

schen Nutzungsrestriktionen vorteilhaft<sup>995</sup>. Ohne staatliche Intervention könnten die Rechteinhaber auch weiterhin nahezu nach Belieben die vertraglichen und technischen Nutzungsbedingungen diktieren<sup>996</sup>. Eine gesetzliche Sicherung der Qualität von Nutzungsbedingungen erscheint mithin erforderlich, damit Nutzer auch in Zukunft eine gewisse Entscheidungsfreiheit darüber behalten, wann, wo, wie und wie oft sie ihre legal erworbenen digitalen Inhalte hören, sehen, lesen oder abspeichern können. Eine entsprechende nutzerschützende Regulierung kann sich freilich nicht allein auf eine informationsökonomische Rechtfertigung berufen. Durchsetzungsstarker Nutzerschutz kann in gewissen Konstellationen auch von einem überragenden, explizit grundrechtlich verbürgten Allgemeininteresse bzw. kultur- und demokratietheoretischen Erwägungen getragen sein. Auf diese wird nunmehr näher einzugehen sein.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass namentlich die Transaktionskostenökonomik und die Informationsökonomik überzeugende Antworten auf die Frage nach dem Warum urheberrechtlicher Regulierung bereithalten und insofern als Ausgangspunkt der weiteren Ausführungen dienen können.

## II. Kulturpolitische Rechtfertigung im Sinne Fishers

Kulturpolitische Erwägungen liegen entweder ausdrücklich oder implizit nahezu allen Äußerungen zur Rechtfertigung urheberrechtlicher Regulierung zugrunde<sup>997</sup>. Das Spektrum der kulturpolitischen Ziele, die durch das Urheberrecht verwirklicht werden soll, ist schier unüberschaubar. Es kann hier daher nicht darum gehen, sämtliche kulturpolitischen Erwägungen zu reproduzieren. Herausgegriffen werden soll vielmehr ein kulturpolitischer Erklärungsansatz – nämlich der von *Fisher* –, der eine große Vielzahl der auch von anderen Autoren bemühten kulturpolitischen Erwägungen abdeckt.

### 1. Inhalt und normzweckrelevantes Programm

Nach *Fisher* ist es die Aufgabe von «property rights» (...) to promote a just and attractive culture<sup>998</sup>. Mit diesem Ansatz, den *Fisher* selbst als «social-planning

995 Zur Vorteilhaftigkeit gesetzlicher Regulierung s. Kap. 4. C. I. 5. e) bb).

996 Die Anwendbarkeit und Leistungsfähigkeit anderweitiger Korrekture (wie namentlich die zivilrechtliche AGB-Kontrolle) ist in Kap. 4 C. I. 5. e) bb) erörtert worden.

997 Siehe zuletzt etwa *Cohen*, 40 U.C. Davis L. Rev. 1151 ff. (2007); für die Übernahme eines überindividuellen Schutzzwecks in Form einer »Förderung der kulturellen und kulturwirtschaftlichen Entwicklung« als Hinzufügung zu unserem traditionellen Individualschutz hat sich beispielsweise *Schricker*, GRUR 1992, 242, 246, ausgesprochen. Auch *Ohly*, JZ 2003, 545, 548, leitet die Existenzberechtigung der Immaterialgüterrechte aus Allgemeininteressen her und spricht vom »Ziel der Kulturförderung« im Urheberrecht.

998 *Fisher*, 73 Chicago-Kent L. Rev. 1203, 1212 ff. (1998).

theory« bezeichnet<sup>999</sup>, möchte er über den Utilitarismus und sein Streben nach dem größten Glück der größten Zahl hinausgehen<sup>1000</sup>. Dafür formuliert *Fisher* einen Katalog von Zielbestimmungen, den er bei der Ausgestaltung des Urheberrechts zur Verwirklichung einer gerechten und attraktiven Kultur bzw. Gesellschaft berücksichtigt sehen möchte. *Fisher* nennt im Einzelnen folgende Zielvorstellungen: »A Cornucopia of Information and Ideas (...) A Rich Artistic Tradition (...) Distributive Justice (...) Semiotic Democracy (...) Sociability (...) Respect«<sup>1001</sup>. Diese Schlagworte bedürfen der Erläuterung: Mit »Cornucopia of Information and Ideas« meint *Fisher* einen Zustand des Informations- und Ideenreichtums, ja -überflusses<sup>1002</sup>. Eine attraktive Kultur sei dann gegeben, wenn jedermann Zugang zu einer großen Zahl von Informationen, Ideen und verschiedenster Formen der Unterhaltung habe. Eine entsprechende Mannigfaltigkeit bereichere das Leben und führe zu kultureller Vielfalt, wobei der Zugang zu Geisteswerken nicht zuletzt auch Voraussetzung für individuelle Selbstbestimmung und Selbstentfaltung sei<sup>1003</sup>. Mit dem Ziel einer »rich artistic tradition« möchte *Fisher* derweil offenbar unterstreichen, dass sich desto mehr Möglichkeiten kreativen Schaffens und des geistiges Austauschs für jeden Einzelnen eröffnen, je komplexer und pluralistischer sich das gemeinsame kulturelle Erbe zur Auseinandersetzung darbietet. Das große Wort der Verteilungsgerechtigkeit (»distributive justice«) bricht *Fisher* entsprechend auf die Forderung herunter, dass in einer gerechten Gesellschaft ein jeder im größtmöglichen Umfang Zugang zu »informational and artistic resources« haben sollte<sup>1004</sup>. Passend dazu charakterisiert er unter dem Schlagwort der »Semiotic Democracy« das Ziel einer attraktiven Gesellschaft damit, dass jeder in die Lage versetzt werden sollte, sich am »process

999 *Fisher*, 73 Chicago-Kent L. Rev. 1203, 1215 (1998).

1000 *Fisher*, 73 Chicago-Kent L. Rev. 1203, 1216 (1998): «(...) to select a combination of rules that will maximize consumer welfare by optimally balancing incentives for creativity with incentives for dissemination and use. This deceptively simple objective does not, however, exhaust the set of appropriate aspirations for the legal system. Rather, in a good society, it would be tempered by a series of goals not reducible to «the greatest good of the greatest number.«; *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 172: «This approach is similar to utilitarianism in its teleological orientation, but dissimilar in its willingness to deploy visions of a desirable society richer than the conceptions of «social welfare« deployed by utilitarians.«.

1001 *Fisher*, 73 Chicago-Kent L. Rev. 1203, 1216 ff. (1998).

1002 Das englische »cornucopia« (von lat. *cornu copiae*) bedeutet wörtlich übersetzt eigentlich Füllhorn.

1003 *Fisher*, 73 Chicago-Kent L. Rev. 1203, 1216 (1998): «(...) self-determination and self-expression (...)».

1004 *Fisher*, 73 Chicago-Kent L. Rev. 1203, 1217 (1998); *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 193, merkt zu dieser Forderung selber selbstkritisch an, gerade das Kriterium der Verteilungsgerechtigkeit sei über Jahrhunderte hinweg Gegenstand »of furious debate among political philosophers« gewesen. »It is plainly implausible that theorists of intellectual-property could resolve controversies of this scale in the course of analyses of copyright or patent doctrine.«.

of meaning-making« zu beteiligen, also am kulturellen Leben aktiv teilzuhaben: »Instead of being merely passive consumers of cultural artifacts produced by others, they would be producers, helping to shape the world of ideas and symbols in which they live.«<sup>1005</sup>. Mit dem Pochen darauf, wie erstrebenswert und wichtig eine solch aktive Partizipation der Gesellschaftsmitglieder für eine demokratische Gesellschaft und eine freie Kultur ist, steht *Fisher* im Übrigen freilich alles andere als alleine. Er befindet sich insoweit in der Gesellschaft von Autoren wie *Netanel* oder *Lessig*, auf deren entsprechende Ansätze nachfolgend noch einzugehen sein wird (vgl. insoweit auch das in dieser Arbeit nachstehend unter Kap. 4 C. IV. 2. b) propagierte normative Leitbild des *aktiven und selbstbestimmten Nutzers* als Zielvorstellung einer *offenen Kultur*).

Mit »Sociability« schließlich meint *Fisher*, dass die von ihm eingeforderte Förderung der Selbstbestimmung nicht als Ruf nach einem radikalen Individualismus missverstanden werden dürfe. Er möchte ganz im Gegenteil nach einer Gesellschaft streben, in der sich zahlreiche gemeinschaftsbildende Möglichkeiten auf-tun<sup>1006</sup>. Abgerundet wird *Fishers* Zielkatalog mit der Forderung nach Respekt vor den kreativen Werken anderer. Die Auseinandersetzung mit bestehenden Werken dürfe nicht so weit gehen, dass jeder die Werke Dritter uneingeschränkt manipulieren dürfe.

Zusammengefasst lässt sich somit sagen, dass die von *Fisher* mittels der vorstehend erläuterten Zielvorstellungen skizzierte Vision einer »just and attractive culture« durchaus geeignet erscheint, um einen expliziten Normzweck des Nutzerschutzes zu rechtfertigen.

## 2. Kritische Würdigung

Kritisieren lässt sich an *Fishers* Ansatz im Wesentlichen dreierlei. So kann man sich zum einen die Frage stellen, warum ausgerechnet diese Ziele und nicht andere? Zum anderen muss *Fisher* sich die Frage gefallen lassen, ob die von ihm eingeforderten Zielvorstellungen nicht untereinander in Konflikt stehen und insofern widersprüchlich sind. Zu guter Letzt stellt sich auch hier die Frage der Operationalisierbarkeit.

Auf die erste Frage gibt *Fisher* – im Gegensatz zur zweiten – keine Antwort, und es ist gewiss richtig, dass man ohne größere Probleme weitere Ziele hinzufügen könnte<sup>1007</sup>. Der Vorwurf der Willkür liegt somit in der Luft. Betrachtet man

1005 *Fisher*, 73 Chicago-Kent L. Rev. 1203, 1217 (1998).

1006 Man muss in diesem Zusammenhang anmerken, dass *Fisher* seinen Beitrag 1998 veröffentlicht hat, also bevor das Thema »kollektive Intelligenz« und die gemeinschaftliche Zusammenarbeit an Projekten wie Wikipedia im digitalen Umfeld in Mode kam.

1007 Dieses Problem erkennt auch *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 192: »What sort of society should we try, through adjustments of copyright, patent, and trademark law, to promote? The possibilities are endless.«.

die von ihm aufgezählten Zielvorstellungen näher, stellen sie sich jedoch allesamt als nahezu selbstverständlich anmutende Konsensziele dar, auf die sich die Mehrheit einer aufgeklärt-liberalen Gesellschaft vermutlich ohne größere Probleme würde einigen können. Darin liegt ihre Stärke und Schwäche zugleich. Ihre Konsensstauglichkeit bietet insofern für die mit zunehmender Härte und ideologischer Verbissenheit geführte Diskussion über die Ausgestaltung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter einen wertvollen und nicht zu unterschätzenden Ausgangspunkt. Dass *Fishers* normatives Programm dabei notwendigerweise auf einer Wertungsentscheidung für bzw. gegen weitere Ziele beruht, ist dabei letztlich kein Argument, mit dem sich sein Rechtfertigungsansatz verwerfen lässt. Im Gegenteil: Normative Wertungsentscheidungen sind, wenn es an die Ausgestaltung des Urheberrechts geht, unvermeidlich und sogar stärker denn je gefordert, will man den Interessenausgleich zwischen Urhebern, Nutzern und Verwertern nicht gänzlich dem Marktgeschehen und einem allein effizienzorientierten Marktradikalismus überlassen<sup>1008</sup>. Man kann daher von seiner »Vision« nur verlangen, dass sie in sich widerspruchsfrei ist, nicht aber, dass sie frei von Wertungen ist.

Letzterer Aspekt leitet dabei über zu dem zweiten Einwand, den *Fisher* selber vorausgesehen hat. So räumt er ein, dass namentlich die Selbstentfaltung des Einzelnen und der notwendige Respekt gegenüber den ideellen Interessen anderer in Bezug auf die ursprünglich von ihnen geschaffenen Werke in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen können<sup>1009</sup>. Seiner Auffassung nach seien aber die weit überwiegende Mehrheit der von ihm postulierten Ziele konsistent miteinander vereinbar; sie würden sich sogar einander gegenseitig stützen. Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang zudem der Anspruch, den *Fisher* mit seinem Zielkatalog verfolgt: »(...) my intention is to offer, not a list of ideals that pull in inconsistent directions, but an integrated vision«<sup>1010</sup>. Dieser zurückgenommene methodische Anspruch deckt sich mit seiner Sichtweise der insge-

1008 Der theoretisch denkbare Vorwurf, diese Auffassung sei Ausdruck einer paternalistischen Attitüde, ist als das letztlich kleinere Übel hinzunehmen. Zum Einwand des Paternalismus in diesem Zusammenhang auch *Fisher*, *Theories of Intellectual Property*, in: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 194.

1009 *Fisher*, 73 *Chicago-Kent L. Rev.* 1203, 1218 (1998); *Fisher*, *Theories of Intellectual Property*, in: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 193 f., mit dem Beispiel der Parodie, bei der beide Zielvorstellungen besonders deutlich konfliktieren können. *Fisher* räumt daher ein: »(...) serious problems arise when one tries to apply such a vision to a specific doctrinal problem. (...) Which of these two concerns should predominate must be determined by reflection on the cultural context and significance of individual cases. The social vision on its own does not provide us much guidance.«.

1010 *Fisher*, 73 *Chicago-Kent L. Rev.* 1203, 1218 (1998).

samt vier von ihm identifizierten Rechtfertigungsstränge<sup>1011</sup>: »None of the four can convincingly claim to provide policymakers a determinate method for creating and allocating legal entitlements. Rather, each is best understood and employed as a language – a paradigm helpful in identifying considerations that ought to be taken into account when determining who should own what.«<sup>1012</sup>. Er belässt also den mitunter divergierenden Zielvorstellungen jeweils ihre argumentative Relevanz und verfolgt mit seinem normativen Programm keinen absoluten Geltungsanspruch. Durch dieses integrative Verständnis weist *Fisher* bereits selber den Weg, wie sich der Vorwurf der Widersprüchlichkeit überwinden und zugleich eine Antwort auf die Frage nach der Operationalisierbarkeit finden lässt. Nachfolgend wird in dieser Arbeit daher der Versuch unternommen werden, diese von großem Pragmatismus – man könnte auch sagen: Realismus – geprägte Herangehensweise zu einem operationalisierbaren, integrativen Rechtfertigungsmodell weiterzuspinnen, in dem auf normativ-normzweckorientierte Art und Weise nach Lösungen für im Einzelfall auftretende Konflikte zwischen den verschiedenen urheberrechtstheoretischen Begründungssträngen gesucht wird<sup>1013</sup>.

Ein weiteres Argument für den praktischen Wert des von *Fisher* verfolgten Ansatzes – bzw. generell für die Beschäftigung mit der theoretischen Rechtfertigung des Urheberrechts – liefert *Fisher* schließlich selbst, indem er betont, dass Urheberrechtstheorien unter den in den Gesetzgebungsprozess involvierten Parteien wertvolle Diskussionen über die richtige Ausgestaltung und überzeugendere Begründung des Urheberrechts zu befördern vermöchten<sup>1014</sup>. Richtig daran ist, dass die explizite Bezugnahme auf einen bestimmten Rechtfertigungsansatz das gegenseitige Verständnis erleichtert und die Diskussion rationalisiert, strukturiert und damit im Idealfall auch zu dem von *Fisher* erhofften rechtspolitischen Effekt führen kann, dass sich der Gesetzgeber dazu veranlasst sieht, Rechenschaft darüber abzulegen, aus welchem Grund er im konkreten Einzelfall einem bestimmten urheberrechtlichen Begründungsansatz gefolgt ist oder diesen verworfen hat<sup>1015</sup>. Letzteren Gedanken der Transparenzsteigerung durch erhöhten Rechtfertigungsdruck dekliniert *Fisher* ebenso eloquent wie pointiert am Beispiel der Schutzfristverlängerung durch; er fragt: »Why should the term of copyright

1011 Zu diesen zählt er, a.a.O., S. 1212 ff., neben seinem eigenen den arbeitstheoretischen Ansatz im Geiste *Lockes*, den utilitaristischen Begründungsansatz auf den Spuren *Benthams* sowie den von ihm sehr weit interpretierten personalistischen Rechtfertigungsansatz im Anschluss an *Hegel* und *Kant*. Eine ausführlichere Darstellung dieser Kategorisierung findet sich bei *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 169 ff.

1012 *Fisher*, 73 Chicago-Kent L. Rev. 1203, 1212 (1998).

1013 Siehe dazu unten, Kap. 4 D III. 2.

1014 *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 194 u. 198: «(...) explicit reliance upon intellectual-property theories will improve conversations between lawmakers and their constituents.»

1015 *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 198: «Lawmakers, in short, would become more accountable.»

be extended from the life of the author plus fifty years to the life of the author plus seventy years? Because the additional time is necessary to encourage additional creativity? Because authors deserve greater rewards for their labors? Because the culture would be worse off if works like «Steamboat Willie» were released to the public domain?«. Auch wenn diese Argumentation gewiss etwas idealistisch sein mag – welcher Urheberrechtsgesetzgeber argumentiert streng dogmatisch und fernab jeder Lobbybeeinflussung? –, so ist sie von der Tendenz her sicher richtig und unterstützenswert.

### 3. Zusammenfassung

Im Ergebnis liefert *Fishers* Zielvorstellung einer attraktiven und gerechten Kultur somit eine bereichernde, sowohl urheber- als auch nutzerorientierte Antwort auf die Frage nach dem Warum des Urheberrechts.

### III. Demokratietheoretische Rechtfertigung im Sinne Netanel

Eine eigenständige und zumindest in der deutschen Lehre bislang wenig rezipierte<sup>1016</sup> Rechtfertigung des Urheberrechts bietet der demokratietheoretische Erklärungsansatz von *Netanel*.

#### 1. Inhalt und normzweckrelevantes Programm

Die von *Netanel* zur Blüte gebrachte demokratietheoretische Rechtfertigung des Urheberrechts versteht urheberrechtliche Regulierung nicht als Folge, sondern als konstitutive Bedingung für eine erstrebenswerte demokratische Zivilgesellschaft<sup>1017</sup>: Indem das Urheberrecht eine Vielzahl kreativer und kommunikativer Aktivitäten sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht ermögliche und fördere, unterstütze es den für eine demokratische Zivilgesellschaft unerlässlichen, herrschaftsfreien öffentlichen Diskurs bzw. die Meinungs- und Pressefrei-

1016 Die große und verdienstvolle Ausnahme bildet insoweit die Arbeit von *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 271 ff. *Stallberg* hat sich eingehend und auf sehr luzide Art und Weise mit dem von *Netanel* entwickelten Ansatz auseinandergesetzt.

1017 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288 f., 341 ff. (1996), weiterentwickelt hat *Netanel* diese demokratietheoretische Rechtfertigung des Urheberrechts in *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217 ff. (1998) und *Netanel*, 53 Vand. L. Rev. 1879 ff. (2000). In eine ähnliche Richtung argumentierten vor ihm bereits beispielsweise *Coombe*, 69 Tex. L. Rev. 1853 ff. (1991); *Elkin-Koren*, 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 345, 410 (1995). Angedeutet findet sich eine Berücksichtigung des demokratiefördernden Potentials des Urheberrechts auch in der Rechtsprechung des US-amerikanischen Supreme Courts. So erinnert der Supreme Court