

ABHANDLUNGEN ZUM
URHEBER- UND KOMMUNIKATIONSRECHT

des Max-Planck-Instituts für
Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht,
München

Herausgegeben von
Josef Drexl
Reto M. Hilty
Gerhard Schricker
Joseph Straus

Band 53

Gerd Hansen

Warum Urheberrecht?

Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes



Nomos



Stämpfli Verlag



C. H. Beck

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://www.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: München, Univ., Diss., 2008

ISBN 978-3-8329-4195-6 (Nomos Verlag Baden-Baden)

ISBN 978-3-7272-2755-4 (Stämpfli Verlag AG Bern)

Die Schriftenreihe ist bis Band 51 beim Verlag C.H. Beck, München erschienen.

1. Auflage 2009

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

FÜR KATJA

»Reiner Wissenschaft ist nur die Frage zugänglich, was ist, nicht die Frage, was sein soll ... Doch vermag sie schon in das Wesen und den Entwicklungsgang des Rechtes eine tiefere Einsicht nicht zu gewinnen, ohne daß sie den Zweck erforscht, der als unbewußter oder bewußter Gestaltgeber des Rechtes waltet.«

Otto von Gierke¹

1 Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 3.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München im Sommersemester 2008 als Dissertation angenommen. Sie entstand im Rahmen eines Promotionsstipendiums des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München und ist auf dem Stand von Januar 2008.

Mein herzlicher Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Reto M. Hilty, der mich zu dieser grundlagenorientierten Arbeit ermuntert hat. Er hat mich stets darin bestärkt, angesichts der herrschenden Legitimationskrise des Urheberrechts gewohnte Denkbahnen zu verlassen und auch vor grundlegenden Reformvorschlägen für das Urheberrecht nicht zurückzuschrecken. Ohne sein stets offenes Ohr und seine vielfältige Förderung – nicht zuletzt durch die Einbeziehung in diverse Forschungsprojekte am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum – wäre die Arbeit in der vorliegenden Form nicht entstanden. Ihm und Herrn Prof. Dr. Michael Lehmann danke ich zudem für die rasche Erstellung der Gutachten.

Weiterhin danke ich den Herausgebern, Herrn Prof. Dr. Josef Drexler, LL.M. (Berkeley), Herrn Prof. Dr. Reto M. Hilty, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gerhard Schricker und Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Joseph Straus, für die freundliche Aufnahme in die vorliegende Schriftenreihe. Dank schulde ich ferner der Max-Planck-Gesellschaft für die großzügige Gewährung von Promotionsstipendium und Druckkostenzuschuss. Die exzellenten Arbeitsbedingungen und die anregende Arbeitsatmosphäre am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum haben diese Arbeit erst ermöglicht. Es sei an dieser Stelle daher insbesondere auch Herrn Peter Weber sowie Frau Ines Saler und dem gesamten Bibliotheksteam für ihre unermüdliche Hilfsbereitschaft gedankt.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Artur-Axel Wandtke, der mir während meiner Berliner Studienzeit durch die Möglichkeit der Mitarbeit am Institut für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin die Tür zu diesem so faszinierenden Rechtsgebiet aufgestoßen hat. Mein Dank gilt zudem Herrn Prof. Lawrence Lessig, der durch seine inspirierenden Vorträge und Schriften, aber auch durch lehrreiche Gespräche während meiner Tätigkeit für Creative Commons in einem frühen Stadium prägenden Einfluss auf die inhaltliche Ausrichtung meiner Arbeit hatte.

Es ist mir ein Bedürfnis, darüber hinaus all denen zu danken, die mir durch wertvolle Anregungen und Ratschläge in den unterschiedlichsten Phasen meiner Ar-

beit behilflich waren. Namentlich möchte ich neben meinem Betreuer am Max-Planck-Institut, Herrn Dr. Christophe Geiger, Maître de conférences, insbesondere erwähnen: Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Adolf Dietz, Herrn Prof. Dr. Josef Drexler, LL.M. (Berkeley), Frau Prof. Dr. Annette Kur, Herrn Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge) und Herrn Priv.-Doz. Dr. Alexander Peukert.

Ferner sei ebenso jenen Mitstipendiaten bzw. Freunden gedankt, die mich während der Erstellung dieser Arbeit nicht nur fachlich unterstützt haben, sondern die Promotionszeit auch in persönlicher Hinsicht zu einer solch bereichernden Erfahrung gemacht haben. Hierbei möchte ich besonders hervorheben: Hubertus Bitting, M.Sc. (ESCP-EAP Oxford-Madrid-Paris), Dr. Florian Endter, M. Jur. (Oxon), Tim Engelhardt, LL.M. (Columbia), Kinga Guzek, LL.M. (Lund; Frankfurt/Oder et al.), Sylvie Nérison, LL.M. (HU Berlin), Albrecht Schmidt-Bischoffshausen, LL.M. (Dresden/Exeter) sowie Claudia Tapia, LL.M. (LMU München).

Mein besonderer Dank gilt ferner meinen Eltern, Rosi und Jürgen Hansen, und meiner Schwester Eva Hansen, M.Sc. (Edinburgh), MBA, auf deren uneingeschränkte Unterstützung ich immer zählen durfte. Meinem Vater schulde ich zudem Dank für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts.

Der größte Dank gebührt schließlich meiner Ehefrau, Dr. Katja Hansen, die mir in allen Phasen dieser Arbeit als unschätzbar wertvolle Gesprächspartnerin zur Seite stand. Ohne ihre liebevolle Unterstützung und Engelsgeduld wäre die Arbeit in dieser Form niemals zustande gekommen. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

München, im Oktober 2008

Gerd Hansen

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel:	
Einführung	1
A. Erkenntnisinteresse der Arbeit	3
B. Gang der Darstellung	5
2. Kapitel:	
Der Zweck des Urheberrechts im Wandel der Zeit	7
A. Klärung der verwendeten Terminologie	8
I. Abgrenzung zwischen Zweck und Funktion	8
II. Regelungszweck im weitesten Sinne	9
B. Historische Entwicklung hin zum Urheberschutzrecht	12
I. Von der Antike bis ins Spätmittelalter	12
II. Privilegienzeitalter	14
III. Von der Privilegienpraxis zum Verlageigentum	17
IV. Vom Verlageigentum zum Autoreneigentum als Theorie der Naturrechtslehre	18
V. Lehre vom geistigen Eigentum im 18. und 19. Jahrhundert	20
VI. Lehre vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht	23
VII. Dualistische Theorie vom Immaterialgüterrecht	24
VIII. Monistische Theorie	25
C. Relativierung des Urheberschutzkonzepts durch nutzen- und nutzerorientierte Rechtfertigung	26
I. Historische Vorläufer einer nutzen- bzw. nutzerorientierten Betrachtungsweise	27
II. Frühe gemeinwohlbezogene Eigentums- und Urheberrechtstheorien in Deutschland	28
III. Lehre vom sozialgebundenen Urheberrecht in der Zeit der Weimarer Republik	29

IV. Gemeinnutz vor Eigennutz – Urheberrecht im Nationalsozialismus	32
V. Zurückschwingen des Pendels zu einem individualistischen Ansatz in der Nachkriegszeit	34
VI. Wiederannäherung an nutzen- und nutzerorientierte Rechtfertigung seit den 80er Jahren	35
D. Zusammenfassung	38
 3. Kapitel:	
Die gegenwärtige Legitimationskrise des Urheberrechts	40
A. Erosion des urheberzentrierten Paradigmas	40
I. Schwächung des urheberzentrierten Paradigmas durch Urheberrechtsharmonisierung	42
II. Aufweichung des urheberzentrierten Paradigmas durch Erosion der Schutzrechtsgrenzen	46
III. Infragestellung des urheberzentrierten Paradigmas durch Philosophie der Postmoderne	49
B. Diskrepanz von urheberzentriertem Paradigma und tatsächlichem Verwerterchutz	63
I. Urheberzentriertes Paradigma und faktisch verwerterzentriertes Urheberrechtsverständnis	63
II. Verwerter- bzw. werkorientierte Schutztendenzen	67
C. Vernachlässigung des Nutzerschutzes und der Akzeptanzverlust des Urheberrechts	69
I. Einseitige Stärkung der Rechteinhaber und Vernachlässigung des Nutzerschutzes	69
II. Akzeptanzverlust durch Sanktionierung alltäglichen Nutzerverhaltens	74
D. Zusammenfassung	79
 4. Kapitel:	
Rechtfertigung des Urheberrechts im Allgemeinen und einer Nutzerschutzdoktrin im Besonderen	81
A. Vorüberlegungen zur Unterscheidung der Begründungsansätze	83

B. Individualistische Rechtfertigungsansätze	87
I. Darstellung der individualistisch konzipierten Rechtfertigungsvarianten	88
1. Naturrechtliche Rechtfertigung	88
2. Arbeitstheoretische Rechtfertigung	88
3. Personalistische Rechtfertigung	91
4. Liberalistische Rechtfertigung	92
II. Kritische Würdigung	93
1. Naturrechtliche und ontologische Rechtfertigung	93
2. Arbeitstheoretische Begründung mit der individuellen Schöpferleistung	97
3. Personalistischer Rechtfertigungsansatz	100
4. Liberalistische Rechtfertigungsvariante	102
III. Zwischenergebnis zu individualistischen Rechtfertigungsansätzen	103
C. Kollektivistisch-konsequentialistische Rechtfertigungsansätze	106
I. Ökonomietheoretische Rechtfertigungsansätze	107
1. Grundlagen der ökonomietheoretischen Betrachtung	109
a) Utilitarismus als philosophische Grundlage	109
aa) Begriffsbestimmung und Inhalt	110
bb) Kritische Würdigung	113
cc) Zusammenfassung	119
b) Die Unterscheidung zwischen ökonomischer Analyse im positiven und im normativen Sinne	121
c) Das ökonomische Verhaltensmodell	123
d) Das ökonomische Effizienzziel	123
2. Mehrebenenansatz	126
a) Inhalt und normzweckrelevantes Programm	126
b) Kritische Würdigung	126
3. Traditioneller Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung	129
a) Inhalt und normzweckrelevantes Programm	129
aa) Unmittelbarer Anreiz zur Schaffung neuer Werke	129
bb) Verbreitung und Nutzung bestehender Werke	132
b) Kritische Würdigung	134
aa) Kritik an Theorieprämissen	134
(1) Erforderlichkeit des Urheberrechts angesichts alternativer Anreizmechanismen	135
(2) Erforderlichkeit des Urheberrechts angesichts technischer Schutzmöglichkeiten	143
(3) Zweifel an der angenommenen Anreizwirkung des Urheberrechts	150
(4) Kritik am ökonomischen Effizienzziel	162

bb)	Methodologische Kritik: Problem der Operationalisierbarkeit	167
cc)	Zusammenfassung	169
4.	Rein marktbasierter, neoklassischer Property Rights-Ansatz	170
a)	Inhalt und normzweckrelevantes Programm	170
b)	Kritische Würdigung	178
aa)	Kritik an Theorieprämissen	178
(1)	Versagen des Marktmechanismus	178
(2)	Property oder Liability Rule? Verbotsrecht oder Vergütungsanspruch?	183
α)	Bringen Liability Rules effizienzsteigernde Verhandlungen ebenso gut in Gang wie Property Rules?	183
β)	Vorzugswürdigkeit von Liability Rules im digitalen Zeitalter	185
bb)	Negative Auswirkungen des neoklassischen Ansatzes	197
c)	Zusammenfassung	199
5.	Neue Institutionenökonomik mit Transaktionskostenökonomik und Informationsökonomik	200
a)	Inhalt und normzweckrelevantes Programm der Transaktionskostenökonomik	201
aa)	Theoretische Grundlagen	201
bb)	Begriff, Typologie und Erfassung der Transaktionskosten	203
b)	Kritische Würdigung der Transaktionskostenökonomik	206
aa)	Kritik an Theorieprämissen	206
bb)	Verbleibende Erforderlichkeit staatlicher Transaktionskostensenkung angesichts von DRM?	208
c)	Zwischenergebnis zur Transaktionskostenökonomik	211
d)	Inhalt und normzweckrelevantes Programm der Informationsökonomik	211
aa)	Informationsökonomische Rechtfertigung des urhebervertragsrechtlichen Urheberschutzes	214
bb)	Informationsökonomische Rechtfertigung des Nutzerschutzes	215
e)	Kritische Würdigung der Informationsökonomik	224
aa)	Kritik an Theorieprämissen	224
bb)	Vorteilhaftigkeit gesetzlicher Regulierung?	233
f)	Zusammenfassung zur Neuen Institutionenökonomik	242
6.	Resümee bezüglich ökonomietheoretischer Rechtfertigungsansätze	243
II.	Kulturpolitische Rechtfertigung im Sinne Fishers	251
1.	Inhalt und normzweckrelevantes Programm	251
2.	Kritische Würdigung	253

3. Zusammenfassung	256
III. Demokratietheoretische Rechtfertigung im Sinne Netanel's	256
1. Inhalt und normzweckrelevantes Programm	256
a) Produktionsfunktion	259
b) Strukturfunktion	261
c) Symbolfunktion	263
2. Kritische Würdigung	265
a) Kritik an Theorieprämissen	265
b) Problem der Operationalisierbarkeit	272
3. Zusammenfassung	276
IV. Eigene Stellungnahme: ein ordoliberalistischer Gegenentwurf für eine offene Kultur	278
1. Notwendigkeit freiheitssichernder Spielregeln im Geiste des Ordoliberalismus	278
2. Der aktive und selbstbestimmte Nutzer als programmatisches Leitbild einer offenen Kultur	282
a) Die Zielvorstellung einer offenen Kultur	283
b) Der aktive und selbstbestimmte Nutzer	290
D. Plädoyer für ein integratives Rechtfertigungsmodell	295
I. Prinzipielle Vorzugswürdigkeit kollektivistischer Ansätze	295
II. Notwendig bleibender Rückgriff auf individualistische Argumentation zur Rechtfertigung der Urheberpersönlichkeitsrechte	296
III. Vorzüge und Schwächen eines integratives Rechtfertigungsmodells	298
1. Vorteilhaftigkeit einer vermittelnden Position mit Blick auf internationale Urheberrechtsharmonisierung	298
2. Grenzen eines integrativen Rechtfertigungsmodells	302
IV. Zusammenfassung	304
5. Kapitel:	
Zulässigkeit, Umfang und Konsequenzen einer Normzweckerweiterung	306
A. Zulässigkeit einer Normzweckausdehnung auf den Nutzerschutz	307
I. Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben in Deutschland	308
II. Vereinbarkeit mit europa- und internationalrechtlichen Vorgaben	309
B. Weitere in Betracht kommende Normzwecke	312

I. Schutz der Allgemeinheit als weiterer Normzweck?	312
1. Gründe für Ausdehnung auf Schutz der Allgemeinheit	312
2. Kritische Würdigung	314
II. Schutz der Verwerter als weiterer Normzweck?	315
1. Gründe für Ausdehnung auf Verwerterenschutz	315
2. Kritische Würdigung	316
3. Zusammenfassung	327
III. Wettbewerbsförderung als weiterer Normzweck?	327
1. Gründe für Ausweitung um institutionellen Wettbewerbs- schutz im Urheberrecht	328
a) Urheberrechtsschranken und Wettbewerb	329
b) Urhebervertragsrecht und Wettbewerb	329
c) DRM und Wettbewerb	331
d) Mögliche Schlussfolgerung	332
2. Kritische Würdigung	333
a) Rückschlüsse aus der Stellung des UrhG in der Wettbewerbsordnung	333
aa) UrhG und institutioneller Wettbewerbsschutz im UWG	333
bb) UrhG und institutioneller Wettbewerbschutz im GWB	338
b) Ablehnende Stellungnahme	339
3. Zusammenfassung	340
C. Verhältnis der Normzwecke zueinander	341
I. Normzweckkonflikte zwischen Urheber- und Nutzerschutz	341
II. Gleichrangigkeit oder Hierarchie der Normzwecke?	342
1. Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärzweck als denkbare Zweckstaffelung	343
a) Modell aus Primär- und Sekundärzweck	343
b) Rechtfertigungsversuche für ein Hierarchieverhältnis	343
c) Ablehnende Stellungnahme	347
2. Gleichrangigkeit und ggf. einzelfallbezogene Interessen- abwägung	347
III. Zwischenergebnis	349
D. Konsequenzen einer Normzweckerweiterung auf den Nutzerschutz	349
I. Rechtliche Relevanz einer Normzweckbestimmung	350
1. Normzweck als Gesetzesrechtfertigung und Auslegungshilfe	350
2. Schutzzweckdenken im UWG als Orientierungshilfe	351

3. Neubestimmte Regelungszwecke als Gestaltungsauftrag de lege ferenda	354
4. Erweiterte Regelungszwecke und die Chance auf Akzeptanzsteigerung des Urheberrechts	356
5. Zusammenfassung	358
II. Nutzerschützende Gestaltungsoptionen im Einzelnen	358
1. Gesetzliche Normzweckverankerung in § 1 UrhG de lege ferenda	362
2. Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzdauer	368
a) Notwendigkeit einer stärker differenzierten bzw. flexibleren Dauer des Urheberrechts	369
b) Differenzierung anhand der Amortisations- bzw. Auswertungsdauer?	370
c) Formulierungsvorschlag für eine fünfjährige Schutzfrist mit Verlängerungsoption	370
3. Schutz für die Nutzer von »orphan works«	381
a) In den USA diskutierte Regulierungsvorschläge für die orphan works-Problematik	381
b) Eine Beschränkung der Schadensersatzansprüche auch in Deutschland bzw. Europa?	383
c) Plädoyer für einen Ausschluss des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs im Falle bearbeitender Nutzungen von orphan works	385
d) Vereinbarkeit mit verfassungs-, europa- und internationalrechtlichen Vorgaben	387
e) Zusammenfassung	388
4. Auslegung und Ausgestaltung der Schranken im Lichte eines normzweckorientierten Ansatzes	390
a) Normzweckorientierte Schrankenauslegung	390
aa) Das überholte Dogma der engen Schranken- auslegung und die Rechtsnatur der Schranken	391
bb) Schrankenauslegung im Lichte der vorgeschlagenen Normzweckklausel	398
b) Stärker nutzerorientierte Ausgestaltung der Schrankenbestimmungen	401
aa) Allgemeine Überlegungen zu einer nutzerfreund- licheren Schrankengestaltung	401
bb) Öffnung des abschließenden Schrankenkatalogs	404
(1) Vor- und Nachteile eines abschließenden Schrankenkatalogs	405
(2) Formulierungsvorschlag für eine den Schranken- katalog ergänzende Auffangklausel	407
5. Nutzerschützende Gestaltungsoptionen hinsichtlich technischer Nutzungsrestriktionen	413

a) Verschärfte und international einheitliche Informationspflichten	415
b) Etablierung bzw. Erhaltung digitaler Nutzerfreiheiten	417
aa) Optionen unmittelbarer Technikgestaltung	420
bb) Optionen mittelbarer Nutzerschutzdurchsetzung	422
E. Resümee bezüglich des vorgeschlagenen Normzweckmodells	427
I. Zulässigkeit, Umfang und Bedeutung einer Normzweck- erweiterung	427
II. Gestaltungsoptionen zur Verwirklichung des Nutzerschutz- paradigmas	429
1. Vorschlag für eine Normzweckklausel und eine neue Gesetzesbezeichnung	430
2. Formulierungsvorschlag für eine Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzdauer	431
3. Schutz für die Nutzer von »orphan works«	432
4. Normzweckorientierte Auslegung und Ausgestaltung der Schranken	433
5. Optionen des Nutzerschutzes im Hinblick auf technische Nutzungsrestriktionen	435
 6. Kapitel:	
Zusammenfassung und Ausblick	438
 A. Zusammenfassung	438
I. Bestandsaufnahme	438
II. Relativierung des Urheberschutzkonzepts bei historischer Betrachtung	439
III. Ursachen der gegenwärtigen Legitimationskrise	440
IV. Die Rechtfertigung des Urheberrechts im Allgemeinen und einer Nutzerschutzdoktrin im Besonderen	442
V. Umfang und Konsequenzen der vorgeschlagenen Normzweck- erweiterung	445
 B. Ausblick	447
 Literaturverzeichnis	451