

# Zu guter Letzt ...

## ... regulatorische Reflexe auf den Abwegen der Immaterialgüterrechte

Zum fünfzigsten Mal jährte sich am 1. Januar 2016 das Inkrafttreten des UrhG: Anlass genug, einen Blick über den netzwirtschaftlichen Tellerrand hinaus zu wagen auf ein Rechtsgebiet, das an der Peripherie des Regulierungsrechts liegt. Im engeren Sinn ist das Urheberrecht subjektives Recht des Werkschöpfers; urheberrechtliche Sanktionsnormen sollen die Achtung des geistigen Eigentums auf strafrechtlichem Wege forcieren. Regulierung als hoheitlicher Eingriff in Marktverhalten bedarf in einer Marktwirtschaft stichhaltiger Rechtfertigung. Das Netzwirtschaftsrecht begründet Entgeltgenehmigungspflichten und Kontrahierungszwänge, um überhaupt ein Wettbewerbsgeschehen auf Märkten zu ermöglichen, die historisch von Monopolen geprägt sind und teilweise bis heute strukturell zum Monopol neigen.

Dem regulatorischen Rechtfertigungserfordernis glaubt sich der Gesetzgeber zu entziehen, wenn er bloß privatrechtliche Parameter anpasst, um das Marktgeschehen in politisch erwünschte Bahnen zu lenken. Für diese *indirekte Regulierung* müssen in jüngerer Zeit oft das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte erhalten. Wird etwa ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger aus der Taufe gehoben, steckt dahinter die Absicht, kurzerhand die Finanzierung von Presseerzeugnissen neu zu definieren und zwar zugunsten derjenigen, die den unternehmerischen Marktanschluss an die netzgestützte Vertriebswelt verpasst haben. Die politische Dezision des Gesetzgebers zugunsten der Presse soll an die Stelle des Marktmechanismus treten, der Innovation belohnt, aber auch diejenigen bestraft, die an überholten Geschäfts- und Vertriebsmodellen festhalten.

Aber kann es denn verwerflich sein, finanzstarken Konzernen aus den Vereinigten Staaten von Amerika die Subventionierung der strauchelnden europäischen Presselandschaft aufzuerlegen? Durchaus: Der behütende Gesetzgeber ignoriert die Innovationsfunktion des Marktes, wenn er jedes Straucheln als pathologischen Zustand begreift, „Marktversagen“ diagnostiziert und dem regulatorischen Reflex des Homo politicus nachgibt. Nur wenn Unternehmen in einer Marktwirtschaft auch scheitern können, werden ausreichende Innovationsanreize für verbraucherfreundliche Geschäftsmodelle gesetzt, um Produkte den veränderten Nachfragepräferenzen im digitalen Wandel anzupassen. Die Strategie der Presseverlage, ihre Inhalte umfassend und kostenlos im Internet bereitzustellen, war von Beginn an eine Sackgasse. Eine Subventionierung durch Google darf das eigene investive Unterlassen nicht belohnen. Statt auf anreizdysfunktionale urhebergesetzliche Subventionierungsmechanismen zu setzen, sollte vielmehr das abwägungsoffene Instrumentarium der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchskontrolle (Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB) ausgeschöpft werden (vgl. *Koenig/Meyer, K&R 2014, 765*).

Wo ehemalige Platzhirsche es versäumen, auf Veränderungen im Marktumfeld zu reagieren, erhalten Unternehmensneugründungen und Quereinsteiger die Gelegenheit, das entstan-

dene Vakuum zu füllen. Der digitale Wandel führt uns diese Prozesse und die dahinter stehende Ökonomie der Nutzerbequemlichkeit im Zeitraffer vor Augen: Mit der Verbreitung digitaler Musikabspielgeräte wurde die „Raubkopie“ kinderleicht und bedrohte als Massenphänomen die Musikindustrie in ihrer Existenz. Die Einführung einer digitalen Rechteverwaltung (Digital Rights Management, DRM) für Musikkäufe schränkte bloß die ohnehin zahlende Kundschaft in der Mediennutzung ein und verlieh der Piraterie noch Auftrieb. Erst der Abschied von DRM beim digitalen Musikkau und die Einführung benutzerfreundlicher Pauschaltarife für Echtzeitübertragungs- bzw. „Streaming“-Systeme (Spotify, Deezer) läuteten eine Erholung der Umsätze ein: Es ist der Branche gelungen, ein Angebot zu erstellen, das benutzerfreundlicher ist als die Raubkopie. Die Flucht des Verbrauchers in die bequeme Illegalität zwang die Anbieter, die Möglichkeiten der Digitalwirtschaft auszuschöpfen, um die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher zu reaktivieren. Dagegen hätte die vieldiskutierte verschärfte Durchsetzung des Urheberrechts kurzfristig die etablierten Anbieter vom Innovationsdruck befreit und ihre überholten Geschäftsmodelle etwas länger am Leben erhalten. Mittelfristig hätten kreative Musikpiraten zweifellos neue Trampelpfade wegsam gemacht. Nachhaltig gelitten hätte die Autorität des Gesetzes.

Anders als das intuitiv greifbare Sacheigentum muss die Idee des geistigen Eigentums dem Bürger erst im ökonomischen Kontext verständlich gemacht werden. Der Versuch, bei rasanten technologischen und durch Nutzerverhalten getriebenen Veränderungen überkommene Geschäftsmodelle zu zementieren, führt zu einer Erosion des Unrechtsbewusstseins in Bezug auf Verletzungen des Urheberrechts. Zeigt sich der Gesetzgeber also ratlos, wie er das digitale „Neuland“ regulieren soll, bietet das alte Instrumentarium der Rechtstheorie Orientierung: „Volle und dauerhafte Wirkung gewinnt das staatlich gesetzte Recht erst durch die Annahme im Volk“ (*Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 7. A., 2013, Rn. 341*).

Verglichen mit der Musikbranche zeigt sich der Film- und Fernsehmarkt bislang erstaunlich innovationsresistent. (Sollte das etwa daran liegen, dass Raubkopien von Videodateien weit schwieriger zu verteilen sind als Musikstücke?) Sind Videoabrufdienste technologisch auch ausgereift, gestaltet sich die Zusammenarbeit zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern so zäh, dass Letztere (Netflix, Amazon) mittlerweile zur Eigenproduktion von Exklusivinhalten übergegangen sind. Dieses Modell fassen zunehmend auch etablierte Plattformbetreiber ins Auge: So erwägt der mit üppigen Kapitalreserven ausgestattete iPhone-Hersteller Apple dem Vernehmen nach eine Übernahme des Mediengiganten Time Warner. Ein Menetekel für den offenen Plattformwettbewerb: Soll der Verbraucher Telefon und Computer künftig danach auswählen, welcher Hersteller die Lieblingsserie im Programm hat?

*Christian Koenig und David Muschiol*