

Im Idealfall sollten Zweck und tatsächliche Wirkungsweise einer Norm aber deckungsgleich sein. Optimalerweise bewirkt eine »Norm grundsätzlich also auch was sie bezweckt und bezweckt sie, was sie bewirkt«, wie *Dreier* in einem anderen Zusammenhang prägnant formuliert hat²⁹¹. Die Differenzierung zwischen Normzweck und tatsächlicher Wirkung eröffnet dabei die Möglichkeit, eine Diskrepanz von normativ Intendierten und dem mit den Mitteln des Rechts tatsächlich Bewirkten präzise festzustellen. Komme es zu einer solchen Diskrepanz, so *Dreier* weiter, »wirkt also eine Rechtsfolge nicht mehr in der ursprünglich bezweckten Weise oder vermag der ursprüngliche Zweck nicht mehr die ursprünglich beabsichtigte Wirkungsweise zu erzeugen – so macht die Unterscheidung den Blick auf eine allfällige Korrektur frei.«²⁹². Es ist oben deutlich geworden, dass das traditionelle Urheberrecht heutzutage weder in der ursprünglich bezweckten Weise ausschließlich dem Schutze des Urhebers dient, noch de lege lata die Reichweite der tatsächlichen Schutzwirkungen zugunsten der Kulturindustrie zu erklären vermag. Angesichts des Auseinanderklaffens von dem im UrhG geschützten normativen Leitbild, also von gesetzlichem Zweck und der tatsächlichen, wirtschaftlichen Schutzrechtswirkung, ist mithin die Revisionsbedürftigkeit der bestehenden urheberrechtlichen Grundannahmen evident²⁹³.

C. Vernachlässigung des Nutzerschutzes und der Akzeptanzverlust des Urheberrechts

I. Einseitige Stärkung der Rechteinhaber und Vernachlässigung des Nutzerschutzes

Die gesetzgeberische Reaktion auf den technischen Wandel war in den vergangenen Jahrzehnten nahezu weltweit von einer Ausdehnung des urheberrechtlichen Schutzes geprägt. Die durch die Digitalisierung erleichterten Kopiermöglichkeiten und die über das Internet ermöglichte Verbreitung geschützter Werke haben die Gesetzgeber dazu verleitet, den teils berechtigten, teils aber auch überzogenen Forderungen der Urheber bzw. der Verwerterlobby nach einer Stärkung des urheberrechtlichen Schutzes Gehör zu schenken. Die Folge war insbesondere eine an-

291 *Dreier*, Kompensation und Prävention, Teil 1, Kap. 4, II, S. 126.

292 *Dreier*, Kompensation und Prävention, Teil 1, Kap. 4, II, S. 126.

293 *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23, 25, wertet (in ihrer markenrechtlich geprägten Terminologie) die Diskrepanz zwischen wirtschaftlich und rechtlich geschützter »Funktion« gar als »Lackmustest für die Effizienz und sachliche Angemessenheit der gesetzlichen Regelungen«; s.a. *Schmid-Wirth*, UrhG, Einl. Rn. 31: »Wenn das UrhG also vom Urheber spricht, geht es häufig tatsächlich um den Verwerter (Rechteinhaber), der über die entsprechenden Rechtspositionen verfügt. Diesen Widerspruch zwischen geschriebenem und praktischem Recht muss eine wegweisende Urheberreform (sic!) aufgreifen – und muss hierbei auch den allgemeinen gesellschaftlichen Interessen (...) zu ihrem Recht verhelfen.«.

haltende Verschärfung der Sanktionen gegen Urheberrechtsverletzungen²⁹⁴, eine Verlängerung der Schutzdauer²⁹⁵ und die Schaffung eines rechtlichen Umgehungsschutzes für technische Schutzmaßnahmen²⁹⁶. Währenddessen sind die den Nutzer und die Allgemeinheit schützenden Bestimmungen nicht in gleichem Maße angepasst worden. Anstatt den Interessen der aktiven und passiven Werknutzer auch im digitalen Umfeld ausgewogen zu ihrer Durchsetzung zu verhelfen, hat der Gesetzgeber namentlich die sich abzeichnende Aushöhlung urheberrechtlicher Regulierung durch die Möglichkeit vertraglichen wie technischen Selbstschutzes der Rechteinhaber mit einer Privatisierung der Regulierung beantwortet²⁹⁷. Das dadurch entstandene Ungleichgewicht zu Lasten der Nutzer und der Allgemeinheit ist in den vergangenen Jahren zunehmend als Problem beschrieben worden²⁹⁸. Nach den Kodifizierungen der 90er Jahre, etwa in Gestalt des rechtlichen Umgehungsschutzes für technische Schutzmaßnahmen, setzt sich nun nach und nach die Erkenntnis durch, dass man mit der Schutzexpansion möglicherweise über das Ziel hinausgeschossen ist. Es scheint sich insofern zu bestätigen, dass es bei Verfolgen einer einzelnen Schutzrichtung eine nahezu systemimmanente Gefahr darstellt, diese Schutzrichtung früher oder später zu überdehnen²⁹⁹.

Es würde zu weit führen, die überaus vielfältigen, negativen Auswirkungen der rechtlichen wie technischen Schutzausdehnung hier im Einzelnen zu problematisieren. An dieser Stelle können daher nur einige Risiken der Schutzexpansion schlagwortartig benannt werden³⁰⁰. So birgt sie etwa die vielfach diagnostizierte

294 Siehe Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, sog. »Durchsetzungs-Richtlinie«.

295 Siehe Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, sog. Schutzdauer-Richtlinie, oder den US-amerikanischen »Sonny Bono Copyright Term Extension Act« aus dem Jahre 1998.

296 Siehe z.B. Art. 6 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, sog. »Informationsgesellschafts-Richtlinie«.

297 *Wiebe*, Zum Funktionswandel des Urheberrechts im digitalen Umfeld, in: FS Kilian, S. 603, 620.

298 Siehe etwa *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 378 ff.; *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 180; *Lessig*, Code. Version 2.0, passim; *Metzger*, GRUR Int. 2006, 171, 172; *Ohly*, JZ 2003, 545, 552; *Wandtke*, GRUR 2002, 1, 11; *Wiebe*, Zum Funktionswandel des Urheberrechts im digitalen Umfeld, in: FS Kilian, S. 603, 620.

299 Vgl. in diesem Sinne *Beater*, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 42.

300 Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die negativen Auswirkungen eines überzogenen urheberrechtlichen Schutzes im weiteren Verlauf dieser Arbeit noch wiederholt thematisiert werden, siehe z.B. Kap. 4 C. I. 4. b) aa) (2) β) und bb).

Gefahr, dass Schrankenbestimmungen unterlaufen³⁰¹ sowie kreativ-schöpferische Nutzungen bestehender und damit die Entstehung neuer Werke beschränkt werden³⁰². Zugleich drohen restriktive technische Zugangs- und Nutzungskontrollen den Zugang zum kulturellen Erbe zu erschweren, kulturelle Vielfalt zu reduzieren sowie wissenschaftlichen Fortschritt und den für eine Demokratie unerlässlichen öffentlichen Diskurs zu behindern³⁰³. Da technische Nutzungsrestriktionen zudem das Potential haben, Nutzer in ihrer Entscheidungsfreiheit darüber einzuschränken, ob, wann, wo, wie und wie oft sie digitale Inhalte hören, sehen, lesen, austauschen, abspeichern oder bearbeiten³⁰⁴, drohen die Selbstbestimmungsrechte der im Markt für Kulturgüter Beteiligten in erheblichem Maße beschränkt zu werden.

Nicht alle diese Kritikpunkte mögen gleichermaßen berechtigt sein, darum soll es hier aber nicht gehen. Entscheidend ist, dass die einseitige Stärkung der Urheber- bzw. Verwerterinteressen bei gleichzeitiger Vernachlässigung der ebenso schutzbedürftigen Nutzerinteressen die Akzeptanz des Urheberrechts untergraben hat³⁰⁵. Eine Ursache dafür, dass es überhaupt so weit kommen konnte, ist gewiss darin zu erkennen, dass sich rechtspolitisch die erfahrungsgemäß schlagkräftige Verwerterlobby wirkungsvoll Gehör verschaffen konnte – im Gegensatz

301 Siehe dazu beispielsweise: *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 378 ff.; *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 819; *Guibault/Helberger*, Copyright Law and Consumer Protection, S. 16; *Hilty*, ZUM 2003, 983, 990; *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 180; *Wiebe*, Zum Funktionswandel des Urheberrechts im digitalen Umfeld, in: FS Kilian, S. 603, 620.

302 S. statt vieler *Gasser/Ernst*, Berkman Center Research Publication No. 2006-05, S. 13, verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=909223>: «the current copyright regime is in important respects incompatible with the phenomenon of user creativity in the digitally networked environment to the extent that digital technology both empowers and motivates users to actively contribute to our shared cultural environment based on the reuse of information, knowledge, and entertainment. On the one hand, copyright law grants extensive rights in derivative works, but fails to limit these rights in a way that users/creators can foresee whether their creative reuse of copyrighted materials is infringing or not. On the other hand, practical impediments such as prohibitive licensing fees and high search costs as well as technological barriers like restrictive DRM schemes have negative impacts on the further growth of participatory culture.»

303 *Boyle*, Shamans, Software, and Spleens, S. 119: »An author-centered regime can actually slow down scientific progress, diminish the opportunities for creativity, and curtail the availability of new products.«. *Boyle* warnt weiter, a.a.O., S. 124 f.: «There are strong reasons to believe that the system of incentives set up under the current author-centered vision of intellectual property will actually impede innovation and scientific progress, diminish the availability of our cultural heritage, inhibit artistic innovation, and restrict public debate and free speech.»

304 *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33; *Guibault/Helberger*, Copyright Law and Consumer Protection, S. 16.

305 Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Metzger*, GRUR Int. 2006, 171, 172.

zu den vergleichsweise schlechter organisierten Nutzern³⁰⁶. Dies erklärt aber noch nicht, warum sich auch die weitaus eher an einem gerechten Interessenausgleich interessierte Urheberrechtswissenschaft so schwer tut mit einer überzeugenden Antwort auf das vorhandene Schutzbedürfnis der Nutzer auch und gerade im digitalen Umfeld. Zu erklären sind die verhaltene Reaktion der Urheberrechtswissenschaft und die damit korrelierende halbherzige Reaktion des Gesetzgebers aber möglicherweise mit dem *Fehlen einer urheberrechtlichen Nutzerschutzdoktrin*³⁰⁷. Dort, wo ein Nutzerschutzparadigma einen ausgleichenden Gegenpol zum traditionell urheber- und faktisch verwerterzentrierten Paradigma bilden sollte, klafft in der Urheberrechtstheorie nämlich eine Leerstelle³⁰⁸. Ohne ein elaboriertes, rechtstheoretisch untermauertes Nutzerschutzkonzept wird sich aber nur schwerlich eine Nutzerschutzagenda für das Urheberrecht erarbeiten und rechtspolitisch durchsetzen lassen. Auf Grundlage der traditionellen Begründungsansätze für das als *Urheberschutzrecht* verstandene Urheberrecht lassen sich die Schutzbedürfnisse der Nutzer jedenfalls nur äußerst unzureichend erfassen. Explizit nutzerschützende Bestimmungen (wie beispielsweise die zaghafte Etablierung eines

- 306 Auch Metzger, GRUR Int. 2006, 171, 172, führt den Lobbyismus als Grund an, warum die Politik in einer die Akzeptanz des Urheberrechts schmälernenden Weise »das Urheberrecht immer mehr als alleiniges Recht des Rechtsinhabers zu begreifen« scheint: »Diese Entwicklung ist zu guten Teilen professionellen Interessenvertretern zu verdanken, die Kommissions- bzw. Regierungsbeamte und Abgeordnete einseitig im Interesse der Verwerter zu beeinflussen suchen und dies leider recht erfolgreich. Natürlich ist »Lobbying« als Teil einer freiheitlichen Rechtsordnung hinzunehmen. Problematisch wird dies aber, wenn auf der einen Seite gut bezahlte, qualifizierte Interessenvertreter stehen, während die andere Seite mangels entsprechender Organisation nicht in vergleichbarer Weise am Meinungsbildungsprozess teilnimmt.«.
- 307 Auch Helberger, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33, 35, vermutet: »Im Urheberrecht ist die mangelhafte Berücksichtigung von Verbraucherinteressen beim DRM-Einsatz (ebenso wie bei bestimmten Vertragspraktiken) wohl auch darauf zurückzuführen, dass der Urheberrechtsgesetzgeber sich nie richtig Gedanken über den Verbraucher gemacht hat. Im Urheberrecht fehlt eine einschlägige Vorstellung vom Verbraucher und von modernen Nutzungspraktiken digitaler Inhalte. Wie kann das Urheberrecht die Interessen der Verbraucher bzw. Nutzer wirksam schützen, wenn es nicht einmal genau weiß, um welchen Personenkreis es sich dabei handelt?«.
- 308 Ganz in diesem Sinne hat Cohen, 74 Fordham L. Rev. 347 ff. (2005), die mangelnde rechtstheoretische Durchdringung des Nutzerschutzes auf den Punkt gebracht: »Copyright doctrine (...) is characterized by the absence of the user. As copyright moves into the digital age, this absence has begun to matter profoundly. As I will show, the absence of the user has consequences that reach far beyond debates about the legality of private copying, or about the proper scope of user-oriented exemptions such as the fair use and first sale doctrines. The user's absence produces a domino effect that ripples through the structure of copyright law, shaping both its unquestioned rules and its thorniest dilemmas. The resulting imbalance – empty space where one cornerstone of a well-balanced copyright edifice should be – makes for bad theory, bad policy, and bad law.«. Siehe aber immerhin die Arbeiten von Bechtold, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 384 f., der frühzeitig darauf hingewiesen hat, dass das Urheberrecht angesichts des digitalen Wandels in noch viel stärkerem Maße die Aufgabe wird übernehmen müssen, die Interessen der Nutzer zu wahren, s.a. Bechtold, Das Urheberrecht und die Informationsgesellschaft, in: Interessenausgleich

Nutzerrechts in § 95b Abs. 2 UrhG) bleiben systemwidrige Fremdkörper, deren Existenz sich im Rahmen eines urheberzentrierten Erklärungsmodells nicht widerspruchsfrei begründen lässt.

Um die nicht allein durch die technischen Schutzmöglichkeiten, sondern auch durch den generell vergrößerten Schutzzumfang und die fragwürdige Schutzfristlänge aufgeworfenen Nutzerschutzbedürfnisse angemessen bewältigen und die gegenwärtigen Rechtfertigungsdefizite für eine stärker nutzerorientierte Ausgestaltung des Urheberrechts überwinden zu können, bedarf es mithin der Erarbeitung eines rechtstheoretischen Erklärungsansatzes, der den Nutzer explizit mit einbezieht. Allein so wird sich verhindern lassen, dass namentlich kreativ-schöpferische Werknutzungen bzw. generell der aktive und selbstbestimmte Umgang mit bestehenden Werken auf eine die Akzeptanz des Urheberrechts weiter schmälernde Weise durch die festzustellende Schutzausdehnung vereitelt werden.

Interessant ist vor diesem Hintergrund die eher wissenschaftstheoretische Fragestellung, inwieweit namentlich das im Zuge des digitalen Wandels durch den Einsatz restriktiver technischer Schutzmaßnahmen aufgekommene, neuartige Bedürfnis eines originären Nutzerschutzes in der Terminologie *Kuhns* zur »Struktur wissenschaftlicher Revolutionen« als »Anomalie«³⁰⁹ zu verstehen ist. *Kuhn* zufolge werden Paradigmenwechsel in der Wissenschaft durch grundlegend neue Fakten und Theorien herbeigeführt³¹⁰. Wenn man unter Fakten nicht nur neuartige Phänomene in der Natur, sondern auch grundlegend neuartige Tatsachen in der Rechtswirklichkeit fasst, dann stellt die durch technische Schutzmaßnahmen hervorgerufene Schutzexpansion und das dadurch evozierte Nutzerschutzbedürfnis

im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 67, 72: »Während DRM-Systeme hinsichtlich des Schutzes der Inhaltebieter das Urheberrecht ersetzen können, bleibt hinsichtlich des Schutzes der Nutzer und der Allgemeinheit ein gesetzgeberisches Eingreifen notwendig. Überspitzt ausgedrückt bedeutet dies, dass die Begründung für das Urheberrecht als Schutzmechanismus für die Inhalteanbieter wegfällt, während die Begründung für urheberrechtliche Schrankenbestimmungen bestehen bleibt. Im Bereich der DRM-Systeme wird sich das Urheberrecht damit mehr und mehr von einem Urheber- zu einem Nutzerschutz wandeln.«. Krit. dazu *Peukert*, UFITA 2002/III, 689, 700, 704. *Peukert* wendet sich gegen die These vom »Nutzerschutz statt Urheberschutz« und verfißt einen Ansatz, den er selber als »Urheberschutz als Nutzerschutz« bezeichnet, s. *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 44. Unter diesem mittelbaren Nutzerschutz möchte *Peukert*, a.a.O., S. 45, Fn. 176, beispielsweise die Entwicklung urhebervertragsrechtlicher Bestimmungen verstehen, die die Entscheidung über den Einsatz technischer Maßnahmen von der Zustimmung des Urhebers abhängig machen; vom ggf. eintretenden Verzicht auf technischen Schutz könnten dann mittelbar die Nutzer profitieren. Auch wenn der Gedanke des Nutzerschutzes dem Urheberrecht also nicht völlig fremd ist, lässt sich gleichwohl nicht abstreiten, dass das theoretische Fundament für eine Nutzerschutzdoktrin, also eine programmatische Festlegung auf einen dem Urheberschutz als Korrektiv entgegengesetzten Nutzerschutz (»Urheberschutz und Nutzerschutz«), bislang nur äußerst bruchstückhaft vorhanden ist.

309 *Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, S. 65 ff. und 90 ff.

310 *Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, S. 65.

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 durchsetzungsstarken 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 sanktioniert³¹¹. 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.