

wichtige, aber letztlich zu enge Zielsetzung – Förderung der demokratischen Zivilgesellschaft – hinausgehen.

IV. Eigene Stellungnahme: ein ordoliberalistischer Gegenentwurf für eine offene Kultur

Das Urheberrecht steht vor der schwierigen Aufgabe, auch im digitalen Zeitalter ein Instrument zu bleiben, das eine gewisse Kontrolle über kreative Inhalte gewährt und zugleich kreatives Schaffen ermöglicht. Bewältigt werden kann diese Herausforderung nur dann, wenn Klarheit über die Ziele und Zwecke urheberrechtlicher Regulierung besteht. Kollektivistisch-konsequentialistische Erklärungsmodelle haben insoweit den Vorzug, dass sie eine explizite normative Werttheorie anbieten, aus der sich ergibt, welche Werte, Zwecke und Ziele mittels des Urheberrechts idealerweise realisiert werden sollten. Sie rechtfertigen das Urheberrecht damit, dass dieses die Erreichung oder Wahrung einer bestimmten Gesellschaftskonzeption fördert¹⁰⁹⁵. Einen absoluten normativen Geltungsanspruch können sie damit zwar freilich nicht erheben, aber sie können einen gewinnbringenden Ausgangspunkt, eine Diskussionsgrundlage bieten. Denkbare Ziele einer kollektivistisch-konsequentialistischen Rechtfertigung des Urheberrechts sind, wie gesehen, beispielsweise die Maximierung ökonomischer Effizienz oder die Optimierung kultur- oder demokratietheoretischer Zielvorstellungen.

1. Notwendigkeit freiheitssichernder Spielregeln im Geiste des Ordoliberalismus

Wie die Untersuchung gezeigt hat, kann eine allein effizienzorientierte Sichtweise nicht überzeugen. Sie führt zu einer Vernachlässigung metaökonomischer Ziel- und Wertvorstellungen. Normative Bedeutung kann eine ökonomietheoretische Rechtfertigung des Urheberrechts daher nur dann erlangen, wenn sie nicht mit einem absoluten Geltungsanspruch verknüpft und stattdessen in metaökonomische Erwägungen eingebunden ist. Im Geiste des Ordoliberalismus sollte das maßgebliche Gestaltungskriterium für eine gleichermaßen effiziente wie gerechte urheberrechtliche Rahmenordnung insofern letztlich die Zweckdienlichkeit der Marktwirtschaft für außerökonomische Kriterien sein¹⁰⁹⁶. Deshalb kann die Aufgabe nur lauten, ein prinzipiell effizienzorientiertes Urheberrecht in den Dienst von metaökonomischen, wertenden Zielvorstellungen zu stellen (ökonomische Effizienz im Dienste metaökonomischer Werte und Ziele). Die Notwendigkeit einer solchen Rahmenordnung (ordoliberalistisch gesprochen: dem Ordo) wird be-

1095 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 204.

1096 Vgl. *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 113: »Für die ökonomische Analyse des Rechts ist das Recht eine Funktion des Ökonomischen; für den Ordoliberalismus ist dagegen die Wirtschaft eine Funktion des Rechts.«.

sonders deutlich, wenn man sich erneut den ökonomietheoretischen Ansatz vor Augen führt, der auf eine rein marktbasierte Erreichung von Allokationseffizienz setzt: der neoklassische Property Rights-Ansatz. Dessen kritische Würdigung hat ergeben, dass der Marktmechanismus in zahlreichen Konstellationen versagt und unter Gemeinwohlgesichtspunkten zu unerwünschten Ergebnissen führt¹⁰⁹⁷. Das freie Spiel der Marktkräfte scheint insofern nur äußerst unzureichend dazu in der Lage zu sein, einen fairen Interessenausgleich zwischen Urhebern, Nutzern und Verwertern herzustellen.

Dass die unsichtbare Hand des Marktes zumal bei dem vom neoklassischen Property Rights-Ansatz befürworteten Maximalschutz versagt und zu negativen gesellschaftlichen Folgen führt, ist aus ordoliberalistischer Sicht wenig überraschend. Denn der Ordoliberalismus zieht seine Forderung nach einer staatlich gesetzten Rahmenordnung gerade aus der Erkenntnis, dass der Gewährung absoluter wirtschaftlicher Freiheit die Tendenz zur Unfreiheit und zur Selbstaufhebung der Freiheit innewohnt¹⁰⁹⁸. Es lohnt, diesen wirtschaftstheoretischen Anwendungsfall des »Freiheitsparadoxons« etwas näher zu betrachten, birgt er doch die Chance, dem traditionellen Urheberrechtsverständnis, das eher am Eigentumsbegriff ausgerichtet ist, eine stärkere Anknüpfung am Freiheitsbegriff entgegenzusetzen. Das »Freiheitsparadoxon« hat Popper zufolge bereits Platon in ähnlicher Form aufgezeigt¹⁰⁹⁹. Nach der Definition von Popper besteht selbiges »in dem Argument, daß die Freiheit im Sinne der Abwesenheit aller einschränkenden Kontrollen zu sehr großer Einschränkung führen muß (...)«¹¹⁰⁰. Einer unbegrenzten Freiheitsausübung wohnt mit anderen Worten die Tendenz zur Selbstaufhebung der Freiheit inne. Die Freiburger Schule hat aus dieser Erkenntnis die Folgerung abgeleitet, dass wirtschaftliche Freiheit nicht in einem solchen Umfang gewährt werden solle, dass sie sich selber aufzuheben vermag¹¹⁰¹.

Das »Freiheitsparadoxon« lässt sich in ähnlicher Form auch für das Urheberrecht fruchtbar machen. Danach gilt es, einer schrankenlosen Gewährung der Entscheidungsfreiheit über die Vervielfältigung, Verbreitung, öffentliche Zugänglichmachung oder Bearbeitung von Werken entgegenzuwirken, um zu vermeiden, dass die Freiheitsausübung zum Gegenteil von Freiheit für andere Urheber, Nutzer und Verwerter führt. Insbesondere der urheberrechtlich abgesicherte Einsatz technischer Schutzmaßnahmen bei der Werkverwertung birgt in Kombination mit vertraglichen Nutzungsrestriktionen eine erhebliche Tendenz zur Unfreiheit sowohl für kreativ-schöpferische als auch rein konsumtive Nutzer. Will man verhindern, dass die weitgehend unbeschränkte Entscheidungsfreiheit der Rechteinhaber bei der Werkverwertung zur Unfreiheit bei der Werknutzung führt, bedarf

1097 Siehe dazu Kap. 4 C. I. 4. b) sowie Kap. 4 C. I. 1. d) (zur Kritik am ökonomischen Effizienzziel).

1098 Näher dazu *Heinemann*, Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln, S. 102 f.; *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 110.

1099 *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. I, S. 173.

1100 *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. I, S. 359.

1101 Näher dazu *Heinemann*, Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln, S. 102 f.; *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 110.

es also evidenterweise gewisser freiheitssichernder Spielregeln, sprich: gesetzlicher Beschränkungen der urheber- und vertragsrechtlichen sowie technischen Schutzoptionen¹¹⁰². Ziel einer urheberrechtlichen Rahmenordnung ist somit aus ordoliberalistischer Sicht die Sicherung individueller Freiheit, mit anderen Worten also die Gewährleistung von autonomer Selbstbestimmung¹¹⁰³. Ähnlich wie

1102 Nach *Eucken*, ORDO Bd. 2 (1949), 1, 93, sollte sich der Staat dabei tatsächlich nur auf Spielregeln beschränken, damit das Konzept von der Wirtschaftsordnung als staatliche Aufgabe nicht in eine staatlich gelenkte Wirtschaft umschlägt: »Der Staat hat die *Formen*, das institutionelle Rahmenwerk, die Ordnung, in der gewirtschaftet wird, zu beeinflussen, und er hat Bedingungen zu setzen, unter denen sich eine funktionsfähige und menschenwürdige Wirtschaftsordnung entwickelt. Aber er hat nicht den *Wirtschaftsprozess* selbst zu führen.« (Hervorhebung im Original). Zu den Angelegenheiten, zu deren Erledigung der Staat imstande und berufen sei, zählt *Eucken* in diesem Zusammenhang im Übrigen namentlich die Etablierung des Patent- und Vertragsrechts. »Staatliche Planung der Formen – ja; staatliche Planung und Lenkung des Wirtschaftsprozesses – nein« (a.a.O.), diese für die Freiburger Schule charakteristische Unterscheidung betonen auch *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 111 und *Heinemann*, Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln, S. 102 f. Interessanterweise hat *Eucken* aber immerhin die staatliche Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen befürwortet, *Eucken*, ORDO Bd. 1 (1948), 56, 70, s.a. *ders.* zur Vertragsfreiheit ORDO Bd. 2 (1949), 1, 52 ff., dazu *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 112; ein Gesichtspunkt, der auch für die in dieser Arbeit nachdrücklich befürwortete urheberrechtliche Regulierung der überbordenden vertraglichen wie technischen Nutzungsrestriktionen im digitalen Umfeld von Bedeutung ist.

1103 In den Worten von *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 207, hat der Ordoliberalismus »der Marktwirtschaft die Funktion der wirtschaftlichen und auch politischen Freiheitssicherung zugewiesen und hieraus die Forderung nach Schutz der individuellen Freiheit durch die staatlich garantierte Wettbewerbsordnung abgeleitet. (...) Das ökonomische und politische Leitbild des ordoliberalen Marktes ist das der *koordinierten Selbstbestimmung*.«. Angesichts der ordoliberalistischen Forderung nach Sicherung der *individuellen* Freiheit könnte man auf die Idee kommen, dass eine ordoliberalistische Rechtfertigung urheberrechtlicher Regulierung keine kollektivistische, sondern vielmehr eine individualistische (weil liberalistische) ist. Eine derartige Zuordnung aber würde dem ordoliberalistischen Ordnungsgedanken nicht gerecht. *Eucken* verfolgte mit seinem Konzept von der »*Interdependenz der Ordnungen*« ja gerade eine gesamtgesellschaftliche Perspektive. Nach seiner Vorstellung besteht zwischen Wirtschaft, Staat und Gesellschaft eine Interdependenz, weshalb die Freiheit des Individuums in einer menschenwürdigen Gesellschaftsordnung, eine gewaltenteilende Verfassungs- und Staatsordnung sowie eine funktionsfähige, Machtkonzentrationen zurückdrängende Wettbewerbsordnung voneinander abhängig sind und auf Dauer nur gemeinsam realisiert werden können (zur Interdependenz von Wirtschafts-, Staats- und Gesellschaftsordnung bei *Eucken*, *Krüsselberg*, ORDO Bd. 40 (1989), 223 ff. und *Woll*, ORDO Bd. 40 (1989), 87, 92). Vergleichsweise größere Bedeutung hat der Idee der persönlichen Freiheit demgegenüber ein anderer Denker beigemessen, der sich selber ausdrücklich in die Tradition der Freiburger Schule gestellt hat, sich später dann aber von den ordnungstheoretischen Vorstellungen des Ordoliberalismus entfernte und von daher allenfalls (wenn überhaupt) als dem Ordoliberalismus zeitweise nahestehend bezeichnend werden kann. Die Rede ist von *Friedrich August von Hayek*, siehe z.B. von *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit; zu von *Hayek* (in Gegenüberstellung zur *Posnerischen* ökonomischen Analyse des Rechts) *Mestmäcker*, A Legal Theory without Law;

Drexl den Bogen geschlagen hat von den ordoliberalistischen Vorstellungen *Euckens*¹¹⁰⁴ und *Böhms*¹¹⁰⁵ zum Verbraucherschutz¹¹⁰⁶, lässt sich insofern der Ordoliberalismus auch für das Urheberrecht und namentlich eine urheberrechtliche Nutzerschutzdoktrin fruchtbar machen. *Drexl* knüpft für sein Modell der wirtschaftlichen Selbstbestimmung des Verbrauchers dabei unmittelbar an ordoliberalistisches Gedankengut an. So versteht *Drexl* im Rahmen der von ihm vertretenen Verbraucherschutzkonzeption den Markt als »eine Koordinationsordnung, in der Verbraucher ihre autonom gesetzten gesetzten Ziele einbringen können.«¹¹⁰⁷. Die Aufgabe des Rechts sei dabei eine zwiefache: »(1.) Das Recht hat im Sinne der ordoliberalen Vorstellungen das Funktionieren der Koordinationsordnung zu sichern. (2.) Darüber hinaus hat es sicherzustellen, daß autonome Entscheidungen der Verbraucher möglich werden.« *Drexl* betont jedoch, dass sein Verbraucher-schutzmodell trotz der offensichtlichen Ähnlichkeiten zur ordoliberalen Konzeption der Freiburger Schule, in einem wesentlichen Punkt davon abweiche: »Der ordoliberalen Schule ging es (...) nur um Freiheitssicherung. Dabei wurde Freiheit passiv verstanden. Freiheit bedeutete Freiheit von marktwidrigen Beschränkungen auf Veranlassung des wirtschaftlich Stärkeren. Wirtschaftliche Selbstbestimmung ist dagegen auch im aktiven Sinne von Freiheit zur Verfolgung autonom gesetzter Ziele auf dem Markt zu verstehen.«¹¹⁰⁸. Dieser Fortentwicklung des ordoliberalistischen Gedankenguts durch *Drexl* wird mit dem nachfolgend näher ausgeführten Leitbild des aktiven und selbstbestimmten Nutzers ausdrücklich gefolgt¹¹⁰⁹. Allgemein lassen sich die zitierten programmatischen Aussagen von *Drexl* nahezu wörtlich auf die urheberrechtliche Nutzerschutzproblematik übertragen, nur der Begriff des Verbrauchers ist durch den des Nutzers zu ersetzen¹¹¹⁰.

Als Zwischenerkenntnis kann somit festgehalten werden, dass im Sinne des Ordoliberalismus die Ökonomie stets nur eine Funktion des (Urheber-) Rechts sein kann. »Law and economics« heißt nicht – und kann nach nahezu einhelliger

zu den deutlichen Akzentverschiebungen von *Eucken* zu *von Hayek* näher *Woll*, ORDO Bd. 40 (1989), 87, 94 ff. und *Watrin*, Staatsaufgaben: Die Sicht Walter Euckens und Friedrich A. von Hayeks, in: Freiheit und wettbewerbliche Ordnung, Hg. v. *Külp/Vanberg*, S. 323 ff. zu ihren teils harmonisierenden, teils konfligierenden Ansichten hinsichtlich der Rolle des Staates in einer freiheitlichen Gesellschaft. Nach *Woll* trete bei *von Hayek* die Gestaltung der Wettbewerbsordnung, die *Eucken* in den Mittelpunkt gerückt hatte, zurück gegenüber der Sicherung der Freiheit, die *von Hayeks* Denken beherrschte. Da vorliegend aber den ordoliberalistischen Vorstellungen *Euckens* gefolgt wird, ist die stärkere Betonung der persönlichen Freiheit durch *von Hayek* für die Einordnung des hier verfolgten Erklärungsansatzes irrelevant.

1104 *Eucken*, ORDO Bd. 2 (1949), 1, 22 f., 32 ff., 52, 93.

1105 *Böhm*, ORDO Bd. 17 (1966), 75, 140 ff.

1106 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 106 ff., 111, 115 f., 179, 207.

1107 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 179.

1108 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 179.

1109 Siehe dazu unter Kap. 4 C. IV. 2. b).

1110 Siehe zur Abgrenzung zwischen Verbraucherschutz und urheberrechtlichem Nutzerschutz Kap. 4. C. I. 5. d) bb), Fn. 876.

Ansicht nicht heißen – »law as economics«¹¹¹¹. Deshalb muss der Staat eine positive Rolle bei der Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung übernehmen¹¹¹². Fraglich ist allein, an welchen Ziel- und Wertvorstellungen sich der Gesetzgeber neben dem vergleichsweise abstrakten Freiheitsgedanken bei der Festsetzung der Spielregeln für die Marktbeteiligten orientieren sollte.

2. *Der aktive und selbstbestimmte Nutzer als programmatisches Leitbild einer offenen Kultur*

Besteht hinsichtlich der Notwendigkeit einer Rahmenordnung als solcher in der urheberrechtspolitischen Debatte noch relativ breiter Konsens, scheiden sich die Geister naturgemäß schnell, sobald es darangeht, eine Vorstellung von der Gesellschaftsordnung zu entwickeln, die durch die urheberrechtliche Rahmenordnung realisiert werden soll¹¹¹³. In einer pluralistischen Demokratie ist die Artikulation und das Streben nach unterschiedlichen Gesellschaftskonzeptionen und rechtspolitischen Positionen auch nicht nur legitim, sondern in hohem Maße wünschenswert, weil konstitutiv für ein demokratisches Gemeinwesen. Dennoch bzw. gerade deshalb bedarf es in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung einer wertenden Entscheidung – verstanden als ein Angebot an den Gesetzgeber –, welche gesellschaftlichen Ziel- und Wertvorstellungen durch das Urheberrecht verwirklicht werden sollten¹¹¹⁴. Eine wertungsfreie Aussage über das Warum urheber-

1111 *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L. Rev. 479, 610 (1998): «There is a difference between law and economics, an estimable discipline, and law as economics, an unrealistic construct.».

1112 *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 115 f.

1113 *S. 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.».

1114 Es sei in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass bereits oben in Kap. 4 B. II. 1. der von *Kelsen* vertretenen rechtspositivistischen »reinen Rechtslehre« mit ihrer Beschränkung der Rechtswissenschaft auf die Beschäftigung mit den »seienden« Rechtsnormen (*Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 71 f., 112) widersprochen wurde. Allgemein ist der Selbstbeschränkung der Rechtswissenschaft auf eine quasi »entpolitisierte« Wissenschaft vom geltenden Recht vehement entgegenzutreten. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 1 ff., verdient volle Zustimmung in seinem Plädoyer, a.a.O., S. 3, für eine »Ausdehnung des Forschungsgegenstandes der Rechtswissenschaft von einer »Rechtsprechungswissenschaft« hin zu einer Wissenschaft vom Recht, wie es ist und wie es sein sollte.« (Hervorhebung im Original). Die Rechtswissenschaft hat als »Wissenschaft von der Gesetzgebung« (*Eidenmüller*) auch gewichtige Aussagen dazu beizutragen, was auf der Basis von rechtsphilosophischen Erwägungen und der Folgenprognose und Folgenbewertung von Rechtsnormen (wie sie beispielsweise die Rechtssoziologie oder die ökonomische Analyse des Rechts offerieren) als Recht gelten sollte. Zugugestehen ist, dass sie in ihrem objektiven Erkenntnisstreben dabei nicht immer wertungsfrei bleiben kann, aber dies ist ein Risiko, das sie eingehen muss, will sie einen konstruktiven Beitrag dazu leisten, wie dem primär über das Recht vorzunehmenden Interessenausgleich de lege ferenda am besten

rechtlicher Regulierung ist schlicht nicht zu haben¹¹¹⁵. Generell kann man sich die Frage stellen, inwieweit es in einem derart politisierten Rechtsgebiet wie dem Urheberrecht überhaupt möglich ist, sich politisch neutral zu äußern. Wer sich mit der Frage beschäftigt, wie die Legitimationskrise des Urheberrechts überwunden werden kann, kommt somit letztlich um Fragen der Bewertung nicht herum. Man kann von den nachfolgend gemachten Vorschlägen daher nur verlangen, dass sie in sich schlüssig sind und Auswege aus der Krise weisen – nicht, dass sie neutral sind.

Dies vorausgeschickt, könnte man das übergeordnete Ziel urheberrechtlicher Regulierung möglicherweise darin erkennen, dass das Urheberrecht primär der Verwirklichung einer *offenen Kultur* dienen sollte. Rechtspolitisches Ziel einer offenen Kultur wäre die weitestmögliche Partizipation aller am Prozess und an den Resultaten kreativen Schaffens. Ihr normatives Leitbild hätte dementsprechend gleichberechtigt neben dem Schutz des Urhebers der *Schutz des aktiven und selbstbestimmten Nutzers* zu sein. Sowohl die Idee einer »offenen Kultur« (dazu unter a)) als auch das normative Leitbild des aktiven und selbstbestimmten Nutzers (dazu unter b)) bedürfen der Erläuterung.

a) Die Zielvorstellung einer offenen Kultur

Der Begriff »offene Kultur« birgt ein vielschichtiges Bedeutungsgeflecht. Der Bedeutungszusammenhang, in dem dieser Begriff hier verstanden werden soll, lässt sich dabei im Anschluss an *Fishers* Zielvorstellungen für eine gerechte und attraktive Kultur¹¹¹⁶ und *Netanels* demokratietheoretischen Begründungsansatz¹¹¹⁷, primär aber in Anknüpfung und in Abgrenzung zu den Arbeiten zweier

Rechnung getragen werden kann. S. in diesem Zusammenhang auch *Euckens* Ansichten zur Rolle normativer Aussagen in der wissenschaftlichen Arbeit: *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 340 ff., forderte, dass es geradezu eine Pflicht für Sozialwissenschaftler sei, als »ordnende Potenz« zu wirken, d.h. nach eingehender, wertungsfreier Analyse der Realität auf gestalterische Art und Weise Ordnungen vorzuschlagen und einzufordern, dazu und zur ähnlichen Position von *Hayeks Streit/Wohlgemuth*, Walter Eucken und Friedrich A. von Hayek: Initiatoren der Ordnungsökonomik, in: *Freiheit und wettbewerbliche Ordnung*, Hg. v. *Külpe/Vanberg*, S. 461, 476.

1115 Im Übrigen ist insoweit auch die ökonomische Analyse in methodologischer Hinsicht nie ganz frei von (verborgenen) politischen bzw. normativen Prämissen. Der ihr anhaftende Nimbus vermeintlich wertungsfreier Analysemethoden ist trügerisch. So stellt bereits die Auswahl der zu analysierenden Institution und zugleich derjenigen Variablen, die im Rahmen einer *ceteris paribus*-Betrachtung konstant gehalten werden, eine Wertungsentscheidung dar, die das Ergebnis der Betrachtung in einer jeweils politisch erwünschten Richtung beeinflusst.

1116 S.o. unter Kap. 4 C. II.

1117 S.o. unter Kap. 4 C. III.

weiterer Autoren verstehen: *Lawrence Lessig* und *Richard Stallman*¹¹¹⁸. *Lessig*¹¹¹⁹ und *Stallman* zählen zu den Protagonisten der Free Culture-¹¹²⁰ respektive Free Software-Bewegung¹¹²¹. In seinem Buch mit dem programmatischen Titel «Free Culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity» erklärt *Lessig*, was er meint, wenn er für die Bewahrung einer Tradition der freien Kultur eintritt:

»(...) we come from a tradition of ‘free culture’ – not ‘free’ as in ‘free beer’ (to borrow a phrase from the founder of the free-software-movement¹¹²²), but ‘free’ as in ‘free speech’, ‘free markets’, ‘free trade’, ‘free enterprise’, ‘free will’, and ‘free elections’. A free culture supports and protects creators and innovators. It does this directly by granting intellectual property rights. But it does so indirectly by limiting the reach of those rights, to guarantee that follow-on creators and innovators remain *as free as possible* from the control of the past. A free culture is not a culture without property, just as a free market is not a market in which everything is free. The opposite of a free culture is a ‘permission culture’ – a culture in which creators get to create only with the permission of the powerful, or of the creators from the past.«¹¹²³.

- 1118 Wegen der begrifflichen Nähe zur *Poppers* »offener Gesellschaft« (*ders.*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. I; instruktiv: *Döring*, Karl R. Popper: »Die offene Gesellschaft und ihre Feinde«, S. 41 ff.) könnte man auf die Idee kommen, auch ihn als gedanklichen Wegbereiter heranzuziehen. Die offene Gesellschaft *Poppers* hat mit dem hier verfolgten Konzept der offenen Kultur aber letztlich wohl nur (bzw. immerhin) soviel gemein wie der Liberalismus mit dem *Ordo*-Liberalismus. Denn während in *Poppers*, dem Liberalismus eng verbundenen Staatsmodell der offenen Gesellschaft die Rolle des Staates so weit wie möglich zurückgefahren werden soll, wird mit der in dieser Arbeit vertretenen kultur- bzw. gesellschaftstheoretischen Zielvorstellung einer offenen Kultur, die am ehesten dem Ordoliberalismus verpflichtet ist, zum Zwecke der Erhaltung (digitaler) Nutzerfreiheiten ein vergleichsweise größeres Maß staatlicher, d.h. genauer: urheberrechtlicher Intervention befürwortet. Ganz abgesehen davon richtete sich *Poppers* Vorstellung einer offenen Gesellschaft gegen totalitäre Ideologien wie den Nationalsozialismus oder den Kommunismus. Die »Feinde« einer offenen Kultur sind hingegen der Marktradikalismus und die durch die immaterialgüterrechtliche Schutz eskalation hervorgerufene zu weitgehende Kontrolle kreativer Inhalte.
- 1119 *Lessig* ist Mitbegründer von Creative Commons, einer NGO, die sich international einer Neujustierung von Urheber-, Nutzer- und Allgemeininteressen verschrieben hat. Eine wachsende Zahl Kreativer verzichtet im Internet bereits auf Nutzungsentgelte und macht Gebrauch von der durch das Creative-Commons-Lizenzmodell erleichterten, flexibel abgestuften Nutzungsfreigabe (Näheres zu Creative Commons unter: <http://www.creative-commons.org/>).
- 1120 Siehe etwa <http://freeculture.org/>.
- 1121 Zur Free- bzw. Open Source-Software-Bewegung *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839 ff., die bereits 1999 bemerkten (S. 848), dass deren Erfolg »den Entlohnungsgedanken des Urheberrechts auf den Kopf« stelle und »dadurch zum Auslöser einer Kontroverse über die Urheberrechtstheorie werden« könnte.
- 1122 Gemeint ist *Richard Stallman*, siehe *ders.*, Free Software, Free Society, S. 57.
- 1123 *Lessig*, Free Culture, S. XIV.

Diese programmatischen Aussagen *Lessigs*, denen hier ausdrücklich gefolgt werden soll, sind getrieben von der Sorge, dass die freie Kultur durch eine extreme Expansion der sie konstituierenden Property Rights aus dem Gleichgewicht gerät. Die Bekämpfung von Machtkonzentration identifiziert *Lessig* daher als einen der zentralen Leitgedanken in seinem Werk und stellt sich damit interessanterweise in die Tradition des Ordoliberalismus; auch *Euckens* Denken kreiste stets um das Problem der Machtkonzentration in der Hand von Privaten¹¹²⁴. *Lessig* selbst sieht sich indes vornehmlich in der Tradition *Richard Stallmans*, an dessen Denken und Wirken er explizit anknüpft¹¹²⁵ (und auch hier angeknüpft werden soll). *Lessig* ist sich dabei bewusst, dass sich seine Argumentation für eine freie Kultur den gleichen Einwänden ausgesetzt sieht, wie *Stallmans* Eintreten für freie Software¹¹²⁶. So weckt der Begriff freie Kultur ebenso wie der Begriff freie Software die Assoziation der Kostenfreiheit¹¹²⁷. Um diesem Missverständnis vorzubeugen, ist 1998 für den Bereich der Software der Begriff Open Source vorgeschlagen worden¹¹²⁸. Entsprechend soll daher in dieser Arbeit nachfolgend der zumindest in Deutschland bislang nicht etablierte Terminus *offene Kultur*¹¹²⁹ dem Terminus *freie Kultur* vorgezogen werden, um unnötige Mehrdeutigkeiten zu vermeiden.

1124 *Streit/Wohlgemuth*, Walter Eucken und Friedrich A. von Hayek: Initiatoren der Ordnungsökonomik, in: Freiheit und wettbewerbliche Ordnung, Hg. v. *Külp/Vanberg*, S. 475, 489.

1125 *S. Lessig*, *Free Culture*, S. XV, mit Verweis auf *Stallmans* Essaysammlung, *Free Software*, *Free Society*, zu der *Lessig* wiederum die Einführung beige-steuert hat.

1126 *Lessig*, *Free Culture*, S. XVI: «Like Stallman's arguments for free software, an argument for free culture stumbles on a confusion that is hard to avoid, and even harder to understand. A free culture is not a culture without property; it is not a culture in which artists don't get paid. A culture without property, or in which creators can't get paid, is anarchy, not freedom.».

1127 Laut *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, S. 3, hatte vor allem die Softwareindustrie offensichtlich Berührungsängste mit dem Modell freier Software; »«frei» schien dort kein positiv belegter Begriff zu sein und wurde mit einer Kultur des Verschenkens und der Geschäftsfeindlichkeit verbunden.«.

1128 Auch diese Bezeichnung hat sich freilich nicht vollends durchsetzen können. Die Free Software Foundation (FSF) kritisiert, dass dieser Begriff zu stark die Verfügbarkeit des Quellcodes einer Software betone, es dabei aber vernachlässige, die Freiheit zu unterstreichen, diesen Quellcode zu verändern und weiterzugeben (Näheres zu diesem terminologischen Grabenkampf unter <http://www.fsf.org/licensing/essays/free-software-for-free-dom.html>, und bei *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, S. 3 f.).

1129 Im englischen Sprachraum findet sich der Begriff »open culture« vereinzelt (siehe <http://www.oculture.com/oder> Open Culture-Blogs wie <http://fastwonderblog.com/>; siehe aber für den deutschen Sprachraum immerhin auch das Wikibook »Open Culture« unter http://de.wikibooks.org/wiki/Open_Culture). Der Begriff »open culture« wird – mitunter nicht ganz einheitlich – als verallgemeinernder Sammelbegriff für all die Bemühungen verstanden, die die Suche nach alternativen Lösungsansätzen für die Informations- bzw. Wissensgesellschaft zum Gegenstand haben. Er erfasst damit Phänomene wie Free Software bzw. Open Source Software (dazu *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839 ff.), Free bzw. Open Content (siehe dazu *Plaß*, GRUR 2002, 670), Open Access (also der freie bzw. offene Zugang zu wissenschaftlicher Information, dazu *Hansen* GRUR Int. 2005, 378 ff.), Open Music, Open Movie etc. Der Begriff »offene Kultur« soll dabei in dieser Arbeit weiter und

Offene Kultur meint somit eine Kultur, in der möglichst viele Inhalte barriere- bzw. erlaubnisfrei, aber nicht notwendig kostenfrei zugänglich sein sollten, eine Kultur, in der Urheber vergütet werden, aber kreatives Schaffen Dritter auch nicht unnötig und unverhältnismäßig durch urheberrechtliche Verbotsrechte be- oder verhindert wird¹¹³⁰. Diese programmatische Forderung läuft auf die in dieser Arbeit bereits mehrfach angesprochene Transformation des Urheberrechts weg von einem Verbotsrecht hin zu zustimmungsfreien, aber vergütungspflichtigen Werknutzungen hinaus, bedeutet also den Ausbau von Liability Rules sowie möglicherweise auch eine Verkürzung der Schutzfrist (mit gebührenpflichtiger Verlängerungsoption bei nach Fristablauf fortbestehender kommerzieller Verwertungsabsicht).

Die Idee einer offenen Kultur erschöpft sich nicht in der freien Zugänglichkeit urheberrechtlich geschützter Werke, sondern erstreckt sich auch auf die Freiheit, vorhandene Werke kreativ-schöpferisch verwenden zu dürfen. Eine offene Kultur ist eine Kultur der Partizipation¹¹³¹. Es geht ihr nicht allein um die Freiheit *von* etwas (etwa der gemeinwohlschädlichen Schutz eskalation), sondern auch um die Freiheit *zu* etwas, nämlich der kreativ-schöpferischen Auseinandersetzung mit dem Bestehenden¹¹³². Sie ist deshalb idealerweise auch nicht »top-down« diktiert von den Verwerterkonzernen, sondern entfaltet sich »bottom-up«, ist also gestützt auf das Engagement einzelner Kreativer, die für sich oder gemeinsam kreativ tätig sind¹¹³³.

So gesehen soll mit der Idee einer offenen Kultur eine urheberrechts- bzw. kulturtheoretische Antwort gefunden werden für die verbesserten Möglichkeiten, sich im digitalen Umfeld kreativ zu betätigen und einzubringen. In den vergangenen Jahren war auf vielfältige Art und Weise zu beobachten, wie vor allem (aber längst nicht nur) Jugendliche im Internet Werke nicht nur konsumieren, sondern selber aktiv werden, einzeln und gemeinschaftlich Werke bearbeiten und

mit einem eher gesellschaftstheoretischen Anspruch verstanden werden, als dies etwa die Definition des Begriffs »Open Content« durch *Plaß* nahelegt. *Plaß*, GRUR 2002, 670, möchte unter den Begriff des »Open Content« nur Werke fallen lassen, die auf der Basis des Handelns Einzelner »der Öffentlichkeit in einem weiteren Umfang zur Nutzung zur Verfügung stehen sollen, als dies die gesetzlichen Schrankenbestimmungen unseres Urheberrechts zulassen«. Mit dem Begriff offene Kultur wird hier vielmehr ein Gesellschaftszustand umschrieben, in dem die prinzipiell (erlaubnis-) freie Zugänglichkeit urheberrechtlich geschützter Werke nicht allein abhängig ist von individualvertraglichen »Freigabeerklärungen« Einzelner (Stichwort: Creative Commons), sondern in dem die Urheberrechts- und Gesellschaftsordnung von vornherein offener, nutzer- und kreativenfreundlicher und weniger verwerterorientiert als bislang ausgestaltet ist.

1130 Vgl. *Lessig*, *Free Culture*, S. 30: »Free cultures are cultures that leave a great deal open for others to build upon; unfree, or permission, cultures leave much less. Ours was a free culture. It is becoming much less so.«.

1131 *Benkler*, *The Wealth of Networks*, S. 297 ff.

1132 S.a. *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 179, der – wie oben bereits zitiert – gleichfalls diese aktive Komponente des Freiheitsbegriffs betont, indem er darunter auch die Verfolgung autonom gesetzter Ziele verstehen möchte.

1133 Ähnlich das »Free Culture Manifesto« unter: <http://freeculture.org/manifesto.php>.

einer größeren Öffentlichkeit beispielsweise über Seiten wie MySpace oder YouTube zugänglich machen¹¹³⁴. Man hat dieses Phänomen »remix culture« genannt¹¹³⁵, die Rede ist vom »user generated content«¹¹³⁶ oder auch einer »participatory culture«¹¹³⁷. Häufig wird diese Form kreativen Schaffens im digitalen Umfeld auch in Verbindung gebracht mit dem sog. »web 2.0«-Phänomen (Nutzung kollektiver Intelligenz (Beispiel: Wikipedia), Vertrauen in Nutzer als Mitentwickler; Interaktivität etc.)¹¹³⁸. Die Bezeichnungen mögen schwanken und sind stets gewiss auch Ausdruck des Zeitgeists und gewissen Moden unterworfen. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass aufgrund des digitalen Wandels heute der großen Mehrheit der Gesellschaft in weitaus größerem Maße als im analogen Zeitalter kostengünstige Möglichkeiten eröffnet sind, Kreatives zu schaffen und mit anderen zu teilen¹¹³⁹. Die digitale Revolution verspricht mit anderen Worten, aus passiven Konsumenten aktive Nutzer zu machen¹¹⁴⁰. Auch wenn die Ergebnisse nicht immer »künstlerisch wertvoll« sein mögen, so sind diese kreativen Aktivitäten doch eine Form von aktiver Teilhabe am kulturellen

- 1134 S. Gasser/Ernst, From Shakespeare to DJ Danger Mouse: A Quick Look at Copyright and User Creativity in the Digital Age, Berkman Center Research Publication No. 2006-05, online verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=909223>, mit zahlreichen Beispielen; Lessig, Free Culture, S. 7 ff. Man denke etwa an Phänomene wie Remixing, Sampling, Blogging, Podcasting, Mash-Ups, Fan Fiction etc.
- 1135 So etwa Lessig, Free Culture, passim.
- 1136 Für eine Definition und die verschiedenen Formen nutzergenerierter Inhalte siehe den Wikipediaeintrag »user generated content« unter: http://en.wikipedia.org/wiki/User-generated_content.
- 1137 Den Begriff verwenden beispielsweise Benkler, The Wealth of Networks, S. 297 ff. oder Gasser/Ernst, From Shakespeare to DJ Danger Mouse: A Quick Look at Copyright and User Creativity in the Digital Age, Berkman Center Research Publication No. 2006-05, online verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=909223>. Bisweilen findet sich auch die simplifizierende Bezeichnung »Mitmach-Internet«.
- 1138 Der Begriff »web 2.0« wurde geprägt durch Tim O'Reilly. Näheres dazu in O'Reillys Artikel, What is the Web 2.0?, online verfügbar unter: <http://www.oreilly.de/artikel/web20.html>, s.a. auch O'Reillys Kurzdefinition in seinem Blog »O'Reilly Radar«, http://radar.oreilly.com/archives/2005/10/web_20_compact_definition.html: »Web 2.0 is the network as platform, spanning all connected devices; Web 2.0 applications are those that make the most of the intrinsic advantages of that platform: delivering software as a continually-updated service that gets better the more people use it, consuming and remixing data from multiple sources, including individual users, while providing their own data and services in a form that allows remixing by others, creating network effects through an "architecture of participation," and going beyond the page metaphor of Web 1.0 to deliver rich user experiences.«. Für eine aktuelle Definition des zunehmend unschärferen Sammelbegriffs »web 2.0« siehe den entsprechenden Wikipediaeintrag unter http://de.wikipedia.org/wiki/WEB_2.0.
- 1139 Näher Lessig, The Future of Ideas, S. 8 ff.
- 1140 Benkler, The Wealth of Networks, S. 126 f.: »Consumers are changing into users – more active and productive than the consumers of the industrial information economy.«; Gasser/Ernst, From Shakespeare to DJ Danger Mouse: A Quick Look at Copyright and User Creativity in the Digital Age, Berkman Center Research Publication No. 2006-05, S. 4 ff. (online verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=909223>): »(...) the Internet has the pro-

Leben und eine Teilnahme am Informationsverbreitungsprozess, die es unter gesellschaftspolitischen Gesichtspunkten zu bewahren gilt, weil sie Freiheit, autonome Selbstbestimmung, individuelle Persönlichkeitsentfaltung, den Pluralismus des öffentlichen Diskurses und die kulturelle Vielfalt fördern¹¹⁴¹. Wenn sich für diese diversen begrüßenswerten Formen kreativen Schaffens das geltende, im Verbotsrechtsdenken gefangene Urheberrecht als Hindernis erweist, muss es geändert und zur Bewahrung einer sich stetig erneuernden, partizipativen und offenen Kultur grundlegend reformiert werden¹¹⁴².

Ein erster Schritt in diese Richtung könnte ein dem Urheberrecht in Gestalt einer Präambel voranzustellender Zielkatalog sein, der der Zielvorstellung einer offenen Kultur Ausdruck verleiht. Angelehnt auch an solche Ziel- und Wertvorstellungen, die (letztlich in utilitaristischer Tradition) Eingang in (urheberrechtliche)

mise to transform passive recipients of information into active users and creators who can interact with digital information, personalize information, participate in the creation of new content, and make transformative uses of existing works.«.

- 1141 Ähnlich Lessig, Wie die Sowjets im Jahre 1988. »Steht das Copyright-System neuen Kunstwerken im Wege? Die Antwort ist. Ja.« Ein Gespräch mit Lawrence Lessig über die Probleme des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, Süddeutsche Zeitung vom 22.12.2006, S. 12; warum die Förderung einer partizipativen Kultur wünschenswert ist, begründen Gasser/Ernst, From Shakespeare to DJ Danger Mouse: A Quick Look at Copyright and User Creativity in the Digital Age, Berkman Center Research Publication No. 2006-05, S. 14 ff. (online verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=909223>) folgendermaßen: «a more permissive copyright framework—i.e. a framework that abolishes or significantly limits the derivative works right—would lead to increased participation of creative consumers in the production of our shared informational and cultural environment, which in turn would *increase user autonomy, foster cultural diversity, and thus increase the availability of quality information* that meets the specific requirements of its users.«; Cohen, 40 U.C. Davis L. Rev. 1151, 1198 (2007) : «Copyright should promote participation in culture for the sake of culture as well as for the sake of political freedom.«; s.a. Benkler, The Wealth of Networks, S. 297 ff., 300: » By comparison to the highly choreographed cultural production system of the industrial information economy, the emergence of a new folk culture and of a wider practice of active personal engagement in the telling and retelling of basic cultural themes and emerging concerns and attachments offers new avenues for freedom. It makes culture more participatory, and renders it more legible to all its inhabitants.«.

- 1142 Dass dieser im Kern freiheitliche Gedanke das geltende (Urheber-) Recht herausfordert, unterstreicht auch Benkler, The Wealth of Networks, S. 300: «(...) the tension between the industrial model of cultural production and the networked information economy is nowhere more pronounced than in the question of the degree to which the new folk culture of the twenty-first century will be permitted to build upon the outputs of the twentieth-century industrial model. In this battle, the stakes are high. One cannot make new culture ex nihilo. We are as we are today, as cultural beings, occupying a set of common symbols and stories that are heavily based on the outputs of that industrial period. If we are to make this culture our own, render it legible, and make it into a new platform for our needs and conversations today, we must find a way to cut, paste, and remix present culture. And it is precisely this freedom that most directly challenges the laws written for the twentieth-century technology, economy, and cultural practice.«.

Abkommen und sonstige einfachgesetzliche, menschen- und verfassungsrechtliche Kodifizierungen gefunden haben und der hier verfolgten normativen Werttheorie einer offenen Kultur durch ihre positivrechtliche Anerkennung Gewicht und Legitimität verleihen¹¹⁴³ – zu nennen sind hier namentlich die Präambeln des Welturheberrechtsabkommens (WUA)¹¹⁴⁴, des WIPO Copyright Treaty (WCT)¹¹⁴⁵ sowie des spanischen UrhG von 1987¹¹⁴⁶, das UNESCO-Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen¹¹⁴⁷, Section I, Art. 1 japanisches UrhG¹¹⁴⁸, Art. 1, Section 8, Clause 8 US-Verfas-

- 1143 Wie vorstehend bereits problematisiert, lässt sich über Herleitung und Auswahl der hier verfolgten Ziel- und Wertvorstellungen trefflich streiten. Welche Wert- und Zielvorstellungen in einer normativen Werttheorie Berücksichtigung finden, ist letztlich eine Wertungsentscheidung, die ihre Legitimität vorliegend aber immerhin auf die nachstehend aufgeführten positivrechtlichen Zielvorgaben stützen kann.
- 1144 Präambel des Welturheberrechtsabkommens vom 6.9.1952, revidiert in Paris am 24.7.1971: »(...) in der Überzeugung, daß eine allen Nationen angemessene, in einem Weltabkommen niedergelegte Regelung des Schutzes des Urheberrechts, (...) die Achtung der Menschenrechte sichern und die Entwicklung der Literatur, Wissenschaft und Kunst fördern wird, und in der Gewißheit, daß eine solche weltweite Regelung des Schutzes des Urheberrechts die Verbreitung der Geisteswerke erleichtern und zu einer besseren Verständigung unter den Nationen beitragen wird«.
- 1145 Präambel des WIPO Copyright Treaty (WCT) vom 20.12.1996: »(...) *Recognizing* the profound impact of the development and convergence of information and communication technologies on the creation and use of literary and artistic works, *Emphasizing* the outstanding significance of copyright protection as an incentive for literary and artistic creation, *Recognizing* the need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly education, research and access to information, as reflected in the Berne Convention«.
- 1146 Präambel des spanischen Urheberrechtsgesetzes vom 11.11.1987: »la presente Ley se propone dar adecuada satisfacción a la demanda de nuestra sociedad de otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes a través de las obras de creación contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos.« (weggefallen im Zuge der Gesetzesnovellierung im Jahre 1996).
- 1147 Aus der Präambel: » (...) unter Betonung der wesentlichen Rolle der kulturellen Interaktion und der Kreativität, die kulturelle Ausdrucksformen bereichern und erneuern sowie die Bedeutung der Rolle derer erhöhen, die an der Entwicklung der Kultur beteiligt sind, um den Fortschritt der Gesellschaft insgesamt zu fördern; in Anerkennung der Bedeutung der Rechte des geistigen Eigentums zur Unterstützung derer, die an der kulturellen Kreativität beteiligt sind; in der Überzeugung, dass kulturelle Aktivitäten, Güter und Dienstleistungen sowohl eine wirtschaftliche als auch eine kulturelle Natur haben, da sie Träger von Identitäten, Werten und Sinn sind, und daher nicht so behandelt werden dürfen, als hätten sie nur einen kommerziellen Wert«; s.a. Art. 1 a) und g), Art. 2 Nr. 7 und 8, Art. 4 Nr. 1 a.E., Art. 6 e) und Art. 7 des Abkommens, das online verfügbar ist unter: http://www.unesco.de/konvention_kulturelle_vielfalt.html?&L=0.
- 1148 Section 1, Art. 1 des japanischen Urheberrechtsgesetzes in der Fassung vom 9.6.2004: » (...) to contribute to the development of culture«.

sung¹¹⁴⁹ und Art. 27 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte¹¹⁵⁰ sowie die Erwägungsgründe der Informationsgesellschafts-Richtlinie¹¹⁵¹ – könnte eine solche Zielbestimmung etwa folgenden Wortlaut haben:

Die urheberrechtliche Rahmenordnung schützt die Individualrechte – insbesondere in freiheitssichernder Tradition das Selbstbestimmungsrecht – der Urheber und Nutzer sowie der weiteren Marktteilnehmer in den Märkten für Kulturgüter; damit dient sie im Interesse der Allgemeinheit dem kulturellen, wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Fortschritt sowie der Verwirklichung einer offenen Kultur. Das Urheberrecht soll dazu dem Urheber eine angemessene Vergütung für die Nutzung seiner Werke ermöglichen und den urheberrechtsverwendenden Industrien Anreize setzen für Investitionen. Bei der Ausgestaltung und Auslegung des Urheberrechts sind insbesondere die Förderung des Wettbewerbs, die Sicherung der individuellen Freiheit und die kulturelle und wissenschaftliche Partizipation der Nutzer anzustreben, 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 und kulturelle Vielfalt zu fördern¹¹⁵².

b) *Der aktive und selbstbestimmte Nutzer*

Zur Verwirklichung der Zielvorstellung einer offenen Kultur bietet sich für das Urheberrecht zudem das *normative Leitbild des aktiven und selbstbestimmten Nutzers* an, welches sich dem traditionell urheberzentrierten Paradigma ergänzend und zugleich korrigierend zur Seite stellen lässt. Da bislang eine nähere Vor-

1149 Art. I, Section 8, Clause 8 der US-Verfassung aus dem Jahre 1787: «To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries».

1150 Art. 27 Abs. 1 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948: »Jeder hat das Recht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben.«.

1151 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft. Die Bedeutung der verschiedenen Erwägungsgründe, die hier nicht alle einzeln angeführt werden können, kann kaum unterschätzt werden, so auch Dietz, ZUM 2001, 276, 277 ff.

1152 Ein ähnlicher, aber leicht abweichender Formulierungsvorschlag wurde vom Verfasser bereits gemeinsam mit Leistner in GRUR 2008, 479, 483, unterbreitet. Der Gedanke einer programmatischen Normzweckklausel wird in Kap. 5 D. II. 1. erneut aufgenommen werden. Siehe dazu auch Dietz, GRUR Int. 2006, 1 ff.

stellung vom Nutzer im urheberrechtlichen Kontext fehlt¹¹⁵³ – den aktiven und selbstbestimmten Nutzer gibt es als programmatisches Leitbild im traditionellen Urheberrechtsdenken nicht – lohnt es, sich etwas näher mit diesem in der Forschung lange Zeit vernachlässigten Typus zu beschäftigen¹¹⁵⁴. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Gruppe der (Werk-) Nutzer ausgesprochen heterogen ist. Gemeinhin wird vor allem eine Grobeinteilung in eher passive Nutzer bzw. Verbraucher und aktive Nutzer vorgenommen¹¹⁵⁵. Der »couch potato« wird mit anderen Worten der Nutzer als potentieller Urheber gegenübergestellt¹¹⁵⁶. Dahinter steht die Vorstellung, dass viele Nutzer bestehende bzw. erworbene Werke häufig nicht nur passiv zu einem möglichst günstigen Preis »konsumieren« wollen, sondern sie vielmehr aktiv verwenden möchten, um etwa selber kreativ-

- 1153 Diese Leerstelle beklagen auch *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33, 35 (»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?«) sowie *Liu*, 44 B. C. L. Rev. 397, 398 f. (2003) und *Cohen*, 74 Fordham L. Rev. 347 ff. (2005), die »the user's absence from copyright doctrine« beklagt (»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.«) und dessen stärkere Berücksichtigung einfordert.
- 1154 Erst in jüngerer Zeit finden sich vermehrt Arbeiten zu diesem Thema, siehe beispielsweise die vorstehend zitierten Beiträge von *Helberger* und *Cohen* sowie *Drassinower*, Taking User Rights Seriously, in: In the Public Interest, Hg. v. *Geist*, S. 462 ff.; *Fisher*, 73 Chicago-Kent L. Rev. 1203, 1217 (1998); *Grosheide*, 7 E.I.P.R. 321 ff. (2001); *Landau*, 49 J. Copyright Soc'y U.S.A. 277 ff. (2001); *Lessig*, Free Culture, passim; *Liu*, 42 William and Mary L. Rev. 1245 ff. (2001); *Liu*, 44 B. C. L. Rev. 397 ff. (2003); *Madison*, 23 Cardozo Arts & Ent. L. J. 391, 394 (2005); *Mazziotti*, EU Digital Copyright Law and the End-User, S. 24 ff.; *Scherb*, 98 Nw. U. L. Rev. 1787, 1818 ff. (2004); *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 297 ff. Die Beschäftigung mit dem kreativ-schöpferischen, selbstbestimmten Nutzer scheint in Mode zu kommen. Siehe jüngst auch *Gowers*, Gowers Review on Intellectual Property, S. 66 ff. (siehe dort v.a. Empfehlung Nr. 11 auf S. 68: »Propose that Directive 2001/29/EC be amended to allow for an exception for creative, transformative or derivative works, within the parameters of the Berne Three-Step Test.«); dazu *Cornish*, IIC 2007, 1, 5.
- 1155 Zu dieser Zweiteilung *Liu*, 44 B. C. L. Rev. 397, 402 ff. (2003).
- 1156 In Kap. 4 C. I. 5. d) bb) Fn. 876 wurde bereits eingehend begründet, dass wegen dieser beiden Aspekte der Verbraucherbegriff im Urheberrecht zu kurz griffe und deshalb der weitere Nutzerbegriff vorzugswürdig ist. Der Ruf nach urheberrechtlichem Verbraucherschutz würde vernebeln, dass es im Urheberrecht um mehr geht, als bloß den Interessenschutz einer weiteren Konsumentengruppe, ähnlich *Quaedvlieg*, IIC 1998, 420, 432: »The case of users and consumers in a copyright context is not the self-centered interest of yet another consumers' lobby. It concerns informational freedom, educational interests, the spreading and availability of knowledge. The interests mentioned touch on essential issues of a free and democratic society.«.

schöpferisch tätig zu sein – aber auch, um zu lehren, zu kritisieren und sich selber und Dritte zu informieren¹¹⁵⁷. Diese vereinfachende Einteilung in passive und aktive Nutzer ist zu holzschnittartig, da davon auszugehen ist, dass die Übergänge zwischen diesen Nutzergruppen fließend sind¹¹⁵⁸.

Wie sich eine differenzierte Vorstellung vom Nutzer im urheberrechtlichen Kontext methodologisch erarbeiten lässt, hat *Liu* demonstriert¹¹⁵⁹. So verfolgt *Liu* eine interessen geleitete Erfassung möglicher Verbraucher- bzw. Nutzerschutzbedürfnisse. Auf diese Weise kommt er zu dem Ergebnis, dass die traditionelle Dichotomie vom passiven Verbraucher und vom aktiven Nutzer als Urheber deshalb unvollständig ist, weil sie wichtige *Verbraucherinteressen* vernachlässigt. *Liu* nennt namentlich »consumer interests in autonomy, communication, and cre-

1157 *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33, 35.

1158 Zu diesem fließenden Übergang und zur Heterogenität »der« Nutzer *Cohen*, 74 *Fordham L. Rev.* 347 ff. (2005); *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33, 35 f., die kritisiert, dass der Nutzer »als ein potentieller »Urheber« oder mindestens ein »aktiver Nutzer« verstanden (wird), der in gewisser Weise über dem »Normalverbraucher« steht. In der Realität hingegen ist es eher wahrscheinlich, dass sich die Mehrzahl der Nutzer bzw. Verbraucher zwischen diesen beiden Polen bewegt.«; *Lenhart/Madden*, *Teen Content Creators and Consumers*, S. 1 ff., 8 f., 10 ff.; *Liu*, 42 *William and Mary L. Rev.* 1245 ff. (2001).

1159 *Liu*, 44 *B. C. L. Rev.* 397 ff. (2003), der sich in seinem grundlegenden Beitrag mit dem programmatischen Titel »Copyright Law's Theory of the Consumer« etwas unglücklich für den Terminus »consumer« entscheidet, obwohl er an sich die Vorstellung vom passiven Verbraucher explizit infragestellen möchte. *Liu* befürchtet daher in Fn. 18 vollkommen zu Recht, dass die Festlegung auf den Verbraucherbegriff und die mit ihm verknüpften Konnotationen dem von ihm verfolgten Anliegen eher abträglich sind. – Eine differenzierte, hier aber nicht weiter vertiefte Sichtweise auf den Typus des Nutzers im Urheberrecht bietet auch *Cohen*, 74 *Fordham L. Rev.* 347, 348 ff. (2005), die auf etwas ironische Art und Weise – eine Ironie, die nicht zu Unrecht auch bei *Liu*, 44 *B. C. L. Rev.* 397 ff. (2003) anklingt: »(...) I certainly do not want to overstate the desire of consumers to engage more actively with copyrighted works (there is more than a little couch potato in all of us) – insgesamt vier Nutzergruppen unterscheidet: »the economic user, who enters the market with a given set of tastes in search of the best deal; the "postmodern" user, who exercises limited and vaguely oppositional agency in a world in which all meaning is uncertain and all knowledge relative; and the romantic user, whose life is an endless cycle of sophisticated debates about current events, discerning quests for the most freedom-enhancing media technologies, and home production of high-quality music, movies, and open-source software.«. Diesen drei Nutzerprofilen möchte *Cohen* ein viertes hinzufügen: das des »situated user«: »Unlike the economic and romantic users, who seek respectively to consume and to transform existing works, the situated user deserves copyright law's solicitude precisely because neither her tastes nor her talents are so well formed. Both her patterns of consumption and the extent and direction of her own authorship will be shaped and continually reshaped by the artifacts, conventions, and institutions that make up her cultural environment.«, S. 370: »The situated user appropriates cultural goods found within her immediate environment for four primary purposes: *consumption, communication, self-development, and creative play*.« (Hervorhebung durch den Bearb.).

ative self-expression«¹¹⁶⁰. Unter »autonomy« versteht *Liu* dabei die Freiheit zu entscheiden, wann, wie und unter welchen Bedingungen ein urheberrechtlich geschütztes Werk konsumiert wird¹¹⁶¹. Mit dem Verbraucherinteresse an »communicative« oder »social consumption« meint *Liu* derweil das Bedürfnis, mit Dritten urheberrechtlich geschützte Werke zu teilen und sich über sie auszutauschen¹¹⁶². Unter »creative self-expression« möchte *Liu* schließlich das Interesse an solchen Nutzungsvorgängen fallen lassen, die zwar kreativ sein mögen, aber nicht einem eigenen urheberrechtlichen Schutz zugänglich sind¹¹⁶³.

Auf Grundlage dieser differenzierteren Sichtweise der Nutzerinteressen durch *Liu* wird in dieser Arbeit daher bewusst nicht allein vom aktiven Nutzer, sondern vom aktiven und selbstbestimmten Nutzer als normativem Leitbild gesprochen. Durch die Betonung der möglichst weitgehenden Selbstbestimmtheit der Nutzung soll insbesondere den von *Liu* herausgearbeiteten Interessen der Autonomie, der individuellen Selbstenfaltung, der kreativen Auseinandersetzung und des kommunikativen Meinungs austauschs des nur vermeintlich passiven Nutzers Rechnung getragen werden. Die Idealvorstellung eines selbstbestimmten Nutzers wird beispielsweise relevant für die urheberrechtliche Ausgestaltung nutzerschützender Gestaltungsoptionen im Zusammenhang mit vertraglichen oder technischen Nutzungsrestriktionen, sofern der Markt für sie von alleine keine Lösungen findet (dazu bereits oben unter Kap. 4 C. I. 5. d) bb)).

Letztlich wäre der Nutzerbegriff aber immer noch zu eng gefasst, verstünde man darunter allein individuelle Einzelpersonen. Dann blieben nämlich die Nutzer unberücksichtigt, die keine Individuen bzw. natürliche Personen sind, die aber trotzdem ohne unmittelbare kommerzielle Verwertungsabsicht – dann wären sie Verwerter – bestehende Werke nutzen¹¹⁶⁴. Zu denken ist hier beispielsweise an

1160 *Liu*, 44 B. C. L. Rev. 397, 406 ff. (2003).

1161 *Liu*, 44 B. C. L. Rev. 397, 406 ff. (2003) erläutert diesen Gesichtspunkt u.a. näher folgendermaßen: »Sometimes, information needs to be processed repeatedly before it can be fully understood or appreciated. Each encounter with a creative work may give rise to a new inspiration, impression, or conclusion. Thus, repeated access and some degree of freedom in interacting with a copyrighted work can lead to a richer and more complex appreciation of the work.«. Darüber hinaus führt *Liu* etwa das »time-shifting of television broadcasts« als Beispiel an.

1162 *Liu*, 44 B. C. L. Rev. 397, 411 ff. (2003): »Copyrighted works are thus not only individual consumer goods, but also social goods, consumed in a social manner. That is, to make sense of and interpret many copyrighted works meaningfully, it is sometimes necessary to communicate with others about the works; to share viewpoints, to debate, and to argue. (...) The ability to communicate about copyrighted works enriches our understanding of those works and enables us to get much more out of them.«, »Such communication may sometimes involve an element of sharing.«.

1163 *Liu*, 44 B. C. L. Rev. 397, 415 ff. (2003): »Under this category of mini-authorship, consumers copy and adapt copyrighted works in small ways, in the course of making sense of the works, commenting on such works, associating themselves with such works, and communicating additional ideas.«.

1164 *Cohen*, 74 Fordham L. Rev. 347, 374, Fn. 78 (2005): »many users of copyrighted works are not individuals«.

institutionelle Nutzer wie Bibliotheken oder Universitäten¹¹⁶⁵. So gesehen soll der Nutzerbegriff hier weit verstanden werden und auch den überindividuellen Nutzer umfassen.

Zweifelloos kann man mit den vorstehenden Ausführungen der schillernde Typus des Nutzers im urheberrechtlichen Umfeld nur ansatzweise erfasst werden. Die Frage der verschiedenen, vielfältigsten Nutzerschutzbedürfnisse im Urheberrecht verdient weitere ökonomische, kultur- und rechtswissenschaftliche Forschung. Dabei wird künftig näher zu klären sein, welche Nutzerinteressen im Einzelnen schutzwürdig und schutzbedürftig sind¹¹⁶⁶. Eines kann dabei schon heute festgestellt werden: Urheberrechtslehre und Gesetzgeber werden die sich ihnen im Zuge des digitalen Wandels stellenden Herausforderungen nur bewältigen können, wenn sie den aktiven und selbstbestimmten Nutzer als programmatisches Leitbild anerkennen, den Nutzer also neben den Urheber ins Zentrum ihres Lehrgebäudes holen bzw. den Nutzer- neben dem Urheberschutz zu einer zentralen Zielvorgabe für die Ausgestaltung des Urheberrechts machen¹¹⁶⁷.

1165 So auch *Grosheide*, 7 E.I.P.R. 321, 322 (2001). Schwierig wird die Abgrenzung bei institutionalisierten Nutzern, die bestehende Werke verwenden, um etwa durch deren (teilweise auch investitionsintensive) Aufbereitung, Zusammenstellen oder Auffindbarmachen einen Mehrwert zu erzeugen (Beispiel: Pressespiegel- oder Suchmaschinenunternehmen). Da die urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlungen hier aber in aller Regel zumindest mittelbar zu einem kommerziellen Zweck erfolgen, dürfte diese »Nutzergruppe« eher den Verwertern zuzurechnen sein.

1166 Ähnlich *Guibault/Helberger*, Copyright Law and Consumer Protection, S. 33, die mit Blick auf die Auswirkungen von TPM und DRM-Systemen auf Verbraucherinteressen weitere Forschung anmahnen zu der Frage: «What are legitimate and protection-worthy consumer interests?».

1167 Ähnlich *Cohen*, 74 Fordham L. Rev. 347, 373 f. (2005) (»(...) copyright law should acknowledge and comprehensively adjust for the situated user's importance. (...) Scholars and policy makers should ask how much latitude the situated user needs to perform her functions most effectively, and how the entitlement structure of copyright law might change to accommodate that need. In particular, they should be prepared to ask whether the situated user is well served by the current copyright system of broad rights and narrow, limited exemptions, or whether she would be better served by a system that limits the rights of copyright owners more narrowly in the first instance.«) und *Liu*, 44 B. C. L. Rev. 397, 427 f. (2003): »(...) policymakers should be attuned to these more complex consumer interests and not be too quick to conclude that all consumer interests are satisfied once the passive consumer interest is satisfied. (...) In the context of legislation, (...) members of Congress also need to be conscious that, in their attempts to bolster copyright law for purposes of reducing infringement, their activities may have an undesirable impact on these more complicated consumer interests. (...) A more measured approach would at least preserve some ability for courts to modify the law if it appears that consumer interests are being harmed too greatly and the market is not satisfying such interests appropriately.«.

D. Plädoyer für ein integratives Rechtfertigungsmodell

Die intensive Auseinandersetzung mit individualistischen und schwerpunktmäßig vor allem kollektivistischen Rechtfertigungsansätzen hat zu dem Ergebnis geführt, das letztere prinzipiell eher zu überzeugen vermögen. Mit Ausnahme der Urheberpersönlichkeitsrechte – zu dieser Schwachstelle näher nachfolgend unter II. – bieten sie in der Kombination jüngerer ökonomietheoretischer, kulturpolitischer und demokratietheoretischer Rechtfertigungsansätze ein belastbares urheberrechtstheoretisches Fundament.

I. Prinzipielle Vorzugswürdigkeit kollektivistischer Ansätze

Wie die Darstellung und kritische Würdigung der verschiedenen kollektivistischen Ansätze gezeigt hat, liegt ihr bestechender Vorteil gegenüber eindimensional urheberzentrierten Begründungsmodellen darin, dass sie eine mehrdimensional folgenorientierte, gesamtgesellschaftliche Herangehensweise bemühen, also beispielsweise auch negative Schutzrechtsauswirkungen etwa für den kreativen Schaffensprozess in Anschlag bringen. Dadurch werden sie den komplexen Schutzbedürfnissen der Urheber, Nutzer und Verwerter und damit dem über das Urheberrecht vorzunehmenden Interessenausgleich methodisch weitaus besser gerecht als Ansätze, die von vornherein allein den Schutz des Urhebers als Ausgangspunkt nehmen. Anstatt a priori den Urheber ins Zentrum zu stellen, um dann im nachhinein ggf. einige spezifische Allgemeininteressen in Form von Schrankenregelungen in diesen Monolithen hineinzumeißeln, widmet sich der Großteil der kollektivistisch-utilitaristischen Begründungsansätze von vornherein der Lösung des wirtschafts- und kulturpolitischen Zielkonflikts zwischen optimaler Anreizsetzung zur Schaffung neuer Werke und optimaler Verbreitung und Nutzung bestehender und damit auch der Erzeugung neuer Werke.

Durch diese Aufgabenstellung ist namentlich der Blick der ökonomischen Analyse automatisch geweitet für die relevanten Interessengruppen der Urheber, Nutzer und Verwerter¹¹⁶⁸. Generell sind damit allein methodologisch die kollektivistisch-konsequentialistischen Erklärungsmodelle der überzeugendere Ansatz zur Begründung eines bipolaren Normzweckkonzepts. Dass die ökonomische Analyse mit ihrer Modellannahme des rational, nutzenmaximierenden Menschen und der alleinigen Ausrichtung auf die Steigerung allokativer Effizienz keineswegs frei von konzeptionellen Schwächen ist, lässt sich zwar nicht bestreiten. Ihre Überzeugungskraft wächst aber in dem Maße, indem insbesondere im Zuge der Neuen Institutionenökonomik realitätsnähere Grundannahmen zugrunde

1168 Dass viele ökonomietheoretische Ansätze gerade aus den USA allzu häufig die Differenzierung zwischen Urhebern und Verwertern vermissen lassen und den Blick auf die Rechteinhaber allgemein verengen, mag durch den Einfluss des anglo-amerikanischen Copyright-Denkens erklärbar sein. Gerechtfertigt wird diese unzulässige Verkürzung dadurch keineswegs.