neben der Sorge um die Durchsetzung bzw. Durchsetzbarkeit bestehender Urheberrechtsbeschränkungen galt dabei besondere Aufmerksamkeit der Bedrohung, die der Technikeinsatz für (bislang) nicht oder möglicherweise nur unzureichend privilegierte »Verbraucher«- bzw. Nutzerinteressen bedeuten kann. Technische Nutzungsrestriktionen haben das Potential, Nutzer in ihrer Entscheidungsfreiheit darüber einzuschränken, ob, wann, wo, wie und wie oft sie digitale Inhalte hören, sehen, lesen, austauschen, abspeichern oder bearbeiten¹⁶⁶⁰. Auf diese massive Einschränkung digitaler Nutzerfreiheiten haben Urheberrechtswissenschaft und Gesetzgeber bislang keine überzeugende Antwort gefunden. Dabei sollte das UrhG unter Berücksichtigung der informationsökonomischen Erkenntnisse in Kap. 4 C. 5. e) richtigerweise auch – und nicht zuletzt – als ein Gesetz zur Sicherung der Qualität der vertraglichen wie technischen Nutzungsbedingungen für digitale Inhalte verstanden werden. Ein Schritt in diese Richtung könnte die Etablierung eines Kanons obligatorischer digitaler Nutzerrechte sein. Dieser könnte beispielsweise umfassen ein *Nutzerrecht auf digitale Privatkopie* (zumindest in einem näher zu bestimmenden Umfang, bei dem die

1659 Nähere Ausführungen zum Anwendungsbereich und zu konkreten Anwendungsbeispielen dieser Auffangklausel (z.B. Zulässigkeit von »Thumbnails«; Zulässigkeit von Textschnipseln im Rahmen der Google Buchsuche) finden sich in Kap. 5 D. II. 4. b) bb) (2).

1660 Vgl. Helberger, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33.

Anzahl zulässiger Kopien beispielsweise auf fünf oder sieben Kopien festzulegen wäre), ein *Nutzerrecht auf räumlich und zeitliche versetzte Nutzung* (sog. »right to time-shift« bzw. »right to space-shift«), ein *Nutzerrecht auf die Erstellung von Sicherungskopien* sowie ein *Nutzerrecht auf Durchsetzung der Gemeinfreiheit*. Letztere Nutzerschutzmaßnahme würde darauf abzielen, dass die gesetzgeberischen Wertungen hinsichtlich der Schutzvoraussetzungen und der Schutzdauer nicht durch den Einsatz von TPM bzw. DRM-Systemen unterlaufen werden¹⁶⁶¹.

Nachdem in Kap. 5 D. II. 5. b) aa) kurz eher technisch ausgerichtete Lösungsansätze dargestellt wurden, die das Problem allzu restriktiver Nutzungsbedingungen theoretisch bereits ex ante auf technischer Ebene entschärfen könnten, indem sie (zumindest teilweise) entsprechenden Nutzerbedürfnissen von vornherein bei der Ausgestaltung der Technik Rechnung tragen, wurden anschließend in Kap. 5 D. II. 5 b) bb) die sonstigen, nutzerschützenden Gestaltungsoptionen des Gesetzgebers ausgeleuchtet¹⁶⁶². Unterschieden wurden die individuelle und die kollektive Durchsetzung der Nutzerbefugnisse, wobei sich die Geltendmachung in beiden Fällen entweder unmittelbar gegen den Verwender technischer Nutzungsrestriktionen richten kann (dies ist prinzipiell das mit § 95b Abs. 2 UrhG vom deutschen Gesetzgeber verfolgte Modell) oder mittelbar durch Einbeziehung einer Dritt-Partei (sog. »trusted third party«) abgewickelt werden kann. Die zuletzt genannte Variante, die auch als »key escrow«-Ansatz bezeichnet wird, weil bei ihr autorisierte Dritt-Parteien die zur Verwirklichung der jeweiligen Befugnis benötigten technischen Mittel bereitstellen¹⁶⁶³, wurde als besonders nutzerfreundlich identifiziert. Indem bei diesem Ansatz berücksichtigt wird, dass die meisten schrankenprivilegierten Nutzungswilligen nicht die technischen Fähigkeiten besitzen, technische Schutzmaßnahmen selbst zu umgehen, hebt sich der »key-escrow«-Ansatz insbesondere von »Selbsthilfeansätzen« ab, bei denen dem einzelnen Nutzer lediglich ein »right to hack« zusteht. Nutzerfreundlich ist das »key-escrow«-Konzept zudem deshalb, weil es die Privatsphäre des Nutzungswilligen dadurch schützen hilft, dass dieser sich zur Verwirklichung seiner Nutzer-

1661 Siehe zu dieser Problematik auch *Peukert*, UFITA 2002/III, 689, 710. Vorbildcharakter könnte die in den USA in Section 3 b) IV des Entwurfs für den »Freedom and Innovation Revitalizing U.S. Entrepreneurship Act of 2007«, H.R. 1201, 110th Cong. (2007) vorgeschlagene Regelung haben. Danach wäre zulässig »an act of circumvention that is carried out solely for the purpose of gaining access to one or more works in the public domain that are included in a compilation consisting primarily of works in the public domain«. S. in Kap. 5 D. II. 5. b) bb) näher zu dem absehbaren Einwand, dass sich der rechtliche Umgehungsschutz ohnehin nur auf urheberrechtlich geschützte Werke beziehe, sich aber nicht auf Material erstrecke, das von vornherein keinen urheberrechtlichen Schutz genossen hat oder aber dessen urheberrechtlicher Schutz bereits abgelaufen ist, vgl. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 95b, Rn. 3.

1662 Ausgeklammert wurden dabei Lösungsansätze, die auf die Qualitätssicherung der vertraglichen Nutzungsbedingungen abzielen, siehe dazu aber schon oben im Rahmen der informationsökonomischen Rechtfertigung des Nutzerschutzes in Kap. 4 C. I. 5. d) bb).

1663 Siehe dazu die Nachweise in Kap. 5 D. II. 5 b) bb).

rechte nicht an den Inhaltenanbieter, sondern an eine neutrale dritte Instanz wenden kann¹⁶⁶⁴.

Erschöpfend wurde der key-escrow-Ansatz gleichwohl nicht untersucht. Für die Zwecke dieser Arbeit genügt die Erkenntnis, dass, für welche der genannten Gestaltungsoptionen sich der Gesetzgeber letztlich auch entscheiden mag, er mit dem hier verfolgten bipolaren Normzweckmodell – im Gegensatz zum überkommenen urheberzentrierten Paradigma – stets ein konsistentes Erklärungsmodell zur Verfügung hat. Bislang nämlich nehmen sich Nutzerrechte wie etwa § 95b Abs. 2 UrhG wie an sich systemwidrige Fremdkörper aus, die sich vor dem Hintergrund eines traditionell urheber- und faktisch verwerterzentrierten Paradigmas nicht widerspruchsfrei begründen lassen. Mit dem in dieser Arbeit vorgeschlagenen bipolaren Normzweckmodell, das mit dem normativen Leitbild des aktiven und selbstbestimmten Nutzers das bestehende, urheberzentrierte Erklärungsmodell maßgeblich erweitert, lässt sich diese bislang bestehende Inkonsistenz überwinden.

Die Ausführungen zu den nutzerschützenden Gestaltungsoptionen angesichts überbordender technischer Nutzungsrestriktionen mündeten schließlich in Kap. 5 D. II. 5 b) bb) in einige kritische Anmerkungen zu den de lege lata im deutschen und europäischen Recht bestehenden Nutzerschutzinstrumentarien. Problematisiert wurden im Einzelnen der weitgehende Interventionsverzicht in Art. 6 Abs. 4 der sog. »Informationsgesellschafts-Richtlinie« sowie die vom deutschen Gesetzgeber in § 2a i.V.m. § 3a UKlaG geschaffene Verbandsklagemöglichkeit. Bei letzterer wurde vorstehend neben der begrenzten Wirkung dieser Nutzerschutzmaßnahme insbesondere die konstruierte Eingliederung in das UKlaG als in gesetzes-systematischer Hinsicht verfehlt kritisiert¹⁶⁶⁵. Als Ergebnis lässt sich insoweit festhalten, dass gegenwärtig von einem wirkungsvollen Nutzerschutz namentlich im Online-Bereich nicht ansatzweise die Rede sein kann. Hier besteht großer Nachholbedarf. Wie de lege ferenda die urheberrechtliche Regulierung ausgestaltet sein sollte, um auf das Problem überbordender technischer Nutzungsrestriktionen zu reagieren, ob also der hier prinzipiell favorisierte key-escrow-Ansatz oder anderweitige Lösungsansätze vorzugswürdig sind, wird Gegenstand weiterer Forschungsbemühungen sein müssen. Eine Patentlösung ist jedenfalls weiterhin nicht in Sicht.

1664 Böhle, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 57.

1665 Die in § 2a i.V.m. § 3a UKlaG kodifizierte Verbandsklagemöglichkeit ist systemwidrig, weil es bei dem mit ihr verfolgten Anspruch in Wahrheit nicht um ein Unterlassen, sondern um einen dem UKlaG an sich fremden Anspruch auf ein positives Tun (nämlich das Zurverfügungstellen der für die Umgehung der technischen Schutzmaßnahmen benötigten Mittel) geht, näher dazu in Kap. 5 D. II. 5. b) bb).