

Gerd Hansen

Warum Urheberrecht?

Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter
besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes



Nomos



Stämpfli Verlag



C. H. Beck

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 Drexl, 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 Guzdek, LL.M. (Lund; Frankfurt/Oder et al.), Sylvie Nérissou, 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 Verlagseigentum	17
IV. Vom Verlagseigentum 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 Urheberrechts- theorien in Deutschland	28
III. Lehre vom sozialgebundenen Urheberrecht in der Zeit der Weimarer Republik	29
	XI

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 Verwertererschutz	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 Urberschutzes	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 Netanels	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 Wettbewerbsschutz 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 Normzweckerweiterung	427
II. Gestaltungsoptionen zur Verwirklichung des Nutzerschutzparadigmas	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 Urheberrechtskonzepts 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 Normzweckerweiterung	445
B. Ausblick	447
 Literaturverzeichnis	451

1. Kapitel: Einführung

Das Urheberrecht steckt in der Krise, genauer: in einer Legitimationskrise. Wir schützen immer mehr – und wissen immer weniger warum. Deshalb stellt sich mit zunehmender Dringlichkeit die grundlegende Frage nach dem Warum des Urheberrechts. Was wollen oder sollten wir mit urheberrechtlicher Regulierung eigentlich genau bezwecken? Ist das traditionell rein urheber- und praktisch verwerterzentrierte Urheberrechtssparadigma noch zeitgemäß? Wird es insbesondere den Interessen kreativ-schöpferischer Werknutzer im digitalen Umfeld noch gerecht?

Diese Fragen verlangen eine Neubewertung, denn Digitalisierung und Internet haben auf bislang kaum absehbare Weise das Umfeld für die Schöpfung, Verwertung und Nutzung von Geisteswerken verändert. Reagiert worden ist auf diesen Wandel dabei in den vergangenen Jahren national wie international bislang mit einer weitgehenden Schutzexpansion. Diese auch in anderen Bereichen des Geistigen Eigentums (wie namentlich dem Patentrecht) zu beobachtende Entwicklung hat die grundsätzliche Frage aufgeworfen, ob man mit der Schutzausdehnung möglicherweise zu weit gegangen ist. In den Mittelpunkt des wissenschaftlichen Interesses ist daher inzwischen eine folgenorientierte (vielfach: ökonomische) Analyse und Kritik der zu beobachtenden Schutzausdehnung gerückt. Mittlerweile kritisieren – auch in Deutschland – immer mehr Stimmen, dass sich die gesetzgeberische Reaktion auf den digitalen Wandel und die verbesserten technischen Kontrollmöglichkeiten oftmals zu Lasten der Nutzer und der Allgemeinheit auswirken. Nutznießer des urheberrechtlichen Schutzes scheint in der gesellschaftlichen Realität jedenfalls immer häufiger nicht der Kreative zu sein, sondern der derivativ berechnete Verwerter.

Der unaufhaltsame Wandel von einem Kultur- zu einem Industrierecht hat dem Urheberrecht mit den zahlreichen Schutzbereichserweiterungen insofern einen enormen Bedeutungszuwachs eingebracht – es zugleich aber auch in eine tiefgreifende, als Grundlagenkrise zu verstehende Legitimationskrise gestürzt. So sind die überkommenen urheberzentrierten Rechtfertigungsansätze durch die Schutzexpansion an ihre äußerste Belastungsgrenze geraten. Das traditionelle normative Leitbild von der individuellen Schöpferpersönlichkeit, die sich im Werk ihrer Individualität entäußert, scheint jedenfalls angesichts der Absenkung der Schutzvoraussetzungen und der Ausdehnung urheberrechtlichen Schutzes auf industriell geprägte Werkkategorien immer weniger zur Legitimierung des gewährten Schutzes geeignet. Die häufig unreflektiert wiederholte Formel vom intendierten

Schutz des Urhebers – selbst wenn es letztlich um reinen Investitionsschutz geht – ist eine auf weiten Strecken sinnentleerte Legitimationsfigur geworden².

In der Rechtswirklichkeit korreliert diese Legitimationskrise mit einem fortschreitenden Akzeptanzverlust des Urheberrechts. Dieser Akzeptanzverlust ist durch die relativ einseitige Schutzexpansion zu Lasten von Nutzern und Allgemeinheit in den vergangenen Jahren verschärft worden. Durch die Schutzausdehnung und namentlich den Einsatz restriktiver technischer Schutzmaßnahmen ist im digitalen Umfeld gar ein gestiegenes Bedürfnis nach einem durchsetzungsstarken Nutzerschutz entstanden, um zum einen die von den urheberrechtlichen Schrankenregelungen privilegierten Nutzungshandlungen realisieren zu können, zum anderen aber auch, um angesichts technisch durchgesetzter Nutzungsrestriktionen ein Mindestmaß digitaler Nutzerfreiheiten zu gewährleisten. Um zu verhindern, dass namentlich kreativ-schöpferische Werknutzungen bzw. generell der aktive und selbstbestimmte Umgang mit bestehenden Werken nicht durch die Schutzausdehnung vereitelt wird, steht daher die Forderung nach einer urheberrechtlichen Aufwertung der Nutzerinteressen im Raum. Das theoretische Fundament für eine entsprechende Nutzerschutzdoktrin, also eine programmatische Festlegung auf einen durchsetzungsstarken Nutzerschutz, ist jedoch nur bruchstückhaft vorhanden, dabei hat beispielsweise der deutsche Gesetzgeber mit dem individuellen zivilrechtlichen Anspruch in § 95b Abs. 2 UrhG bereits einen ersten (wenngleich äußerst zaghaften) Schritt in diese Richtung unternommen. Noch nimmt sich dieses in der Praxis kaum wahrgenommene Nutzerrecht wie ein Fremdkörper aus, konterkariert es doch die vor dem Hintergrund eines theoretisch urheber- und faktisch verwerterzentrierten Paradigmas bestehende Erwartung, dass das Urheberrechtsgesetz den Urheber bzw. Rechteinhaber schützen solle. Doch die Etablierung dieses bislang vereinzelteten Nutzerrechts dürfte angesichts des digitalen Wandels sowie einer immer effektiveren Zugangs- und Nutzungskontrolle (Stichwort: Trusted Computing) erst der Anfang eines grundlegenden Veränderungsprozesses des Urheberrechts sein. Dessen Aufgabe dürfte im digitalen Umfeld immer weniger der Urheber- bzw. Verwerterenschutz, dafür aber zunehmend der Nutzerschutz sein. Die Urheberrechtswissenschaft ist daher gefordert, die insbesondere durch die technischen Schutzmöglichkeiten, den generell vergrößerten Schutzzumfang und die fragwürdige Schutzfristlänge aufgeworfenen Nutzerschutzbedürfnisse rechtstheoretisch zu durchdringen und ein Nutzerschutzkonzept für das Urheberrecht zu erarbeiten. Dafür sind belastbare Grundannahmen und Zielvorgaben zu eruieren, auf denen die urheberrechtliche Regulierung auch im digitalen Zeitalter aufbauen kann.

2 Vgl. Dietz, Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung, in: FS Schriker I, S. 1, 22.

A. Erkenntnisinteresse der Arbeit

Der erhebliche funktionale Bedeutungswandel des Urheberrechts, die potentielle Aushöhlung urheberrechtlicher Regulierung durch sich rasant wandelnde technische Schutzmöglichkeiten, das Wuchern radikaler Forderungen nach Abschaffung oder umfassender Revision des Urheberrechtssystems, der grassierende Akzeptanzverlust und die große Unzufriedenheit mit dem bestehenden Urheberrecht in weiten Kreisen der Gesellschaft sowie die zunehmende Skepsis in der Urheberrechtslehre, ob man sich mit dem Urheberrecht noch auf dem richtigen Weg befindet³, das Zufluchtsuchen bei den Grund- und Menschenrechten⁴ und all die widersprüchlichen Erwartungen an das Urheberrecht sind Symptome einer krisenhaften Umbruchsituation dieses Rechtsgebiets. Insofern überrascht es nicht, dass der Ruf nach rechtstheoretischer Neuorientierung und Überprüfung der urheberrechtlichen Grundannahmen und Regelungszwecke allenthalben laut ist⁵.

Das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit zielt daher darauf ab, angesichts des eingangs skizzierten, grundlegenden Bedeutungswandels des Urheberrechts im digi-

3 Siehe statt vieler *Hilty*, GRUR Int. 2003, 201, 204.

4 *Geiger*, IIC 2006, 371, 382 ff..

5 *Cohen*, 74 Fordham L. Rev. 347 ff. (2005), die »the user's absence from copyright doctrine« beklagt und dessen stärkere Berücksichtigung einfordert; Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Einl. Rn. 15 ff.; *Hilty*, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. *Dittrich*, S. 38, der angesichts der nicht mehr zu bremsenden Entwicklung weg vom Urheberschutzrecht konstatiert, dass es »längst hätte gelingen sollen, die idyllischen Vorstellungen des Urheberrechts aus dem letzten Jahrhundert zu überwinden«; S.a. *Hilty*, GRUR Int. 2003, 201, 203, der danach fragt, ob der kontinentaleuropäische »droit d'auteur«-Ansatz noch eine tragfähige Erklärung für die praktische Realität der europäischen Kulturwirtschaft liefern kann; *Hoeren*, MMR 2000, 3, demzufolge das Urheberrecht »nicht der Grundsatz, sondern die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme« zu sein habe; *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?, S. 366; *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23 ff; *Larese*, UFITA 105 (1987), 7, 10 ff.; *Peukert*, GRUR Int. 2002, 1012, 1019 f.; *Quaedvlieg*, IIC 1998, 420, 437; *Schmid-Wirth*, UrhG, Einl. Rn. 30 f.; *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 2: »Angesichts der fortschreitenden Erweiterung und Gewichtsverlagerung fragt sich, ob der freischaffende Literat, Komponist, Maler oder Bildhauer allein noch die maßgebliche Leitfigur des Urheberrechts sein kann.«; *Schricker*, GRUR 1992, 242, 246: »Das Urheberrecht ist aber auch berufen, dem Allgemeininteresse zu dienen. Urheberrechtsschutz ist ein wesentliches Instrument zur Förderung der kulturellen und kulturwirtschaftlichen Entwicklung; diesen überindividuellen Schutzzweck sollten wir ruhig aus dem angelsächsischen Rechtsdenken übernehmen und zu unserem traditionellen Individualschutz hinzufügen.«; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung; *Wiebe*, Zum Funktionswandel des Urheberrechts im digitalen Umfeld, in: FS Kilian, S. 603, 616 (»Überdenken der Schutzziele im Kontext einer Informationsordnung«); *Wiebe*, GRUR 1994, 233, 245: »Angesichts der Entwicklung der Informationsgesellschaft erscheint – auch auf europäischer und internationaler Ebene – ein Überdenken des Systems des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts und der zugrundeliegenden Schutzzwecke geboten.«.

talen Zeitalter einen Beitrag zu dessen rechtstheoretischer Rechtfertigung und eine Neubestimmung seiner Regelungszwecke zu liefern⁶. Ausgehend von der näher zu untersuchenden Legitimationskrise des Urheberrechts geht es dabei namentlich darum auszuloten, inwieweit neben den Interessen von Urhebern und Verwertern auch Nutzer- und Allgemeininteressen im digitalen Umfeld in Zukunft gesichert werden können. Die verbesserten technischen Schutzmöglichkeiten und die immer häufiger zu beobachtende Kollision von Urheberrecht und kreativem Schaffen im digitalen Umfeld erzwingen ein prinzipielles Überdenken des Schutzsystems. Zweck des Urheberrechts könnte künftig immer weniger der Urheber- und mittelbar der Verwerterenschutz, sondern in zunehmendem Maße ein expliziter Nutzerschutz sein⁷. Begreift man den Schutz der Nutzerinteressen aber als immanenten Bestandteil urheberrechtlicher Regulierung, lässt sich das »Urheberrecht« nicht länger allein auf das traditionell rein urheberzentrierte und individualistisch begründete Erklärungsmodell des kontinentaleuropäischen Urheberrechts stützen; eine neue bzw. eine erweiterte rechtstheoretische Begründung wird erforderlich. Im Rahmen dieser Arbeit soll daher eine Neubegründung der urheberrechtlichen Regelungszwecke im digitalen Zeitalter erarbeitet werden. Mit dieser Zielsetzung werden die traditionellen Erklärungsmodelle des Urheberrechts einer kritischen Untersuchung unterzogen und zugleich alternative, den aktiven und selbstbestimmten Nutzer a priori miteinbeziehende Begründungsansätze diskutiert. Das »klassische« Urheberrecht soll dabei keineswegs über Bord geworfen werden. Es soll vielmehr versucht werden, dessen rechtstheoretische Grundannahmen nach gründlicher Überprüfung soweit wie möglich zu retten und angesichts der gegenwärtigen Legitimationskrise des Urheberrechts und veränderter kulturwirtschaftlicher und technischer Realitäten einer zeitgemäßen Erweiterung zuzuführen⁸.

Die Kernfrage lautet daher, auf welchem rechtstheoretischen Fundament sich mit welchem Gewinn dem bestehenden urheberzentrierten Regelungszweck weitere Zwecke hinzufügen lassen. Methodisch sollen für diese programmatische Erweiterung der urheberrechtlichen Regelungsaufgaben – und damit letztlich die Rechtfertigung des Urheberrechts – primär die zumindest in der deutschen Lehre lange vernachlässigten kollektivistisch-utilitaristischen Erklärungsansätze und unter ihnen schwerpunktmäßig ökonomietheoretische Begründungsansätze als Legitimationsquelle untersucht werden. Dieses methodische Vorgehen geschieht in dem Bewusstsein, dass die ökonomische Maßgabe einer effizienten Ressour-

6 Die Untersuchung beschränkt sich dabei grundsätzlich auf den Bereich des Urheberrechts im engeren Sinn, das Urheberrecht im weiteren Sinn, also die sog. verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler, Tonträgerhersteller, Sendeunternehmen und Filmhersteller wird weitgehend ausgeklammert.

7 Siehe dazu etwa *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 385.

8 *Dietz*, Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung, in: FS Schricker I, S. 1, 21.

cenallokation unter Umständen eine normative, kulturpolitisch motivierte Zielkorrektur verlangt.

Es wird mit dieser Arbeit mithin versucht, eine zeitgemäße Erklärung nicht nur für die Notwendigkeit, sondern auch für die gewandelten Aufgaben des Urheberrechts im digitalen Zeitalter zu finden. Mittels einer programmatischen, normativ aufgeladenen Neubestimmung der urheberrechtlichen Normzwecke und der darauf aufbauenden Vorschläge zur Revision des Urheberrechts soll eine Alternative zur bislang zu beobachtenden, einseitigen Schutzexpansion aufgezeigt werden. Dies soll dem Urheberrecht zumindest rechtstheoretisch frische Legitimation verleihen und neue Perspektiven eröffnen.

B. Gang der Darstellung

Nach der Darstellung des Regelungszwecks im Wandel der Zeit in Kapitel 2 sollen in Kapitel 3 zunächst Ursachen und Ausmaß der gegenwärtigen Legitimationskrise des Urheberrechts analysiert werden.

Als Reaktion auf diese als Grundlagenkrise gedeutete Legitimationskrise wird sodann in Kapitel 4 nach einer zeitgemäßen rechtstheoretischen Rechtfertigung des Urheberrechts gesucht. Hier liegt der zentrale Schwerpunkt dieser Arbeit. Behandelt wird die Frage, auf welcher rechtstheoretischen Basis sich das Urheberrecht im Allgemeinen und eine Nutzerschutzdoktrin im Besonderen rechtfertigen lassen⁹. Die unterschiedlichen Rechtfertigungsansätze für das Urheberrecht werden dafür auf ihre jeweilige Geeignetheit hin geprüft. Im Zuge der rechtstheoretischen Begründung einer Normzweckdogmatik, die das überkommene rein urheberzentrierte Paradigma zu überwinden sucht und den Nutzerschutz a priori miteinbezieht, werden dabei insbesondere rechtsphilosophische, ökonomietheoretische, demokratie- und kulturtheoretische Rechtfertigungsbemühungen einer vertieften Auseinandersetzung zugeführt. Die Fokussierung liegt dabei auf den zumindest in Kontinentaleuropa lange vernachlässigten kollektivistisch-utilitaristischen Rechtfertigungsansätzen; die traditionellen individualistischen Argumentationsmuster werden eher am Rande behandelt, wenngleich sie keineswegs völlig ausgeblendet werden.

Im Kapitel 5 liegt sodann das Augenmerk auf Einzelfragen der hier verfolgten Normzweckerweiterung. Es wird also zunächst die Frage untersucht, ob eine Normzweckausdehnung auf den Nutzerschutz mit Verfassungsrecht und internationalem Urheberrecht vereinbar ist (Zulässigkeit einer Normzweckerweiterung,

9 Wenn nachfolgend als Arbeitshypothese von einer Normzweckerweiterung um einen expliziten Nutzerschutz die Rede ist, so soll dadurch die Identifizierung und Zahl der einzelnen Norm- bzw. Regelungszwecke nicht präjudiziert werden. Dazu und insbesondere zur Frage, ob der Schutz der Allgemeinheit, der Schutz der Verwerter sowie der Schutz der Institution Wettbewerb weitere eigenständige Regelungszwecke sein sollten, siehe Kap. 5 B.

Kap. 5 A.). Im Anschluss wird der Frage nachgegangen, ob weitere urheberrechtliche Normzwecke etwa im Schutz der Allgemeinheit, im Schutz der Verwerterinteressen oder der Institution Wettbewerb zu erkennen sind (weitere Normzwecke, Kap. 5 B.). Nach einer Klärung des Binnenverhältnisses der ermittelten Normzwecke (Verhältnis der Normzwecke zueinander, Kap. 5 C.) werden schließlich die Konsequenzen dargestellt, die sich aus der zuvor erarbeiteten Erweiterung des urheberrechtlichen Regelungszwecks ergeben (Kap. 5 D.). In einem ersten Schritt wird dafür das Potential normzweckorientierten Denkens für das Urheberrecht abstrakt-generell aufgezeigt, um sodann in einem zweiten Schritt konkrete materiell-rechtliche Forderungen für ein stärker nutzerorientiertes Urheberrecht zu formulieren. Hinsichtlich der denkbaren materiell-rechtlichen Konsequenzen werden sich diese Ausführungen allerdings auf eine exemplarische Darstellung der nutzerschützenden Gestaltungsoptionen beschränken. Als Nutzerschutzoptionen werden hier denkbare Reaktionen auf überbordende technische Nutzungsrestriktionen ebenso thematisiert werden wie eine normzweckorientierte Schrankenauslegung und Schrankenausgestaltung oder eine Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzfristdauer. Die Arbeit schließt insofern mit Schlussfolgerungen für die Rechtsentwicklung.

2. Kapitel:

Der Zweck des Urheberrechts im Wandel der Zeit

Der Regelungszweck des Urheberrechts lässt sich nur im Lichte seiner historischen Entwicklung erfassen. Die Funktion dieses Kapitels kann und soll dabei allerdings nicht sein, eine umfassende und vertiefte Abhandlung über die Entwicklung der Schutzbemühungen in Deutschland im Laufe der Zeit zu liefern. Ziel ist es also nicht, den zahlreichen und umfänglichen rechtshistorischen Behandlungen dieser fesselnden Materie eine weitere hinzuzufügen¹⁰. Diese Arbeit möchte vielmehr in den Kapiteln 3 bis 5 ihren Beitrag schwerpunktmäßig zu den rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Überlegungen zur Fortentwicklung der Normzweckbegründung liefern. Es geht ihr darum, rechtsdogmatische und rechtspolitische Konsequenzen aus essentiell veränderten tatsächlichen Rahmenbedingungen zu ziehen.

Vor diesem Hintergrund soll unter Darstellung der zentralen Entwicklungsstränge das Erkenntnisinteresse bei der gleichwohl erforderlichen Rückschau in diesem Kapitel darauf gerichtet sein, wie sich rechtsdogmatisch und rechtspolitisch das heute in Kontinentaleuropa dominierende Konzept vom Urheberrecht als Urheberschutzrecht herausgebildet hat. Dabei gilt es insbesondere der Frage nachzuspüren, ob und – wenn ja – inwiefern die Divergenz von verklärendem rechtstheoretischem Normzweckanspruch und der empirischen Wirkung des bestehenden Schutzrechts nicht erst eine Erscheinung unserer Tage ist. In erster Linie soll aber der These nachgegangen werden, dass sich unser heutiges Verständnis vom Urheberrecht als Urheberschutzrecht keineswegs zwangsläufig aus der Geschichte ergibt, sondern dass auch in der deutschen bzw. (kontinental-) europäischen Entwicklung bereits in der Vergangenheit nutzen- und nutzerorientierte Schutzbegründungen angelegt waren, die das Schutzrecht in einen über den selbstzweckhaften Urheber-Schutz hinausweisenden Nützlichkeitszusammenhang stellten. Die nutzen- und damit auch nutzerorientierte Schutzrechtfertigung soll mithin der rote Faden dieses Kapitels sein.

Um diese Fragen beantworten zu können, bedarf es zunächst einer Klärung des Terminus »Regelungszweck« (A.), ehe unter B. dessen Wandel bis zur rechtstheoretischen Konsolidierung und positivrechtlichen Etablierung des Urheberrechts ideengeschichtlich nachgezeichnet wird. Im Anschluss an die zu konstatierende

10 Siehe nur die Literaturübersichten bei: *Bappert*, Wege zum Urheberrecht, S. 311-317; *Dölemeyer/Klippel*, FS-GRUR, S. 185 ff; *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 249-268 (chronologisch geordnet); *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 11; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 88; Instrukтив auch die von *Dittrich* herausgegebenen Sammelbände »Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?« sowie »Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte«; sowie *Vogel*, Deutsche Urheber- und Verlagsrechtsgeschichte zwischen 1450 und 1850.

grundsätzliche Anerkennung des Urheberrechts als solchem wird sodann unter C. der Berücksichtigung von Schutzwägungen zugunsten der Nutzer und der Allgemeinheit im Laufe der Zeit besondere Aufmerksamkeit gewidmet.

A. Klärung der verwendeten Terminologie

Wenn im Folgenden vom »Regelungszweck« die Rede ist, so ist vorab der Bedeutungsgehalt dieses Begriffs zu klären. Dies erscheint erforderlich, da »Regelungszweck« im juristischen sowie im allgemeinen rechtspolitischen Sprachgebrauch bisweilen synonym mit den Begriffen »Schutzfunktion«¹¹, »Schutzgrund«¹², »Schutzzweck«¹³, »ratio legis«, »Leitgedanke« oder »Aufgabe des Urheberrechts« verwendet wird.

I. Abgrenzung zwischen Zweck und Funktion

Die divergierende Begriffswahl ist nicht unproblematisch, wie der Terminus der »Funktion« illustrieren mag. Bei seiner Verwendung ist zu berücksichtigen, dass er mehr bezeichnet als der engere Begriff »Schutz- bzw. Regelungszweck«, der die Existenz des Urheberrechts rechtfertigt und zugleich dessen Finalität beschreibt. So differenziert *Kur* drei mögliche Funktionsebenen¹⁴: jedes immaterialgüterrechtliche Schutzrecht habe 1. eine abstrakte, idealtypische Funktion, die die Rechtfertigung für das Schutzrecht liefert; es existiere daneben 2. aber auch die »tatsächliche« oder »wirtschaftliche« Funktion eines Schutzrechts für die Bezeichnung der empirisch beobachtbaren Schutzrechtswirkung und es gebe 3. eine rechtliche oder rechtlich geschützte Funktion des Schutzrechts. Mit letzterer werde das normative Leitbild des Schutzrechts erfasst.

An anderer Stelle im juristischen Schrifttum wird – namentlich z.B. durch *Dreier*¹⁵ – weiter präzisiert, dass sich die Wirkungsweise im Gegensatz zum Zweck der Norm als deren Funktion bezeichnen lasse. Der Begriff der Funktion findet somit gleichermaßen Verwendung für den idealtypischen, normativen

11 So z.B. *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23 f., ausgehend von der markenrechtlichen Funktionslehre, die aber im Folgenden die Verwendung des Funktionsbegriffs im Kontext des Immaterialgüterrechts näher erläutert.

12 *Beater*, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 4. *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 11, spricht vom »Geltungsgrund des Urheberrechts«.

13 *Wiebe*, GRUR 1994, 233, 245: »Angesichts der Entwicklung der Informationsgesellschaft erscheint – auch auf europäischer und internationaler Ebene – ein Überdenken des Systems des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts und der zugrundeliegenden Schutzzwecke geboten.«.

14 *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23 f.

15 *Dreier*, Kompensation und Prävention, Teil 1, Kap. 4, I, S. 125.

Zweck und die tatsächliche Wirkungsweise. Die rechtliche Intention und die Wirkung einer Norm im Tatsächlichen sind aber freilich nicht notwendig deckungsgleich. Um der begrifflichen Klarheit willen soll daher mit *Dreier* auf die Verwendung des Begriffs der Funktion in diesem Zusammenhang weitestgehend verzichtet werden¹⁶. Stattdessen soll im Folgenden, soweit möglich, die Rede von (rechtlichem) Zweck und (tatsächlicher) Wirkungsweise sein.

II. Regelungszweck im weitesten Sinne

Letztlich ist den obigen, mitunter austauschbar verwendeten Begriffen gleichwohl ein übereinstimmender Bedeutungsgehalt gemein. Ihnen allen geht es um die Angabe des Grundes für das Bestehen des Urheberrechts, den normativen Sinn des UrhG, um die tragende Rechtfertigung und zentrale Aufgabenzuweisung. Die Frage nach dem Zweck oder den Zwecken eines Gesetzes ist also die seit jeher übliche Frage nach dem Warum eines Gesetzes¹⁷. Die Suche nach dem Warum oder der »ratio« eines Gesetzes ist dabei keineswegs einseitig retrospektiv. Zweckorientiertes Denken bedeutet nämlich, sowohl die Ursache als auch auf Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft ausgerichtet die Finalität (des Urheberrechts) zu erforschen¹⁸.

Rechtsmethodisch ist der Zweck des Gesetzes von ausschlaggebender Bedeutung vor allem für die teleologische Auslegung. Die Zweckauslegung geht im Wesentlichen zurück auf *Jhering*, durch dessen Wirken *Savignys* Auslegungskanon (grammatische, logische, systematische und historische Auslegung) um die sogenannte teleologische Auslegung ergänzt wurde¹⁹. Im Lichte der teleologischen Auslegungsmethode lässt sich der Begriff des Regelungszwecks somit im Sinne einer »ratio legis« auffassen²⁰. Regelungszweck und *ratio legis* sind dabei Synonyme für den durch Auslegung zu ermittelnden Sinn des Gesetzes, also der

16 *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, Teil 1, Kap. 4, I, S. 125, erscheint eine solche doppelte Verwendung des Begriffs der Funktion »wenig glücklich«, und verwendet daher, wenngleich im Kontext des Haftungsrechts, aber nichtsdestotrotz verallgemeinerungsfähig, die Gegenüberstellung von »(rechtlichem) Zweck und (tatsächlicher) Wirkungsweise«.

17 So auch *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. IV., S. 364, in der Ableitung der Auslegungslehre aus der allgemeinen methodischen Rechtsbildungslehre. *Bydlinski*, *Methodenlehre*, S. 114, Fn. 269, mit dem Hinweis darauf, die »seit jeher« übliche »Frage nach der »ratio« (dem Grund oder Zweck) des Gesetzes« freilich nicht für Begriffsjurisprudenz und Reine Rechtslehre (*Kelsen*) Geltung habe.

18 Vgl. *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. IV, S. 365, im Anschluss an *Jherings* zweifaches Zweckverständnis (»causa efficiens« und »causa finalis«).

19 *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. IV., S. 356 und 364, Fn. 189 m.w.N.

20 Vgl. *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, Teil 1, Kap. 4, I, S. 122 ff.; *Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, S. 130: »«Telos» bedeutet Zweck, Ziel; die teleologische Interpretationsmethode ist somit (...) die Auslegungsmethode, die nach dem legislativpolitischen (rechtspolitischen) Zweck, nach der »Finalität«, nach der »ratio legis«, nach der »policy« einer Norm fragt.«.

Bezugspunkt bei der Normauslegung, »wenn eine Lösung, die sich dem Gesetzestext mittels wörtlicher und systematischer Auslegung nicht eindeutig entnehmen läßt, ausgehend vom insoweit unstrittigen Kern der Vorschrift im Lichte von Ziel, Zweck und Funktion einer Regelung (...) zu ermitteln gesucht wird«²¹.

Auf dieses allgemein übliche Verständnis des Zweckbegriffs wird prinzipiell auch im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen abgestellt, wobei freilich nicht vergessen werden darf, dass die der (historisch-) teleologischen Auslegungsmethode zugrundeliegende Vorstellung von der durch den historischen Gesetzgeber vorgegebenen Zweckhaftigkeit von Gesetzen für das Verständnis des Zweckbegriffs im Rahmen einer urheberrechtshistorischen Betrachtung beispielsweise zu den Frühzeiten des naturrechtlichen Begründungsansatzes angesichts fehlender gesetzlicher Kodifizierungen (Beispiel: Privilegienzeitalter) ins Leere läuft. Die Frage nach dem Warum müsste ohne Antwort bleiben, suchte man im historischen Kontext nur die Anknüpfung an den Gesetzestext oder den Willen eines Gesetzgebers. Eine rein positivistische Eingrenzung des Zweckbegriffs ist nicht nur in diesem Zusammenhang daher zu eng²². Auch aus einem anderen Grunde griffe ein allein am historischen Gesetzgeber ausgerichtetes Verständnis des Zweckbegriffs zu kurz. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist nicht nur die Beschäftigung mit dem geltenden Recht wie es ist, sondern auch die Auseinandersetzung damit, wie es sein sollte²³. Die Rechtswissenschaft hat als »Wissenschaft von der *Rechtssetzung*« (Eidenmüller)²⁴ gewichtige Aussagen dazu beizu-

21 Dreier, Kompensation und Prävention, Teil 1, Kap. 4 I, S. 124; Larenz, Methodenlehre, Teil II, Kap. 4, 2., S. 316 ff., 332: »Teleologische Auslegung heißt Auslegung gemäß den erkennbaren Zwecken und dem Grundgedanken einer Regelung. Die einzelne Bestimmung ist im Rahmen ihres möglichen Wortsinns und in Übereinstimmung mit dem Bedeutungszusammenhang des Gesetzes in dem Sinne auszulegen, der den Zwecken der gesetzlichen Regelung und dem Rangverhältnis dieser Zwecke optimal entspricht.«

22 Diese Differenzierung weitet den Blick für ein Grundproblem der juristischen Methodenlehre und der Rechtsphilosophie gleichermaßen, nämlich die Frage, woher die jeweilige *ratio* stammt, dazu Seelmann/Rhinow im Vorwort des Tagungsbandes »Die Bedeutung der »Ratio legis«, Hg. v. Seelmann/Rhinow, S. V: »Ist nur so viel *ratio* im Gesetz, wie der jeweilige Gesetzgeber bewusst hineingelegt hat? Oder kann ein Gesetz auch losgelöst von Systematik und Willen des Gesetzgebers eine eigenständige *ratio* entwickeln?« Seelmann/Rhinow, a.a.O., verweisen darauf, dass die Antwort auf diese Frage »häufig – aber komplizierterweise keineswegs notwendig – in einer Korrelation zur Grundentscheidung für ein eher positivistisches oder ein eher naturrechtliches Rechtsverständnis« stehe. »Wer die Legitimation des Rechts vorrangig in der *auctoritas* sieht, (...) wird mitunter eher die *ratio* in den Zwecksetzungen des historischen Gesetzgebers suchen. Wer für das Recht auch *veritas* reklamiert, wird stärker geneigt sein, nach einem objektiven *telos* des Gesetzes zu fragen.« Diese Problematik soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden, verwiesen wird jedoch auf die eingehende Auseinandersetzung mit dem naturrechtlichen Rechtfertigungsansatz und den in diesem Zusammenhang vom Verfasser verfolgten »kritischen« Positivismus, s. Kap. 4 B II. 1.

23 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 3. Im Gegensatz dazu Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 72 f., 112, der die Rechtswissenschaft auf die Beschäftigung mit den »seienden« Rechtsnormen beschränkt wissen möchte, s. insbesondere S. 71: »(...) die Rechtswissenschaft hat das Recht nicht zu legitimieren, hat die von ihr zu erkennende und zu beschrei-

tragen, 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 Zweck eines Gesetzes gelten sollte. So gesehen fällt der Rechtswissenschaft die Aufgabe zu, einerseits den gesetzten Zweck eines Gesetzes zu ermitteln und zu beschreiben, diesen andererseits aber auch zu überprüfen und rechtstheoretisch voranzutreiben, um dem Gesetzgeber gegebenenfalls Vorschläge zur Klärung oder gar zur Revision der Normzwecke unterbreiten zu können. Wenn im Folgenden also vom Zweck urheberrechtlicher Regulierung die Rede ist, so ist damit keineswegs immer nur der vom historischen Gesetzgeber bewusst gesetzte Zweck gemeint, sondern auf die Gegenwart und Zukunft gerichtet auch der heute tatsächlich bestehende sowie der optimalerweise anzustrebende Zweck.

Vorzugswürdig erscheint mithin ein weites Verständnis des Zweckbegriffs, das nicht nur den subjektiven Willen des Gesetzgebers, sondern auch die objektive *ratio* (z.B. im Falle von nicht-gesetzlichen Regulierungsbemühungen wie beispielsweise beim Privileg)²⁵ zu umfassen vermag. Im Ergebnis lässt sich damit eine zweckorientierte Untersuchung als das Bemühen definieren, (urheberrechtliche) Regulierungsbemühungen mittels der Suche nach ihrem subjektiven wie objektiven Warum und Wofür in einen »Begründungs- und Wirkungszusammenhang«²⁶ zu stellen. Es geht also um die Erfassung der Legitimierungen und Benennung der Erklärungsmodelle für Regulierungsbemühungen zugunsten von Urhebern sowie Nutzern und Verwertern.

Des Weiteren soll im Folgenden der Terminus »Schutzzweck« überwiegend vermieden werden und anstatt seiner soweit als möglich auf die neutraleren Begriffe »Regelungs- oder Normzweck« zurückgegriffen werden²⁷. Gerade im urheberrechtlichen Kontext (mit der dort zuletzt zu beobachtenden problematischen Schutzexpansion) nähme der Begriff des Schutzzwecks zu viel vorweg. Er suggerierte von vornherein ein Schutzbedürfnis, präjudizierte gewissermaßen pauschal die Notwendigkeit einer gesetzlichen Schutzgewährung, obwohl gerade diese nicht nur für die Urheber, sondern auch die Nutzer und Verwerter auf dem Prüfstand steht.

bende normative Ordnung überhaupt nicht (...) zu rechtfertigen«. Siehe auch dazu unter Kap. 4 B. II. 1.

25 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 489.

25 Ausführlich zur subjektiven und objektiven Auslegungsmethode Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 137 ff. Mit der Formulierung »objektive *ratio*« sollen auch jene Beweggründe für eine Regulierung erfasst werden, die Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 153 f., deshalb als »objektiv-teleologische Kriterien« bezeichnen, »weil es bei ihnen nicht darauf ankommt, daß sich der Gesetzgeber ihrer Bedeutung für die von ihm geschaffene Regelung immer bewusst gewesen ist.« (Bsp.: Sachstrukturen des Normbereichs oder der Rechtsordnung immanente Rechtsprinzipien).

26 So Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. IV, S. 365, zur teleologischen Gesetzesauslegung.

27 »Norm« meint dabei freilich nicht die einzelne Regelung, sondern den urheberrechtlichen Normkorpus in seiner Gesamtheit.

Worin die rechtsmethodische und gesetzestechnische Bedeutung von Regelungszwecken besteht und welchen konkreten Nutzen die Anknüpfung an die urheberrechtlichen Regelungszwecke *de lege lata* wie *de lege ferenda* haben kann, wird unten im Rahmen der Untersuchung einer Normzweckerweiterung zu vertiefen sein²⁸.

B. Historische Entwicklung hin zum Urheberschutzrecht

Das Urheberrecht, wie wir es heute kennen, ist ein relativ junges Rechtsinstitut, dessen rechtswissenschaftliche Fundierung im späten 18. Jahrhundert einsetzte und erst im Zuge der positivrechtlichen Anerkennung und der Ergründung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert seinen Durchbruch erlebte²⁹. Nichtsdestotrotz bzw. gerade deshalb lohnt ein Blick auf die Vorgeschichte, vermag sie doch möglicherweise die Idee vom Urheberrecht als Urheberschutzrecht zu relativieren.

I. Von der Antike bis ins Spätmittelalter

Die römische Antike kannte kein dem heutigen Urheberrecht vergleichbares eigenes subjektives Ausschließlichkeitsrecht hinsichtlich einer geistig-schöpferischen Leistung. Es wurde nicht differenziert zwischen dem Eigentum am Gegenstand und der in ihr verkörperten kreativen Geistesleistung³⁰. Vielmehr war das kulturelle Leben geprägt vom Mäzenatentum³¹. Wer den sog. »artes liberales« nachging, hatte gemäß der stoischen Ethik unentgeltlich tätig zu werden; der Lohn für immaterielle Güter war immateriell in Form von persönlichem Ansehen und Prestige³². Dadurch waren kreativ Tätige (mit Ausnahme der bildenden Künstler, deren Arbeit entlohnt wurde, weil man sie als niedere Handwerker ansah³³) abhängig von der Gunst eines Mäzens³⁴. Dieser gewährte ihnen für ihre Arbeit ein ehrbezeugendes Honorar als Be- und nicht als Entlohnung. Maßgeblich war damit weniger die finanzielle Gegenleistung als die Anerkennung der Urhe-

28 Vgl. Kap. 5 D. I. und II.

29 Bappert, Wege zum Urheberrecht, S. 1; Dölemeyer/Klippel, FS-GRUR Bd. I, S. 185, 187; Hilty, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. Dittrich, S. 20, 27; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 89; Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 8, spricht von einer »Jahrtausende währenden Blindheit für den Urheberschutz«.

30 Ann, GRUR Int. 2004, 597, 598.

31 Reh binder, Urheberrecht, Rn. 12: »Die im Manuskript verkörperte geistige Leistung war eine *res extra commercium*.«; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 90.

32 Pahud, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 3.

33 Vgl. Reh binder, Urheberrecht, Rn. 12.

34 Der Begriff geht zurück auf *Maecenas* (70-8 v. Chr.), dem Förderer der Dichter Horaz und Vergil, vgl. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, R. 90.

berschaft, was auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass bereits ein Problembewusstsein für Plagiate vorhanden war³⁵.

Das Mäzenatentum war die »Urform verlegerischer Tätigkeit«³⁶, da der Mäzen von dem einmal erlangten Manuskript auch durch Sklaven Vervielfältigungen vornehmen lassen konnte. Bezeichnenderweise wurden dabei die Mühe und die Kosten des Abschreibens höher bewertet als die schöpferische Leistung³⁷. Dies unterstreicht, wie sehr das kreative Werkschaffen in der römischen Antike in den Dienst der Gemeinschaft gestellt wurde. Geistige Schöpfungen wurden oft nur mündlich verbreitet und wurden deshalb als allgemeines Kulturgut betrachtet, das aufgrund der mündlichen Weitergabe Änderungen ausgesetzt war und dessen Verfasser in der Regel anonym blieben³⁸. Die rechtliche Zuordnung der kreativen Geistesleistung zum Urheber fiel auch deshalb aus, weil man philosophisch den Urheber nicht als Quelle, als Ursprung eines Werkes sah. Die Antike kannte noch nicht die Vorstellung von einem genialisch erzeugend Tätigen, sondern nur den geistig-ästhetische Wirklichkeiten findenden und als Medium empfangenen Künstler (sog. Nachahmungs- und Inspirationstheorie)³⁹. So sah *Plato* die Aufgabe des Künstlers darin, nach der Enthüllung von Wahrheit und Güte, den Bestandteilen des Schönen zu streben⁴⁰. Die eigenpersönlichen Beziehungen des Künstlers zu »seinem« Werk traten damit in den Hintergrund. Später wurde dann die sog. Nachahmungstheorie durch die Vorstellung ergänzt, dass künstlerisches Schaffen auf göttliche Eingebung bzw. Inspiration hin erfolge (Inspirationstheorie)⁴¹. Der Künstler wurde zum Werkzeug oder Sprachrohr der Musen und damit zum Überbringer des Werkes an die Allgemeinheit.

Die Vorstellung vom Künstler als bloßem Medium findet sich in noch ausgeprägterer Form auch im Mittelalter, in dem sie freilich christlich umgedeutet wurde⁴². Das Verständnis des Künstlers als eines bloßen Mittlers zwischen Gott und der Menschheit ließ der Schöpferpersönlichkeit keinen Raum und drängte sie in aller Regel in die Anonymität⁴³. Mithin bietet sich im Mittelalter prinzipiell das

35 Bekanntlich geht unser heutiger Begriff des Plagiats auch auf diese Zeit zurück. Der römische Dichter *Martial* (40-103 n. Chr.) hatte seine Epigramme mit freigelassenen Sklaven verglichen und denjenigen, der seine Gedichte als eigene ausgegeben hatte, einen »plagiarius« (= Menschenräuber) genannt, vgl. *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 12; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 90 u. 252. S.a. *Bappert*, Wege zum Urheberrecht, S. 13 f., 19 (mit Wiedergabe der Originalmetapher).

36 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 12.

37 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 12.

38 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 12; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 3.

39 Vgl. *Bappert*, Wege zum Urheberrecht, S. 22: »Sie (die alte Welt) empfand und erlebte den Höhepunkt geistig-künstlerischen Schaffens nicht als einen solchen der eigenen Gestaltung, der »Erschaffung« des Werks, sondern als einen solchen der Auffindung, Wahrnehmung oder Entgegennahme.«.

40 *Bappert*, Wege zum Urheberrecht, S. 25 m.w.N. zu *Plato* und *Aristoteles*.

41 *Bappert*, Wege zum Urheberrecht, S. 26, der den Gedanken von der göttlichen Lenkung des Dichters auf *Homer* und *Hesiod* zurückführt.

42 *Bappert*, Wege zum Urheberrecht, S. 63 f.; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 4; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 13.

gleiche Bild wie in der Antike: die rechtliche Zuordnung der geistig-künstlerischen Leistung an den kreativ Schaffenden in Form eines subjektiven Ausschließlichkeitsrechts blieb aus⁴⁴. Die Veröffentlichung eines Werkes war nicht etwa Anlass zur Entstehung eines Rechts, sondern umgekehrt, das Vorenthalten eines dem Künstler von göttlicher Hand gegebenen Werks wurde als ein Vergehen an einem natürlichen Anspruch der Allgemeinheit an diesem bewertet⁴⁵.

II. Privilegienzeitalter

Ein wirtschaftlicher Konflikt, der sich im Zuge der Verbreitung der Buchdruckerkunst und damit zunehmender Konkurrenz innerhalb des Buchdruckergewerbes entspann, war dann der primäre Auslöser für das Schutzbedürfnis gegen Nachdrucke⁴⁶. Für dieses wachsende Bedürfnis galt es eine rechtliche Lösung zu finden. Vom Beginn des 16. bis ins späte 18. Jahrhundert bestand die Lösung für Rechte an immateriellen Gütern dabei in der Rechtspraxis fast ausschließlich in Form von ausnahmsweise gewährten Privilegien, die an die Druck- und nicht die Geisteswerke anknüpften⁴⁷.

Privilegien beruhten auf staatlicher Verleihung, wobei bezeichnenderweise das Schutzinteresse grundsätzlich mehr der Vervielfältigungs-/Drucktechnik galt,

43 Bappert, Wege zum Urheberrecht, S. 64; Reh binder, Urheberrecht, Rn. 13.

44 Reh binder, Urheberrecht, Rn. 13; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 91; Ausdruck der Machtlosigkeit der Urheber gegenüber Entstellungen in dieser Zeit ist der Bücherfluch Eike von Repgows in der Vorrede zum Sachsenspiegel (um 1230), mit dem er denjenigen, die sein Werk verfälschten, den Aussatz an den Hals wünschte.

45 Bappert, Wege zum Urheberrecht, S. 92.

46 Reh binder, Urheberrecht, Rn. 14; Rigamonti, Geistiges Eigentum, S. 12; eine allein auf die Erfindung des Buchdrucks ausgerichtete monokausale Betrachtungsweise greift dabei freilich zu kurz. Hilty, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. Dittrich, S. 20, und Schricker-Vogel, Urheberrecht, Einl. Rn. 52, betonen daher auch Humanismus und Renaissance als maßgebliche Impulsgeber für eine veränderte Sichtweise des geistig-schöpferisch tätigen Individuums.

47 Auf die namentlich von Pohlmann in den 1960er Jahren angestoßene Diskussion zum vermeintlich urheberrechtlichen Charakter der Privilegien soll hier nicht weiter eingegangen werden. Eine instruktive Übersicht zum Meinungsstand liefert Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 67-72, m.w.N. zu den diversen Schriften Pohlmanns und der Gegenmeinung Bapperts. Krit. auch Wadde, Geistiges Eigentum, S. 64 u. 119 ff. Die besseren Argumente, insbesondere die Rechtsstellung des »Urhebers« und die Anknüpfung an die Drucklegung und nicht an die Werkschöpfung, sprechen aber trotz des zu beobachtenden Bewusstseins für das persönlichkeitsrechtliche Element des Veröffentlichungsrecht des Autors wohl dagegen, Privilegien urheberrechtlichen Charakter im heutigen Sinne zuzusprechen.

denn dem Autor als Individuum⁴⁸. Der Beweggrund des Gewerbeschutzes findet sich auf den ersten Blick besonders ausgeprägt in Gestalt der Druckerprivilegien und mehr noch bei den Nachdruckverboten⁴⁹, die den Drucker und nicht den Autor schützten⁵⁰. In den Erteilungsmotiven werden entsprechend regelmäßig die Arbeit, die Mühe und die aufgewendeten Kosten des Druckers gewürdigt (Investitions-, Belohnungs- bzw. Gewerbeschutzzweck)⁵¹. Die später aufkommenden Autorenprivilegien können nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch bei ihnen prinzipiell nicht die geistig-schöpferische Leistung des Autors Anknüpfungspunkt für die Privilegien war, sondern weiterhin die beabsichtigte oder bereits vollzogene Drucklegung⁵².

Der Hervorhebung verdient, dass sich die Beweggründe für die Privilegienvergabe keineswegs in einem Schutz der Partikularinteressen des Druckergewerbes erschöpften. Im Gegenteil: Ordnet man diesen Effekt des Privilegienwesens in den größeren Zusammenhang des seinerzeitigen politischen und ökonomischen Systems ein, so ergibt sich ein wesentlich anderes Bild. Ziel des aufgeklärt-absolutistischen Staates mit merkantilistischer Wirtschaftsordnung war die Schaffung einer sittlichen Ordnung des Gemeinwesens, die Etablierung einer »guten Policy«⁵³. Maßgeblich für die Vergabe von Privilegien waren danach die Erfordernisse der »salus publica«. Druckprivilegien wurden nur dann verliehen, wenn sich der Landesherr vom jeweiligen Druckvorhaben einen überwiegenden Nutzen für

48 Hansen, Urheber-, Verlags- und Preßrecht, S. 2; Reh binder, Urheberrecht, Rn. 15 und Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 93, bringen als Beispiel das erste Privileg, das die Stadt Venedig 1469 einem Johann von Speyer erteilte, der die Buchdruckerkunst in Venedig eingeführt hatte. Auch Hilty, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. Dittrich, S. 20, 23, betont die anfängliche Nähe der Druckerprivilegien zu den Erfinderprivilegien, den »patentähnlichen Charakter«, so eine Formulierung von Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, 11.

49 Dazu Hilty, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. Dittrich, S. 20, 28.

50 Ohly, JZ 2003, 545, 548, m.w.N.; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 93, illustriert diese vorrangige Begünstigung der Verwerter anhand des ältesten bekannten deutschen Privilegs aus dem Jahre 1501 für Conrad Celtis, dessen Gegenstand eine Edition von Gedichten der Hrotsvitha von Gandersheim war, von Gedichten also, die bezeichnenderweise bereits im 10. Jahrhundert entstanden waren.

51 Vgl. Hilty, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. Dittrich, S. 20, 22; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 95; Schricker-Vogel, Urheberrecht, Einl. Rn. 55; abgedruckte Privilegien finden sich u.a. bei Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 41 ff., der von einem alle Druckprivilegien bestimmenden »Ertrags- und Lohnsicherungsgedanken« (S. 61) spricht.

52 Hilty, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. Dittrich, S. 20, 24; Schricker-Vogel, Urheberrecht, Einl. Rn. 56.

53 Vgl. Dölemeyer/Klippel, FS-GRUR, Bd. I, S. 185, 193, mit ihrem Plädoyer für eine Zusammenschau der Wirtschafts-, Sozial- und politischen Theoriegeschichte in dieser Frage; Rigamonti, Geistiges Eigentum, S. 13.

das Gemeinwesen versprach⁵⁴. Dieser historische Kontext relativiert den Gedanken des Druckergewerbeschutzes und macht den Blick frei für seine Einordnung als Mittel zur Erfüllung des Staatszwecks des Gemeinwohls⁵⁵.

Gerade die vom gemeinen Recht abweichenden und nicht nur bestätigenden Privilegien, die deshalb einer expliziten Rechtfertigung bedurften, sind insoweit, wie *Gieseke* betont, wegen des Rückgriffs auf allgemeine, staatspolitische Grundsätze besonders aussagekräftig⁵⁶. Zum Ausdruck kam die Orientierung an der »salus publica« daher nicht nur im merkantilistisch motivierten (Leistungs-) Schutz des einheimischen Gewerbes und in der Instrumentalisierung für Zensurzwecke (»Bücheraufsicht«)⁵⁷, sondern auch in der Förderung von Wissenschaft und Kunst (Schutzzweck der Wissenschafts- und Kunstförderung)⁵⁸. Besonders deutlich wird dieser gemeinnützige Zweck der Wissenschaftsförderung im sog. Peutinger-Privileg von 1511⁵⁹. Darin heißt es bereits in der sog. »arenga«, also der Angabe der allgemeinen Beweggründe für die Privilegienvergabe: »Wir sind denen besonders gewogen, die das Studium der Wissenschaften pflegen; unser außerordentlicher und hervorragender Dank gilt jedoch denen, durch deren Fleiß täglich Schriftwerke und Urkunden von ehrwürdigem Alter entdeckt werden und die diese Texte (...) zum allgemeinen Nutzen ans Licht bringen.«. Hinzuzufügen ist: in guter Druck- und Papierqualität, damit die gedruckten Werke auch ihre Gemeinnützigkeit entfalten konnten. Sinnfällig wird der gemeinwohlbezogene Schutzzweck auch darin, dass der Souverän aus Gründen des Gemeinwohls Privilegien widerrufen konnte⁶⁰. Zudem liefert die Einbettung in das übergeordnete System »guter Policy« auch einen Grund dafür, warum es neben einem unerlaubten auch aus Gründen des Gemeinwohls einen erlaubten und im Dienste der Aufklärung erwünschten Nachdruck gab⁶¹. Die (freilich nicht unumstrittene) Förderung des Nachdrucks ist damit keineswegs ein Paradoxon, sondern nur folgerichtiges Ergebnis einer Wirtschaftspolitik absolutistischer Staatsgebilde, die darauf abzielte, Bücher zum gemeinen Wohl zu verbilligen und die Einfuhr von Büchern

54 Vgl. *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 14; *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 60.

55 *Dölemeyer/Klippel*, FS-GRUR, Bd. I, S. 185, 191 ff.

56 *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 60.

57 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 16; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 95. *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 14, sieht den partiellen Interessenschutz zugunsten der Drucker und Verleger sogar als ausgesprochenen »Nebeneffekt im Gesamtsystem des Privilegienwesens, namentlich im Vergleich zur übermächtigen Bedeutung von Zensurfragen«.

58 *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 61 ff.

59 Eine Übersetzung der wesentlichen Passagen findet sich bei *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 61, demzufolge das Anliegen der Wissenschafts- und Kunstförderung in mehreren Privilegien betont wurde.

60 *Dölemeyer/Klippel*, FS-GRUR, Bd. I, S. 185, 192.

61 *Dölemeyer/Klippel*, FS-GRUR, Bd. I, S. 185, 193.

zu vermeiden, um so den Reichtum des merkantilistisch wirtschaftenden Staates zu mehren⁶².

Der einzelfallbezogene Verleihungscharakter der Privilegien hat letztlich stark zur Heterogenität ihrer Erteilungsmotive beigetragen⁶³. Die Aufsplitterung in im jeweiligen Kontext divergierende kaiserliche, reichsständische oder kirchliche Monopol-, General- oder Spezialprivilegien mit wechselnden Adressaten erschwert so maßgeblich die Bestimmung eines einheitlichen Zwecks der Privilegien – bzw. macht sie sogar unmöglich⁶⁴. Falsch wäre es in jedem Fall aber, die Privilegien auf einen rein gewerblichen Schutzzweck zugunsten der Drucker reduzieren zu wollen. Dies griffe wesentlich zu kurz und blendete die ausgeprägte Berücksichtigung des Gemeinwohls bei der Privilegiengewährung aus⁶⁵.

III. Von der Privilegienpraxis zum Verlagseigentum

Mit der Lehre vom Verlagseigentum entwickelte sich ein privilegienunabhängiges gewerbliches Schutzrecht für die Verleger⁶⁶. Es handelte sich um einen Begründungsversuch des Buchdruckergewerbes. Als Entstehungsort wird die »Stationer's Company« gesehen, eine 1556 in London gegründete Buchhändlergilde⁶⁷. Der Entwicklungsschritt hin zum privilegienunabhängigen Recht, zum ausschließlichen Druck als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, basierte wiederum auf dem Bedürfnis der Drucker und Verleger, Schutz für die von ihnen getätigten Investitionen zu erhalten. Die Tatsache, dass insbesondere der

62 Dölemeyer/Klippel, FS-GRUR, Bd. I, S. 185, 193 f.: »Privilegien für Nachdrucker nicht (...) systemwidrig«. Zur Nachdruckdiskussion s.a. Kiesel/Münch, Gesellschaft und Literatur im 18. Jahrhundert, S. 132 ff.

63 Schricker-Vogel, Urheberrecht, Einl. Rn. 55; Siehe aber auch Wadle, Geistiges Eigentum, S. 124 ff., der vor der Klassifizierung als Einzelfallregelung warnt und die Prämisse einer konstitutiven Wirkung der Privilegienvergabe, ihre rechtserzeugende Kraft, teilweise in Frage stellt. Wadle will vielmehr die Methode, auf den Spuren Pohlmanns von den Privilegien auf vorab bestehendes Gewohnheitsrecht zu schließen, nicht von vornherein ablehnen. Am Umstand der uneinheitlichen Erteilungspraxis vermag dies nichts zu ändern, vielmehr erschwert der Rekurs auf zumeist schriftlich nicht fixierte gewohnheitsrechtliche Sätze die Systematisierung noch.

64 Vgl. Schricker-Vogel, Urheberrecht, Einl. Rn. 55, der folgende Zwecke identifiziert: Gewerbeförderung, Investitions- und Gewerbeschutz, Leistungsanreiz und Belohnung.

65 Vgl. Pahud, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 6.

66 Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 93 f.; Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, 13 f.; Rigamonti, Geistiges Eigentum, S. 15 ff.; Schricker-Vogel, Urheberrecht, Einl. Rn. 58.

67 Reh binder, Urheberrecht, Rn. 20, der das heutige »Copyright« begrifflich darauf zurückführt, dass man seinerzeit im Rahmen der benannten Buchhändlergilde den Inhaber des ausschließlichen Verlagsrechts als »owner of copy« bezeichnete.

Erstdruck nicht privilegierter Drucke ein hohes wirtschaftliches Risiko barg⁶⁸, führte ab dem 16. Jahrhundert zum Anerkenntnis eines – unabhängig von einer Privilegierung bestehenden –, eigentumsähnlichen Rechts des Verlegers auf »Vervielfältigung und Verbreitung« eines von ihm erstmals verlegten Werks⁶⁹. Dieses originäre Recht des Verlegers stand unter dem Vorbehalt der rechtmäßigen Erlangung des Manuskripts⁷⁰. Es erlosch, wenn von dem Druckrecht kein regelmäßiger Gebrauch gemacht wurde⁷¹. Indem dieses Verlegerrecht also an seine ständige Ausübung gekoppelt wurde und nur solange bestand, wie die Verleger-tätigkeit zu einem Nutzen für das Gemeinwesen führte⁷², kam mithin auch in der Theorie vom Verlags Eigentum der bereits aus dem Privilegienzeitalter bekannte Zweck der »salus publica« zum Tragen⁷³.

IV. Vom Verlags Eigentum zum Autoreneigentum als Theorie der Naturrechtslehre

Gegen Ende des 17. Jahrhunderts setzte sich dann der Manuskripterwerb (»cum titulo oneroso«) als allgemein anerkanntes Erfordernis durch⁷⁴, was dazu führte, dass sich auch das Augenmerk der Rechtsgelehrten vom Verleger zum Autor verschob⁷⁵. Diese begannen nun die Begründung für das Nachdruckverbot nicht weiter aus einer in der Person des Verlegers entstehenden Berechtigung, sondern aus einem auf den Verleger übertragenen natürlichen Recht des Autors herzuleiten⁷⁶. Die für die Ausbildung des urheberzentrierten Paradigmas nicht zu unterschätzende Bedeutung der Vorstellung vom Autoreneigentum bestand somit darin, dass mit ihr erstmals – zumindest in der Theorie – der Urheber als Schutzsubjekt

68 Hilty, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. Dittrich, S. 20, 24 f., führt als weitere Ursachen für die Ausbildung des Verlags Eigentums gedankens die »Verflachung der Erteilungsgrundsätze für Privilegien (...) und die Tatsache, daß der Schutz vor allem von Generalprivilegien sogar auf bereits früher gedruckte Werke ausgedehnt wurde« an.

69 Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 93; Rigamonti, Geistiges Eigentum, S. 15 ff.; Schricker-Vogel, Urheberrecht, Einl. Rn. 58. S.a. Hilty, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. Dittrich, S. 20 ff., der sich ausführlich mit dem generellen Nachdruckverbot des Basler Rates vom 28.10.1531 beschäftigt, in dem der Verlags Eigentums gedanke seinen ersten – urkundlich dokumentierten – rechtlichen Niederschlag fand.

70 Rigamonti, Geistiges Eigentum, S. 15 f., der betont, dass sich dieser Erwerb keineswegs auf terminologisch nicht dem damaligen Rechtsverständnis entsprechende »Vervielfältigungsrechte«, sondern auf das Sacheigentum am Manuskript bezog.

71 Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 93 ff.; Schricker-Vogel, Urheberrecht, Einl. Rn. 58.

72 Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 95; Rigamonti, Geistiges Eigentum, S. 16.

73 So Rigamonti, Geistiges Eigentum, S. 16.

74 Gieseke, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 117.

75 Rigamonti, Geistiges Eigentum, S. 18.

76 Gieseke, Urheberrecht, S. 115; Rigamonti, Geistiges Eigentum, S. 18.

ins Zentrum gerückt wurde, auch wenn hinsichtlich des Schutzobjekts noch nicht zwischen dem Sacheigentum am Manuskript und dem darin verkörperten gedanklichen Inhalt differenziert wurde. Letzterer, für das heutige Urheberrechtsverständnis so maßgebliche Schritt blieb der Lehre vom Geistigen Eigentum vorbehalten.

Zur Begründung der nunmehr angenommenen Berechtigung des Autors wurde die ursprünglich ausschließlich für das Sacheigentum entwickelte Arbeitstheorie von *John Locke* herangezogen, der zufolge jedem Menschen ein natürliches Recht an den Früchten seiner Arbeit zusteht. *Locke* formulierte: »For this *Labour* being the unquestionable Property of the Labourer, no Man but he can have a right to what that is once joyned to, at least where there is enough, and as good left in common for others.«⁷⁷. *Lockes* Theorie sah dabei also keineswegs ein unbeschränktes Herrschaftsrecht vor: »The same Law of Nature, that does by this means give us property, does also *bound* that Property too.«⁷⁸.

Weiterhin ging es jedoch primär darum, die ökonomischen Interessen der Verleger zu sichern. Auch die rechtstheoretische Konstruktion über das Autoreneigentum diene – wie schon zuvor die Theorie vom Verlagseigentum – einzig der Etablierung eines privilegienunabhängigen Nachdruckverbots zugunsten der Verleger⁷⁹. »Der Verlegerschutz kraft Verlagseigentums wurde zum Verlegerschutz kraft eines vom Autor abgeleiteten Verlagsrechts.«⁸⁰. Der Schutz der Autoren blieb damit ein nur nachgeordneter Nebeneffekt⁸¹. Die Bezeichnung als Theorie vom Autoreneigentum ist insofern leicht irreführend.

Wie ein Abbild der heutigen rechtspolitischen Gemengelage wirkt die damalige, wegweisende Rechtsentwicklung in England. Hier hatte das sog. Statute of Anne schon im Jahre 1709 den Kreis der potentiellen »owners of the copy« von den Verlegern auf die Autoren erweitert. Die rechtspolitische Durchsetzung eines ewigen »common law copyright« zugunsten der Autoren war jedoch nicht altruistisch motiviert, denn die Verleger ließen es sich regelmäßig abtreten und stärkten auf diese Weise letztlich vor allem ihre eigene Position. Die naturrechtliche Eigentumslehre diene also auch hier letztlich weniger den Autoreninteressen,

77 *Locke*, Two Treatises of Government, II § 27, S. 306 (Hervorhebung im Original). Eingehend zu den Grundlagen und der Rezeption des Lockeschen Denkens *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 20 ff.

78 *Locke*, Two Treatises of Government, II § 31, S. 308 (Hervorhebung im Original).

79 *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 20.

80 So *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 20; *Hilty*, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. *Dittrich*, S. 20, 27.

81 *Quaedvlieg*, IIC 1998, 420, 427 f.: »As copyright history very clearly shows, the origin of copyright law is the regulation, by the authorities, of competition, not between authors, but between publishers (...) When it came to the creation of modern copyright laws in the 18th century, the driving forces behind this were still the publishers, despite the insistence with which the natural rights of the author were invoked. The circumstance that during the 19th century, the author emerged increasingly as copyright's central player never changed the fact that the publishing industry was still there in the background, and that the rationales for the protection of that industry had not changed.«.

denn der Verlagsbranche, die auf diesem Wege eine Begründung für die erwünschte Ausschließlichkeit und Übertragbarkeit des Verlagsrechts fand⁸².

V. *Lehre vom geistigen Eigentum im 18. und 19. Jahrhundert*

Die eigentliche rechtstheoretische Hinwendung zum Urheber weg vom Verleger erfolgte somit – auch unter dem Eindruck der Aufklärung und einem wachsenden Selbstbewusstsein des Bürgertums im Zuge des Liberalismus⁸³ – erst auf Grundlage der Lehre vom geistigen Eigentum im Laufe des 18. Jahrhunderts⁸⁴. Zwar knüpfte auch sie zunächst noch am Nachdruck von Schriftwerken an, immerhin führte sie aber in einer Fortentwicklung der Arbeitstheorie *Lockes* zu der Vorstellung eines vorgegebenen Rechts des Urhebers an seiner *geistigen* Arbeit. Was für manuelle Arbeit gilt, habe erst recht Gültigkeit für »geistige Arbeit«, bei der die schöpferische Tätigkeit im Werk in Erscheinung trete. Daher habe der kreativ Tätige ein natürliches Eigentumsrecht an einem durch seiner Gedanken Arbeit erschaffenen Werk⁸⁵. Mit der Einsicht in die Unkörperlichkeit des Schutzobjekts, anders formuliert: mit der Differenzierung zwischen dem Sacheigentum am Manuskript und dem geistigen Eigentum an der darin verkörperten Werkschöpfung, wurde der maßgebliche Schritt hin zum heutigen Urheberrechtsdenken vollzo-

82 *Bappert*, Wege zum Urheberrecht, S. 256; *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 20.

83 Ausführlicher dazu *Luf*, Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluß auf das Urheberrecht, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. *Dittrich*, S. 9 ff., der insbesondere auch die »Verbürgerlichung« oder »Autonomisierung« der künstlerischen Produktion, also die Emanzipation von höfischen Bindungen und die Tendenz hin zum »freien Schriftsteller« als maßgebliche Faktoren anführt. *Luf* verweist ferner auf die massive Steigerung von Bücherproduktion und damit Büchernachdruck (insbes. in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts) infolge verbesserter technischer Reproduktionsbedingungen. Dieser Gesichtspunkt habe zu einem allgemein erhöhten rechtlichen Regelungsbedarf geführt. Näher zu den allgemeinen geistesgeschichtlichen Einflüssen zugunsten einer am Individuum (des Urhebers) orientierten Betrachtungsweise auch *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 13 ff.

84 Als wegweisende Monographie ist die 1774 erschienene Arbeit *Pütters*, Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts geprüft, hervorzuheben. Näher zur Lehre vom geistigen Eigentum auch *Hilty*, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. *Dittrich*, S. 20, 27; *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 22 ff. und passim; *Schricker-Vogel*, Urheberrecht, Einl. Rn. 59 ff.

85 *Ohly*, JZ 2003, 545, 548; *Hughes*, 77 Georgetown Law Journal 287, 296 ff. (1988); *Luf*, Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluß auf das Urheberrecht, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. *Dittrich*, S. 9, 12 f., der betont, dass die Umsetzung der philosophischen Vorstellungen *Lockes* sich gerade in Deutschland keineswegs als linearer Prozess gestaltete. Ausführlich zur Rezeptionsgeschichte zuletzt *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 63 ff.

gen⁸⁶. Auch wenn sich ideengeschichtlich letztlich der Liberalismus mit seinem vom Individuum her gedachten freiheitlichen Eigentumsverständnis durchzusetzen vermochte⁸⁷, darf nicht vergessen werden, dass die Verwurzelung der Lehre vom geistigen Eigentum in den Ideen der Aufklärung eindeutig über ein rein individualistisches Ideal hinauswies. So verband sich in der Lehre vom geistigen Eigentum die vom Liberalismus propagierte Freiheit des Individuums mit der im Geiste der Aufklärung eingeforderten Verbreitung des vernunftgeleiteten Denkens und der Förderung einer geistigen Auseinandersetzung, die von der Gefahr der Zensur, die vom Privilegienwesen ausging, befreit war⁸⁸. Dieses mehrdimensionale Schutzbestreben lässt sich beispielsweise festmachen an der französischen Revolutionsgesetzgebung von 1791 bzw. der in ihrem Rahmen getätigten und häufig aufgegriffenen Äußerungen von *Le Chapelier*. Einerseits betonte *Le Chapelier* voller Pathos, dass das Werk die »heiligste, unangreifbarste und persönlichste Form des Eigentums« sei⁸⁹. Verfolgt man seine Äußerung weiter, wird – wie namentlich *Geiger* betont – andererseits deutlich, dass sich diese strenge individualistische Sichtweise nur auf unveröffentlichte Werke bezog. Mit der Veröffentlichung übertrage der Urheber sein Eigentum nämlich der Öffentlichkeit, die das Werk in Besitz nehme⁹⁰. Das Schutzrecht wurde somit ganz im Geiste der Aufklärung und unter utilitaristischen Erwägungen in den Dienst der Allgemeinheit gestellt, was sich auch in der zunächst auf fünf Jahre begrenzten Schutzfrist post mortem auctoris widerspiegelte⁹¹.

In der Rechtspraxis blieb die Lehre vom Geistigen Eigentum auch nach ihrer vollen Entfaltung Ende des 18. Jahrhunderts zunächst folgenlos. Hier war man nach wie vor auf den Privilegienschutz angewiesen, da sich die Vorstellung von einem natürlichen Recht des Urhebers an seinem Werk noch nicht allgemein

86 *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 22 ff.; Bezüglich der Differenzierung zwischen der körperlichen Substanz und dem geistigen Inhalt sowie zwischen Form und Inhalt der in einem Werk vorgetragenen Gedanken war namentlich der 1793 erschienene Beitrag *Fichtes*, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, erstmals erschienen in *Berlinische Monatsschrift* Bd. 21 (1793), 443 ff., Nachdruck in *UFITA* 106 (1987), 155 ff., wegberreitend; *Schricker-Vogel*, Urheberrecht, Einl. Rn. 63. Zu den Beiträgen *Hegels* und *Schopenhauers*, von denen v.a. letzterer den Unterschied zwischen Sacheigentum und geistigem Eigentum herausgearbeitet hat, vgl. *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 30.

87 Näher zum Einfluss des politischen und ökonomischen Liberalismus auf den Eigentumsbegriff des Naturrechts *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 22 f.

88 *Davies*, Copyright and the public interest, S. 354; *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 124 f.; *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 816.

89 Zitiert nach *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 816, Fn. 8.

90 So *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 816, Fn. 8, der kritisiert, dass diese zweite Dimension oft »bewusst unterschlagen« wird; s.a. *Ginsburg*, 147 RIDA 1991, 125, 159 sowie *Davies*, Copyright and the public interest, S. 136 f.

91 *Davies*, Copyright and the public interest, S. 137: «(...) after that fixed period, the property of the public begins, and everybody should be able to print and publish the works which have helped to enlighten the human spirit.» Für das vollständige Originalzitat von *Le Chapelier* siehe *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rn. 58.

durchgesetzt hatte⁹². Erst die zögerliche positivrechtliche Anerkennung durch den Gesetzgeber verhalf dem Urheberschutz im Wege der Lehre vom geistigen Eigentum und damit dem urheberzentrierten Paradigma allmählich zum Durchbruch⁹³. An dieser Stelle zeigt sich im Übrigen mit dem teilweise weit bis ins 19. Jahrhundert reichenden, dramatischen Auseinanderklaffen von Rechtstheorie und Rechtspraxis, also mit der von Liberalismus und Idealismus geprägten Überhöhung des individuellen Schöpfers einerseits und einer mittels Privilegien und strafrechtlich bewehrten Nachdruckverbote die Verwerterseite begünstigenden Rechtspraxis andererseits, ein Phänomen, das ähnlich auch heute zu beobachten ist⁹⁴.

Auch in rechtsdogmatischer Hinsicht stieß die Lehre vom geistigen Eigentum bereits in der Mitte des 19. Jahrhunderts auf erbitterten Widerstand⁹⁵. So wurde teilweise in Reaktion auf die zögerliche gesetzliche Umsetzung der geistigen Eigentumslehren die Berechtigung des Urhebers nur als bloßer Reflex strafrechtlicher Nachdruckverbote verstanden. Die sog. »Reflextheorie« negierte damit das Bestehen eines originären subjektiven Rechts des Urhebers – wie es die Lehre vom geistigen Eigentum beanspruchte – und versuchte, den Schutz der Urheberinteressen strafrechtlich zu konstruieren⁹⁶. Auch lehnte die Pandektenwissen-

92 Vgl. *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, S. 158 ff.; *Rehbinder*, Kein Urheberrecht ohne Gesetzesrecht, in: *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?* Hg. v. *Dirtrich*, S. 99, 101, konstatiert ein »deutliches Nord-Süd-Gefälle« hinsichtlich der Rechtsüberzeugung in der Bevölkerung von der Notwendigkeit eines Urheberschutzes; *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 26: »Die praktische Umsetzung scheiterte vorerst daran, dass sich die Eigentumslehren als Lösung eines Problems präsentierten, das von den Trägern der politischen Macht nicht überall als Problem wahrgenommen wurde.«.

93 *Rehbinder*, Kein Urheberrecht ohne Gesetzesrecht, in: *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?* Hg. v. *Dirtrich*, S. 99 ff. England vollzog diesen Schritt mit dem Statute of Anne bereits 1709 und Frankreich im Zuge der Revolutionsgesetzgebung in den Jahren 1791/93. Deutschland folgte erst 1835 mit einem Beschluss der Bundesversammlung des Deutschen Bundes nach, demzufolge die Mitgliedstaaten vom Privilegienwesen Abstand zu nehmen und einen generellen »Urheberrechtsschutz« einzuführen hatten (die Rede war vom Schutz des »schriftstellerischen Eigentums«, die Bezeichnung als »Urheberrecht« wurde laut *Rehbinder*, a.a.O., erstmals im bayerischen Gesetz von 1865 verwandt), s.a. in der Folge das Königlich Preußische Gesetz vom 11. Juni 1837 zum Schutze des Eigentums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung.

94 Auf diesen Umstand wird im Kap. 3 im Rahmen der Untersuchung des Revisionsbedarfs bei der Normzweckbegründung näher einzugehen sein.

95 *Schricker-Vogel*, Urheberrecht, Einl. Rn. 69, spricht von einer »Krise der Theorie vom geistigen Eigentum« in der Mitte des 19. Jahrhunderts.

96 Vgl. *Schricker-Vogel*, Urheberrecht, Einl. Rn. 69; näher *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 30 f., der angesichts der ersten Kodifizierungswelle in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts, die sich noch weitgehend auf die Klärung verlagsrechtlicher Probleme beschränkte und das Privilegienwesen nur durch strafrechtliche Nachdruckverbote ersetzte, in der Reflextheorie eine »durchaus akkurate Analyse der damaligen Rechtslage« erkennt, die sich einzig aufgrund ihres für die damalige Zeit zu positivistischen Rechtsverständnisses und ihrer Inkompatibilität mit dem Liberalismus, der eine zivil- und nicht eine strafrechtliche Lösung des Nachdruckproblems begünstigte, nicht durchzusetzen vermocht habe.

schaft, also jene maßgebliche Strömung der deutschen Zivilrechtslehre im 19. Jahrhundert, die das römische Recht der Pandekten aufbereitete, den Begriff des »geistigen Eigentums« als unwissenschaftlich und unjuristisch ab, weil er sich nicht mit dem römischrechtlichen Eigentumsbegriff vereinbaren ließ, der sich auf Sachen beschränkte⁹⁷. Da der Zivilrechtswissenschaft mit ihrer formalistischen Fixierung auf das Sacheigentum somit der Weg über das Eigentum verschlossen war, bedurfte es einer alternativen dogmatischen Erfassung des Urheberrechts über die Persönlichkeit des Urhebers. Die entsprechende dogmatische Antwort erfolgte in Gestalt der Lehre vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht, mit der sich durch die besonders enge Verknüpfung persönlicher, ideeller Interessen des Urhebers mit dem Urheberrecht ein folgenschwerer Sonderweg der deutschen Urheberrechtslehre abzuzeichnen begann⁹⁸, der noch heute in Gestalt des Monismus der Fortentwicklung und internationalen Harmonisierung des Urheberrechts entgegensteht.

VI. Lehre vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht

Die Vertreter des persönlichkeitsrechtlichen Begründungsansatzes, namentlich *Johann Caspar Bluntschli*⁹⁹, *Carl Gareis*¹⁰⁰ und *Otto von Gierke*¹⁰¹ (unter expliziter Bezugnahme auf *Kant*¹⁰²), verstanden das (Geistes-) Werk als Teil der Persönlichkeitssphäre des Urhebers und das Urheberrecht somit als ein »in seinem ganzen Umfang (...) aus geistiger Schöpfung fließendes Persönlichkeitsrecht«¹⁰³. Auch die vermögensrechtliche Komponente wurde mithin als bloßer Ausfluss des persönlichkeitsrechtlich begründeten Urheberrechts aufgefasst¹⁰⁴.

Diese persönlichkeitsrechtliche, idealistische Sichtweise erlaubte eine vertiefte Durchdringung der an den ideellen Interessen der Urheber anknüpfenden Fragestellungen, die bei einer rein vermögensrechtlichen Betrachtungsweise naturgemäß ausgespart bleiben¹⁰⁵. Auf diese Weise leistete die Lehre vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht einen wesentlichen Beitrag zur Ausbildung der

97 *Lange*, Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigentum, Schoenebeck 1858, Nachdruck in: UFITA 117 (1991), 169, 176 ff.

98 Vgl. *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 51, der diese Entwicklung über das Persönlichkeitsrecht als »folgenschweren Umweg« bewertet. Auch *Hilty*, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. *Dittrich*, S. 20, 27, erkennt darin einen »Umweg«.

99 Zu *Bluntschli* siehe *Rehbinder*, UFITA 123 (1993), 29 ff.

100 Zu *Gareis* siehe *Rehbinder*, UFITA 129 (1995), 69 ff.

101 *Gierke*, UFITA 125 (1994), 103, 116.

102 Vgl. *Kants* Ausführungen zur »Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks«, Nachdruck in UFITA 106 (1987), 137 ff.

103 *Gierke*, UFITA 125 (1994), 103, 116.

104 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 29.

105 *Hilty*, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. *Dittrich*, S. 20, 27.

Urheberpersönlichkeitsrechte und schärfte das Bewusstsein, dass gerade das individuell-geistige Schaffen einer Persönlichkeit einer der wesentlichen den Urheberschutz tragenden Geltungsgründe ist¹⁰⁶.

Das dogmatische Verständnis vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht rückte die Person des Urhebers aber zugleich vollends als Schutzsubjekt ins Zentrum und führte mit der Gleichsetzung von Urheber-Schutz und Urheberrecht zu einer weiteren Konsolidierung des bis heute nicht überwundenen urheberzentrierten Paradigmas¹⁰⁷. Die zu einseitige Überbetonung der persönlichkeitsrechtlichen Natur des Urheberrechts zu Lasten der in der Rechtswirklichkeit dominierenden vermögensrechtlichen, sprich: verwertungsbezogenen finanziellen Aspekte, führte letztlich noch im 19. Jahrhundert zur Überwindung des rein persönlichkeitsrechtlichen Ansatzes zugunsten einer vermittelnden Auffassung in Gestalt der dualistischen Theorie vom Immaterialgüterrecht.

VII. Dualistische Theorie vom Immaterialgüterrecht

Im Anschluss an Überlegungen von *Fichte*¹⁰⁸, *Hegel* und *Schopenhauer*¹⁰⁹ war es *Kohler*, der die Theorie vom Immaterialgüterrecht in der deutschen Urheberrechtslehre verankerte¹¹⁰. Ausgehend von der Erkenntnis, dass das Urheberrecht weder reines Vermögens- noch reines Persönlichkeitsrecht ist, führt die Immaterialgüterrechtstheorie die vermögensrechtliche und die persönlichkeitsrechtliche Schutzkomponente in einem dualistischen Ansatz zusammen¹¹¹. Zu diesem Zwecke abstrahierte *Kohler* das Urheberrecht in Abgrenzung zum persönlichkeitsrechtlichen Ansatz von der Persönlichkeit des Urhebers und wertete es als »ein Recht an einem außerhalb des Menschen stehenden, aber nicht körperlichen, nicht faß- und greifbaren Rechtsgute« mit einem »künstlerischen Gebilde« als immateriellen Schutzgegenstand¹¹². Die »philosophische Begründung des Eigentums und des Immaterialrechts« erkannte *Kohler* unter Berufung auf *Locke* der-

106 Vgl. *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 37.

107 Auch *Dietz*, Urheberrecht im Wandel, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. *Dittrich*, S. 200, 201, erkennt den entscheidenden Paradigmenwechsel darin, »daß, über die ursprüngliche Konzeption vom geistigen Eigentum hinausgehend, die Figur des Urhebers als Schöpfer des Werkes nicht nur abstrakt als erster »Eigentümer des Manuskripts«, sondern konkret in der Vielfalt seiner Interessen ins Zentrum des Urheberrechtsdenkens gerückt ist.«.

108 *Fichte*, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, erstmals erschienen in *Berlinische Monatsschrift* Bd. 21 (1793), 443 ff., Nachdruck in *UFITA* 106 (1987), 155 ff.

109 Im Einzelnen dazu *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 30, m.w.N.

110 *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 128 ff., 439 f.

111 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 30.

112 *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 128, 439 f.

weil »in der Arbeit, richtiger, in der Güterschöpfung; wer ein neues Gut schafft, hat das natürliche Anrecht daran«¹¹³.

Im Ergebnis steht bei der Lehre vom Immaterialgüterrecht der übertragbare urheberrechtliche Schutz der vermögenswerten Interessen gleichberechtigt und selbstständig neben dem unveräußerlichen Schutz der persönlichen Interessen des Urhebers über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht. In Fortführung der *Kohlerschen* Vorstellung einer »Verklammerung« beider Komponenten¹¹⁴, findet sich heute beispielsweise in der französischen oder schweizerischen Urheberrechtsdogmatik die Auffassung, dass das Urheberrecht selbst als ein Doppelrecht zu verstehen sei, welches sowohl die materielle als auch die ideelle Schutzrechtskomponente in sich berge¹¹⁵.

VIII. Monistische Theorie

Mit der dualistischen Konstruktion kontrastiert die sog. »monistische Theorie«, die das Urheberrecht als ein sich aus untrennbar eng verklammerten vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen Komponenten speisendes Mischrecht einordnet¹¹⁶. Im Gegensatz zur dualistischen Theorie basiert die monistische Theorie also auf der Annahme eines einheitlichen Rechts mit einer doppelten, nämlich einer ideellen und einer materiellen, Schutzfunktion¹¹⁷. Aufbauend auf den Arbeiten von *Allfeld*¹¹⁸ und *de Boor*¹¹⁹ vermochte sich die monistische Theorie nach dem Vorbild Österreichs¹²⁰ nach dem zweiten Weltkrieg – wesentlich befördert durch das Wirken von *Ulmer*¹²¹ – in der deutschen Urheberrechtslehre durchzu-

113 *Kohler*, Autorrecht, S. 98. Die arbeitstheoretische Begründung wird auch anhand folgender Äußerung *Kohlers*, a.a.O., S. 99, deutlich: »Wer eine Sache erarbeitet, hat sie mit der von ihm ausgelösten Kraft, mit einem Theile seines Wesens erfüllt, in ihr eine Stätte geschaffen, in welcher die von ihm erzeugte Kraftfülle ihre dauernde Unterkunft findet. Wo meine Kraft, wo mein Wesen, da mein Recht.« Zum Einfluss *Lockes* auf *Kohler* näher *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 111 ff.

114 *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 128, 440.

115 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 30.

116 *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 114 ff. Ihm folgend u.a. *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 21.

117 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 31; *Schricker-Vogel*, Urheberrecht, Einl. Rn. 72.

118 *Allfeld*, Urheberrecht, Einl. S. 20 ff.

119 *De Boor*, Vom Wesen des Urheberrechts, S. 27 ff.

120 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 31, schreibt die monistische Theorie namentlich dem Ministerialbeamten *Karl Lissbauer* zu, der sie ins österreichische Urheberrechtsgesetz von 1936 einbrachte.

121 Legendär ist die sog. »Baumtheorie« *Ulmers*, Urheber- und Verlagsrecht, § 18, S. 116, wonach die ideellen und die materiellen Interessen des Urhebers »wie bei einem Baum, als die Wurzeln des Urheberrechts (erscheinen, Einf. des Bearb.)«, und dieses selbst als der einheitliche Stamm. Die urheberrechtlichen Befugnisse aber sind den Ästen und Zweigen

setzen¹²². 1965 fand sie Eingang in das heutige deutsche Urheberrechtsgesetz, deren §§ 11 Satz 1 und 29 Abs. 1 dem Einfluss der monistischen Theorie Ausdruck verleihen. Wesentliche materiell-rechtliche Konsequenz aus dem Monismus ist die Unübertragbarkeit nicht nur der persönlichkeitsrechtlichen, sondern auch – wegen der unauflösbaren gegenseitigen Durchdringung ideeller und materieller Interessen – die Unübertragbarkeit der vermögensrechtlichen Befugnisse (vgl. § 29 Abs. 1 UrhG)¹²³. Der Urheber kann sich seiner Verwertungsrechte mithin nicht entäußern, sondern nur Nutzungsrechte einräumen (§ 31 UrhG). Unter anderem wegen der Beschränkung der Verkehrsfähigkeit und damit der Auswertung urheberrechtlich geschützter Werke ist das Unübertragbarkeitsdogma in jüngster Zeit in die Kritik geraten¹²⁴.

C. Relativierung des Urheberschutzkonzepts durch nutzen- und nutzerorientierte Rechtfertigung

Die zuletzt unter B. dargestellten dominierenden rechtstheoretischen Erklärungsmodelle für das Urheberrecht ringen vorrangig mit der Frage der dogmatischen Konstruktion bzw. Einordnung des Urheberrechts. So setzen dualistische und monistische Theorie die persönlichkeits- und vermögens- bzw. verwertungsrechtliche Komponente des Urheberrechts divergierend zusammen, beide bewegen sich aber auf dem Boden der positivrechtlichen Anerkennung eines in der Lehre mittlerweile mehr oder weniger einhellig befürworteten Urheberschutzrechts. Natürlich sagt diese dogmatische Einordnung auch etwas aus über die jeweils verfolgte Legitimierung¹²⁵, schließlich wird durch die monistische Theorie tendenziell die enge Beziehung des Urhebers zu seinem Werk stärker betont¹²⁶. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Vertreter beider Lager lediglich unterschiedliche Konstruktionen bemühen, um das Konzept vom Urheberrecht

vergleichbar, die aus dem Stamm erwachsen. Sie ziehen Kraft bald aus beiden, bald ganz oder vorwiegend aus einer der Wurzeln.« Kritisch dazu *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 67 ff.

122 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 31; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 306; *Schricker-Vogel*, Urheberrecht, Einl. Rn. 72.

123 *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, § 18, S. 117; ihm folgend: *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 307.

124 Kritisch dazu *Hilty*, Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse, in: FS *Rehbinder*, S. 259, 272 ff., der betont (S. 260), dass sich Monismus und Dualismus hinsichtlich des fragwürdigen Unübertragbarkeitsdogmas nur in der Reichweite unterscheiden (Monismus: umfassende Unübertragbarkeit; Dualismus: Unübertragbarkeit der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse bei grundsätzlicher Übertragbarkeit der Vermögens- bzw. Verwertungsrechte), das Problem also ein generelles ist. Kritisch auch *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 85 ff.

125 Insoweit macht *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 9, es sich zu einfach, wenn er behauptet, bei all diesen Theorien gehe es primär um die Frage der dogmatischen Einordnung des Urheberrechts und nicht um dessen Legitimierung.

126 Vgl. § 29 S. 2 UrhG, Unübertragbarkeit des Urheberrechts.

als Urheberschutzrecht innerhalb des Privatrechts dogmatisch zu erfassen. Im Endeffekt kommen sie zum prinzipiell gleichen Ergebnis: dem Schutz des Urhebers als Selbstzweck.

Über den Schutz des Urhebers hinausführende Schutzerwägungen fallen bei beiden Modellen grundsätzlich aus. Umso interessanter ist es, dass eine kollektivistisch-konsequentialistische Rechtfertigungskomponente auch der deutschen Urheberrechtslehre in der Vergangenheit vertraut war und ihre Blüten hatte, wie nachfolgend gezeigt wird¹²⁷.

I. Historische Vorläufer einer nutzen- bzw. nutzerorientierten Betrachtungsweise

Historische Vorläufer einer nutzen- und damit letztlich auch nutzerorientierten Schutzrechtfertigung wurden bereits oben gestreift. Erinnert sei an die Verknüpfung der Privilegienerteilung mit dem Zweck der »salus publica«, ein Gedanke, der auch in der Theorie vom (zeitlich begrenzten) Verlageigentum noch seine Spuren hinterlassen hat (s.o.). Zu erwähnen ist ferner die Rechtsentwicklung in Großbritannien. Das Statute of Anne aus dem Jahre 1709, durch das ein zeitlich befristetes Recht des Urhebers an seinem Manuskript anerkannt wurde, basierte maßgeblich auch auf der Erwägung, die Monopolstellung der Buchhändlergilde im Interesse des Gemeinwohls zu brechen¹²⁸. Zugleich wurde mit dem »Statute of Anne« bezweckt, die Kreativität zu fördern¹²⁹. Ziel des britischen Rechts war das »encouragement of learned men to compose and write useful books«¹³⁰.

Die Väter der amerikanischen Verfassung schließlich schrieben die Förderung geistigen Schaffens und damit den bei der Gewährung des Copyrights zu berücksichtigenden Nützlichkeitszusammenhang explizit fest. Die entsprechende Klausel lautet: (Art. I, Section 8, Clause 8): »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.«. Selbst der französischen Gesetzgebung – bei der man es vielleicht am wenigsten erwarten würde – lag früh – neben einer Vielzahl anderer Motive – auch die Nützlichkeit des Urheberrechts für das Gemeinwohl zugrunde¹³¹.

127 Die internationale Entwicklung wird nachfolgend selbstverständlich einbezogen. Der Fokus liegt gleichwohl auf der deutschen Lehre, weil mit dieser historischen Vorarbeit letztlich der Boden bereitet werden soll, für eine dogmatische Konsolidierung der Normzweckbegründung in Deutschland.

128 Reh binder, Urheberrecht, Rn. 21.

129 Davies, Copyright and the Public Interest, 2-007, S. 15.

130 Das Statute of Anne findet sich abgedruckt als Appendix 1 in Davies, Copyright and the Public Interest, S. 371.

131 Ginsburg, 147 RIDA 125, 159 (1991); Geiger, GRUR Int. 2004, 815, 816: »Bezeichnend (...) ist, dass bis heute noch der Berichterstatte des ersten französischen Urheberrechtsgesetzes von 1791, Le Chapelier, in der Literatur systematisch falsch zitiert wird. Immer wird der pathetische Satz aufgegriffen, in dem Le Chapelier das Werk als die »heiligste,

II. Frühe gemeinwohlbezogene Eigentums- und Urheberrechtstheorien in Deutschland

In der deutschen Urheberrechtslehre hatten Nutzenerwägungen demgegenüber unter dem Eindruck des Deutschen Idealismus lange Zeit einen schweren Stand¹³². Erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts, als *Jhering*¹³³ und *Gierke*¹³⁴ für das Privatrecht ihre sozialen Eigentumstheorien entwickelten, war es dann *Kohler*, der als einer der ersten deutschen Urheberrechtler ausdrücklich die soziale Dimension des Urheberrechts betonte¹³⁵. So rechtfertigte er schon 1880 die zeitliche Begrenzung des Urheberschutzes gegenüber dem zeitlich unbegrenzten

unangreifbarste und persönlichste Form des Eigentums« bezeichnet. Wenn man aber den Text bis zum Ende liest, so stellt man fest, dass der Autor diese Aussage nur auf unveröffentlichte Werke bezieht und des Weiteren vor allem utilitaristisch argumentiert, mehrmals betonend, dass das Urheberrecht vor allem der Allgemeinheit zugute kommen soll.«; s.a. *Davies*, IIC 1995, 964. 966 f.: «the roots of European and US copyright legislation shared a common approach and that such differences in copyright theory and practice as may have arisen in the past century should not be regarded as obstacles to future international copyright harmonisation. While theoretical and even ideological differences have undoubtedly developed over the years as regards the objects of copyright/authors' rights protection, and the scope of that protection, the modern legislation of the countries surveyed shows a remarkable harmony with respect to the categories of works protected and to the beneficiaries of such protection, whether such protection be by means of copyright, author's rights or related rights. In particular, the original aims and objectives of the French revolutionary laws on authors' rights (1791 and 1793) did not differ as extensively as has been suggested by most commentators from the earlier British and American laws of 1709 and 1790. As Kerever has recognised: "Far from being personalist in nature, authors' rights as they emerged from the French revolution were inspired above all by legal and economic considerations.... Thus the French revolution's droit d'auteur was perfectly in line with the corresponding English and American copyrights».

- 132 *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 13, wonach in der kontinentaleuropäischen Lehre unter dem Einfluss des Deutschen Idealismus »Nutzenerwägungen stark zurückgedrängt (wurden) gegenüber dem als unbedingt gedachten Prinzip menschlicher Freiheit, das es nicht zulässt, durch (wohlfahrtsstaatliche) Nutzen- und Gemeinwohlüberlegungen relativiert zu werden.«.
- 133 *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I, S. 532, wonach richtigerweise alle Rechte des Privatrechts, auch wenn sie zunächst nur den Schutz des Individuums zum Gegenstand haben, »beeinflusst und gebunden« sein sollten »durch die Rücksicht auf die Gesellschaft«. In der heutigen Terminologie gesprochen plädierte *Jhering* somit für die Beachtung der Sozialgebundenheit bzw. Sozialpflichtigkeit des Eigentums, s. heute etwa Art. 14 Abs. 2 GG.
- 134 *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 5: »So kann auch die Rechtsordnung, wenn sie sich in Privatrecht und öffentliches Recht spaltet, wohl eine Weile davon absehen, daß der Einzelne für das Ganze und das Ganze für die Einzelnen da ist. Allein zuletzt darf sie die Einheit des Zieles nicht vergessen und muß auch im Privatrecht, wo sie zuvörderst für Einzelinteressen sorgt, das Gemeinwohl erstreben, und im öffentlichen Recht, wo sie zunächst auf das Ganze blickt, den Einzelnen gerecht werden.«; *Gierke*, a.a.O., S. 16, forderte daher einen Eigentumsbegriff, der die Begrenzung der privaten Sachherrschaft von vornherein in sich schließt.
- 135 So auch *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 14.

Schutz des Sacheigentums mit der »eminent sozialen Natur« von Geisteswerken¹³⁶. Deren Zweck und Bestimmung sei es, im Unterschied zu Sachgütern zu »Elementen des allgemeinen Kulturlebens« zu werden: »die geistige Errungenschaft des Einzelnen soll Gemeingut Aller werden, die Schöpfungen des Einzelnen sollen sich wie Ströme im Ocean des allgemeinen Kulturlebens vereinigen und verlieren.«¹³⁷. Die Ermöglichung und Förderung dieser gesellschaftlichen Wirkung begreift *Kohler* denn auch als die Aufgabe des Urheberrechts: »diesem Zweck muß auch das Recht folgen; denn das Recht hat sich zu gestalten nach den Zwecken, welche das Rechtsgut im Kulturleben zu erfüllen, nach der Funktion, welche es im soziologischen Lebensprozesse zu vollziehen hat.«¹³⁸. Mit dieser Begründung lehnt er die Vorstellung eines absoluten und zeitlich unbegrenzten Eigentumsschutzes für Geisteswerke ab; die rechtliche Zuordnung eines Werks an den Einzelnen sei »nur gerechtfertigt, solange das Rechtsgut noch die Zwecke des Einzelnen erfüllen kann, solange es noch nicht bestimmt ist, lediglich die Zwecke Aller zu erfüllen.«¹³⁹. Diese konsequentialistischen Schutzerwägungen *Kohlers* stellen insofern bereits eine deutliche Distanzierung von einer rein urheberzentrierten Betrachtungsweise dar.

III. Lehre vom sozialgebundenen Urheberrecht in der Zeit der Weimarer Republik

In der urheberrechtlichen Reformdiskussion während der Zeit der Weimarer Republik wurde das urheberzentrierte Paradigma schließlich weiter relativiert. Getragen vom Gedanken der Sozialgebundenheit des Urheberrechts¹⁴⁰ distanzieren sich zahlreiche Autoren aus dieser Zeit davon, das Urheberrechtsgesetz allein vom Standpunkt des Urhebers aus zu betrachten¹⁴¹. Gestützt auf eine stärker werk- bzw. rezipientenbezogene Betrachtungsweise setzten die Vertreter der Lehre vom sozialgebundenen Urheberrecht stattdessen dem Interesse des Urhe-

136 *Kohler*, Autorrecht, S. 40 ff.

137 *Kohler*, Autorrecht, S. 47 f.

138 *Kohler*, Autorrecht, S. 48.

139 *Kohler*, Autorrecht, S. 48.

140 Geprägt wurde der Begriff des sozialgebundenen Urheberrechts im Jahre 1928 durch *Kopsch*, ArchFunkR 1 (1928), 201; dazu: *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 18 f. Der Begriff des »sozial-gebundenen« Urheberrechts beruhe nach *Kopsch* auf der Natur des künstlerischen Schaffens, da der Künstler sein Werk für und nicht gegen die soziale Gemeinschaft schaffe. Ein Werk finde seine Erfüllung danach erst dann, wenn die Gemeinschaft ein Werk in den verschiedenen Erscheinungsformen aufnehme, sich das Werk also auf andere auswirke.

141 So ausdrücklich beispielsweise *Hoffmann*, GRUR 1931, 706, 708.

bers das prinzipiell gleichberechtigte Interesse (oder – wie *Hoffmann*¹⁴² – sogar das Recht) der Allgemeinheit am Geisteswerk entgegen.

Ihre urheberrechtstheoretischen Bemühungen basierten dabei im Wesentlichen auf zwei grundlegenden Argumentationssträngen. So wurde zum einen argumentiert, dass der Urheber keineswegs immer aus sich allein und losgelöst vom kulturellen Erbe der Gemeinschaft seine Werke schaffe. *Elster* rechtfertigte insofern die aus seiner Sicht immanenten Grenzen des Urheberrechts¹⁴³ damit, »daß gerade im geistigen Leben der unbewußte oder unkontrollierbare Austausch die Grenzen des »Eigenen« verwischt und selbst der originalste Schöpfer zumeist nicht ohne Vorläufer denkbar ist, ja das Genie auch noch auf den Schultern der Vergangenheit und im Geistesstrom der Mitwelt steht, so sehr es auch die Vorfahren wie die Zeitgenossen überragen mag.«¹⁴⁴. Das Eigenpersönliche des Schaffens sei daher dort, »wo es selbst entlehnt, erborgt, gegriffen ist aus dem Schatz der Allgemeinheit« nicht so eigenpersönlich, wie es scheinen wolle¹⁴⁵. »Eben weil wir gar nicht so originell schaffen, wie wir glauben, sondern zum großen Teil nur wiedergeben, was wir aus der Kulturgegenwart und –vergangenheit in uns aufnehmen (...) müssen wir nach einer gewissen Zeit der privilegierten monopolistischen Ausnutzung wieder an die Allgemeinheit zurückgeben, was teilweise von ihr genommen und nur teilweise »original« von uns umgestaltet war«. Deshalb sei über das Urheberrecht ein gerechter Ausgleich zu finden zwischen Originellem und Entliehenem, zwischen Urheber- und Allgemeininteressen, letztlich also zwischen Individual- und Sozialprinzip, wie *Elster* es nennt¹⁴⁶.

142 *Hoffmann*, ArchFunkR 2 (1929), 247, 248: »Das Recht der Allgemeinheit ist vielmehr die immanente Begrenzung des Rechtes des Urhebers, das seine Beschränkung dort findet, wo die Grenzscheide liegt zwischen den Interessen des Schöpfers als Individuum und den Interessen der Allgemeinheit an der Schöpfung.«. S.a. *Hoffmann*, GRUR 1931, 706, 707 f. Weil es sich um zwei gleich begründete Standpunkte handele, die einander begrenzten, sei es laut *Hoffmann* »grundfalsch« (S. 708), urheberrechtsbeschränkende Vorschriften als Ausnahmebestimmungen zu qualifizieren und zu kodifizieren.

143 Die im Allgemeininteresse erforderlichen Grenzen und Beschränkungen des Urheberrechts stellten für *Elster*, UFITA 4 (1931), 215, 219, 235 ff., einen organisch zugehörigen Bestandteil dieses Rechtsgebildes dar. Auf S. 240 bezeichnet es *Elster* daher beispielsweise als einen Fehler, »wenn man das Ungeschütztsein der bloßen Idee u. dgl. als »Ausnahme« von dem grundsätzlichen Urheberrechtsschutz der Geistes- und Kunstwerke ansehen und bezeichnen wollte. Ebensogut könnte man ja den Schutz als Ausnahme vom Nichtschutz ansehen. Beide Gruppen stehen koordiniert nebeneinander; der Rechtssatz des Schutzes der genauer im Gesetz bezeichneten Werke hat zum integrierenden Bestandteil diese Begrenzung. Ohne diese Begrenzung wäre er nicht das, was es ist.«.

144 *Elster*, GRUR 1926, 493, 494, ähnlich auch später noch *Roerber*, UFITA 21 (1956), 150, 166.

145 *Elster*, UFITA 4 (1931), 215, 220.

146 *Elster*, UFITA 4 (1931), 215, 229. Eine ähnliche Argumentation bemühte *Hoffmann*, ArchFunkR 2 (1929), 247 f., der wie *Elster* betonte, »daß kein Werk im tiefsten Sinne des Wortes original, autochthon« sei. Zwar sei jedes Werk die Schöpfung eines Einzelnen, dieser Einzelne sei jedoch derart eng mit seiner Kulturgemeinschaft verbunden, dass der »Allgemeinheit auch ein von der Rechtsprechung zu schützendes Recht zuerkannt werden

Sozialbezogen sei das Urheberrecht darüberhinaus – so der zweite, eher rezipientenorientierte Argumentationsstrang –, da die Bestimmung von Geisteswerken zumeist darin liege, nach außen, also in die Gesellschaft hinein zu wirken. Das Geisteswerk diene nämlich nicht nur der Befriedigung des Urhebers. Seine Bedeutung liege vielmehr darin, dass es die Form sei, »mittels welcher geistige Inhalte anderen mitteilbar gemacht« würden¹⁴⁷. Seinem Sinne und seiner Bestimmung nach wende das Werk sich in aller Regel an die Allgemeinheit und finde seine Erfüllung erst dann, wenn es sich auf andere auswirke¹⁴⁸. Das Kulturleben sei insofern durch ein gegenseitiges geistiges »Geben und Nehmen« zwischen Urheber und Allgemeinheit gekennzeichnet¹⁴⁹. Bei der Ausgestaltung der Urheberrechtsordnung sei dieser, für das Kulturleben charakteristischen Interdependenz¹⁵⁰ von vornherein Rechnung zu tragen. Dem individuellen Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers seien daher klare Grenzen zu ziehen, damit der Allgemeinheit nicht »zu lange und zu geizig vorenthalten (wird), was sie zur Bereicherung des Kulturlebens, zur Förderung des Fortschritts, zum Ausgleich der mannigfaltigsten Meinungsverschiedenheiten«¹⁵¹ benötige.

Zusammenfassend kann man somit sagen, dass die Lehre vom sozial gebundenen Urheberrecht mit ihrer werk- bzw. rezipientenbezogenen Betrachtungsweise und der Forderung nach einem gerechten Ausgleich der Urheber- und Allgemeininteressen das überkommene rein urheberzentrierte Erklärungsmodell bereits weit hinter sich gelassen hatte. Bemerkenswert ist dabei insbesondere, dass ihre Vertreter die im Allgemeininteresse erforderlichen Beschränkungen des Urheber-Schutzes als immanente, ureigene Grenzen des Urheberrechts verstanden wissen wollten und den Schutz der Urheber- und der Allgemeininteressen in der deut-

müsse, daß sie von diesem Werke Kenntnis nehme oder negativ gefaßt, daß ihr diese Möglichkeit, der Kenntnisnahme nicht durch irgendwelche unbegründeten Forderungen seines Schöpfers unmöglich gemacht werde.«. »Das Urheberrechtsgesetz«, so Hoffmann, GRUR 1931, 706, 707, an anderer Stelle, »ist lediglich der vom Gesetzgeber gezogene Ausgleich zwischen dem Rechte des Einzelnen und dem Rechte der Allgemeinheit.«.

- 147 *De Boor*, UFITA 16 (1943/44), 345, 361. Der Beitrag *de Boors* wurde zwar nicht zu Zeiten der Weimarer Republik veröffentlicht. Er wird hier dennoch berücksichtigt, da *de Boor* mit seinem Beitrag erklärtermaßen die »Grundgedanken« der Ende der 20er Jahre des 20. Jh. konzipierten »neueren deutschen Lehre vom »sozial gebundenen« Urheberrecht« zusammenfasst und sich zu eigen macht.
- 148 *Kopsch*, ArchFunkR 1 (1928), 201; *De Boor*, UFITA 16 (1943/44), 345, 361; *Elster*, UFITA 4 (1931), 215, 233.
- 149 *De Boor*, UFITA 16 (1943/44), 345, 361.
- 150 *Elster*, UFITA 4 (1931), 215, 233, spricht von einer »seelisch-geistige(n) Wechselbeziehung zwischen Individuum und Allgemeinheit«.
- 151 *Elster*, UFITA 4 (1931), 215, 225 f. (Einfügung durch den Verf.). An anderer Stelle, S. 233, nennt *Elster* als weiteres Ziel des über das Urheberrecht vorzunehmenden Interessenausgleichs zwischen Urheber- und Allgemeininteressen die Förderung des Bildungsniveaus »durch die begnadeten Schöpfer geistiger Werke.«.

schen Lehre erstmals als zwei prinzipiell gleichrangige Schutzaspekte des Urheberrechts bewerteten¹⁵².

IV. Gemeinnutz vor Eigennutz – Urheberrecht im Nationalsozialismus

Unter dem Einfluss der nationalsozialistischen Ideologie schlug die Suche nach einem gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber und der Allgemeinheit in den urheberrechtstheoretischen Stellungnahmen jener Zeit um in eine Überbetonung und Pervertierung der Gemeinwohlbindung¹⁵³. Getreu der natio-

152 Nicht unerwähnt bleiben soll hier, dass sich einige Vertreter der Lehre vom sozialgebundenen Urheberrecht nach der Machtübernahme der Nationalsozialisten im Jahre 1933 in nicht unerheblichem Maße daran beteiligten, das Urheberrecht (bzw. die entsprechenden Gesetzgebungsentwürfe) der nationalsozialistischen Ideologie anzupassen. Allen voran zu nennen ist hier *Julius Kopsch*, der als Leiter des »Sonderdezernats Urheberrecht« im »Bund Nationalsozialistischer Juristen« verantwortlich zeichnete für den 1934 vorgelegten »NSJ-Entwurf eines neuen Deutschen Urheberschutzgesetzes«, abgedruckt in UFITA 7 (1934), 383 ff. Laut *Kopsch*, a.a.O., S. 383, hatte auch *Willy Hoffmann* »bedeutenden Anteil« an der Ausarbeitung dieses deutlich von nationalsozialistischem Gedankengut geprägten Gesetzgebungsentwurfs (zum Urheberrecht im »Dritten Reich« noch näher nachfolgend). S.a. *Elster*, UFITA 6 (1933), 189, 193, 198, 203 f. und 205 f., der zunächst weniger nationalsozialistisch, als nationalistisch zu argumentieren scheint und zumindest 1933 eine eher zurückhaltende bis distanzierte Position gegenüber »der« nationalsozialistischen Ideologie einnahm, diese Zurückhaltung aber spätestens 1938 fahren ließ, s. *Elster*, UFITA 11 (1938), 173, 179. Die Tatsache allein, dass sich Vertreter der Lehre vom sozialgebundenen Urheberrecht später teilweise an der Pervertierung des Gemeinwohlgedankens im »Dritten Reich« beteiligt haben, diskreditiert aber nicht von vornherein das, was sie in relativ ausgewogener und – soweit ersichtlich – NS-ideologiefreier Weise während der Zeit der Weimarer Republik publiziert haben. *Hefti*, Das Urheberrecht im Nationalsozialismus, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. *Dittrich*, S. 165, 167, macht es sich mit seiner Pauschalverurteilung von *Elster*, *Hoffmann* und *Kopsch* daher zu einfach bzw. schildert die letztlich komplexere Wirklichkeit nur unzureichend, mit dieser Kritik auch *Vogt*, Die urheberrechtlichen Reformdiskussionen in Deutschland während der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus, S. 301. *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 20 f., demgegenüber ist vorzuwerfen, dass er in seinem ideengeschichtlichen Abriss zum sozialgebundenen Urheberrecht das Wirken der genannten Urheberrechtler während des NS-Regimes gänzlich unter den Tisch fallen lässt. Dies ist auch insofern bedauerlich, als deren späteren Abwege durchaus zur Warnung reichen können, wie leicht anti-individualistische Nutzen- und Gemeinwohlerwägungen instrumentalisierbar sind und wie empfänglich deren Verfechter für eine paternalistische und letztlich sogar totalitäre Ideologie unter bestimmten Bedingungen zu sein scheinen.

153 So treffend *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 20. Als Apologeten der NS-Ideologie sind (in Ergänzung zu den Ausführungen in der vorstehenden Fn.) im Bereich des Urheberrechts insbesondere zu nennen: *Bull*, UFITA 7 (1934), 378 ff.; *Bull*, UFITA 8 (1935), 400 ff.; *Gast*, UFITA 8 (1935), 333 ff.; *Meißner*, UFITA 7 (1934), 189 ff.; *Müller*, UFITA 6 (1933), 398 ff.; *Richter*, UFITA 7 (1934), 329 ff. – *Pahud*, Die Sozialbindung des

nalsozialistischen Parole »Gemeinnutz vor Eigenutz«¹⁵⁴ wurde den »Volksinteressen« der absolute Vorrang vor den individuellen Interessen des Urhebers eingeräumt und das »Werk als Dienst an der Volksgemeinschaft«¹⁵⁵ interpretiert¹⁵⁶. Gemäß der nationalsozialistischen Urheberrechtstheorie musste sich der Urheber daher verstärkt Eingriffe in seine Verwertungsrechte gefallen lassen¹⁵⁷; urheberrechtlichen Schutz erlangen sollte er nur noch für »nützliche« Werke, die der geistigen Grundhaltung der Volksgemeinschaft dienten und dem NS-Regime zusprachen¹⁵⁸. Der Urheber wurde somit zu einem »Treuhänder« des Werkes degradiert, der lediglich »die in ihm zum Ausdruck kommenden Kräfte zum allgemeinen Wohle verwaltet«¹⁵⁹. Das traditionelle individualistisch-liberalistische Para-

- Urheberrechts, S. 21 geht auch auf die Rechtsprechung in Urheberrechtsstreitsachen während des NS-Regimes ein und zeigt dabei, dass sich selbige insoweit in Anwendung der unverändert weiterhin bestehenden Gesetze als vergleichsweise ideologieresistent gezeigt hat. Näher dazu und zum Urheberrecht während des Nationalsozialismus allgemein insbesondere *Hefti*, Das Urheberrecht im Nationalsozialismus, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. *Dittrich*, S. 165 ff.; *Vogt*, Die urheberrechtlichen Reformdiskussionen in Deutschland während der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus, S. 301 ff.; *Schricker-Vogel*, Urheberrecht, Einl. Rn. 79; *Wandtke*, UFITA 2002/II, 451 ff.
- 154 Siehe Punkt 24 des NSDAP-Parteiprogramms vom 24.02.1920, eingehend dazu *Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, S. 76 ff.
- 155 *Bull*, UFITA 8 (1935), 400, 402.
- 156 Siehe etwa *Meißner*, UFITA 7 (1934), 189, der es 1934 begrüßt, dass auch in urheberrechtlichen Fragen »jetzt nicht mehr formaljuristische Gesichtspunkte, sondern das wahrhafte Volksinteresse den Ausschlag geben können.«; auch *Müller*, UFITA 6 (1933), 398, 405, wollte den Interessen der Allgemeinheit (ihrem »Anrecht« an Geisteswerken) in einer Präambel im Zweifelsfall den Vorrang vor den Individualinteressen des Urhebers zuweisen. Zu dieser allgemeinen Tendenz *Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, S. 76 ff., 107 ff. Die Unterwerfung der Kunst unter die Ziele des NS-Regimes manifestierte sich im Übrigen auch im Bau und in der Ausstellungskonzeption des 1937 eingeweihten »Haus der Deutschen Kunst« (heute: Haus der Kunst) in München: »Hitlers Definition »Kunst ist eine erhabene zum Fanatismus verpflichtende Mission« war auf einer Tafel über dem Eingang angebracht und verwies für jeden sichtbar darauf, daß künstlerische Gestaltung nur im Dienst des Nationalsozialismus erlaubt war.«, so *Nerdinger* in: Ort und Erinnerung. Nationalsozialismus in München, Hg. v. *Winfried Nerdinger*, S. 50.
- 157 *Vogt*, Die urheberrechtlichen Reformdiskussionen in Deutschland während der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus, S. 303, zufolge »wandelte sich nicht nur die Quantität der (gesetzlichen, Einf. des Bearb.) Lizenzen, sondern auch die Selbstverständlichkeit, mit der Einschränkungen der Verwertungsrechte für zulässig erachtet wurden. Gerade die Lizenzen waren es, die das Urheberrechtsgut der »geschäftlichen Willkür« entziehen sollten, dieses statt dessen (über die Reichskulturkammer) aber der staatlichen Willkür zuführten.«; *Wandtke*, UFITA 2002/II, 451, 462 f.
- 158 S. »NSJ-Entwurf eines neuen Deutschen Urheberschutzgesetzes«, abgedruckt in UFITA 7 (1934), 383, 385; *Elster*, UFITA 11 (1938), 173, 179; s. dazu *Vogt*, Die urheberrechtlichen Reformdiskussionen in Deutschland während der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus, S. 305.
- 159 *Gast*, UFITA 8 (1935), 333, 336; Krit. dazu: *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 108.

digma wurde mithin verworfen und der Schutz des Urhebers zu einer Schutzmaßnahme für die schöpferischen Kräfte der Volksgemeinschaft reduziert¹⁶⁰.

V. Zurückschwingen des Pendels zu einem individualistischen Ansatz in der Nachkriegszeit

Im Zuge der nach dem zweiten Weltkrieg wiederaufgenommenen urheberrechtlichen Reformdiskussion, die 1965 in das heutige UrhG mündete, erlebte die Frage nach der Legitimierung des Urheberrechts erneut verstärkte Aufmerksamkeit. Die ideologische Einflussnahme auf die Urheberrechtstheorie unter der Herrschaft des Nationalsozialismus führte nach dem zweiten Weltkrieg dabei ganz offensichtlich zu dem Bedürfnis nach vorstaatlich vorgegebenen Grundsätzen und Rechten, die dem positiven Recht Grenzen aufweisen sollten¹⁶¹. *Radbruch* formulierte 1946: »Wir müssen uns wieder besinnen auf die Menschenrechte, die über allen Gesetzen stehen, auf das Naturrecht, das gerechtigkeitsfeindlichen Gesetzen die Geltung versagt.«¹⁶². Das Ergebnis war ein Wiedererstarken der naturrechtlichen und arbeitstheoretischen Urheberrechtsbegründung im Geiste der Lehre vom geistigen Eigentum¹⁶³, bei der sich der deutsche Gesetzgeber einem streng monistischen Urheberrechtsverständnis anschloss¹⁶⁴. Man kann sagen, dass ausgelöst durch die ideologischen Auswüchse unter den Nationalsozialisten das Pendel somit gewissermaßen vom kollektivistischen Extrem der Nazizeit –

160 *Gast*, UFITA 8 (1935), 333, 336; *Richter*, UFITA 7 (1934), 329, 331. S.a. den »NSJ-Entwurf eines neuen Deutschen Urheberschutzgesetzes«, abgedruckt in UFITA 7 (1934), 383, 385. Gemäß nationalsozialistischer Urheberrechtstheorie war danach »Quell des Urheberrechts das Interesse, das der Staat als Träger der Volksgemeinschaft an der Erhaltung und Förderung der individuellen schöpferischen Leistung hat.«. Krit. dazu: *Hefti*, Das Urheberrecht im Nationalsozialismus, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. *Dittrich*, S. 165, 169: »Der Urheber wird nicht mehr als individualistisches Wesen betrachtet, sondern als ein Volksgenosse, für den – wie für alle anderen auch – das Gebot Nr. 10 des Programmes der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiter Partei gilt, nämlich: der Allgemeinheit Werte zuzuführen. (...) Der Urheber soll (...) nicht in erster Linie deshalb belohnt werden, weil er schöpferisch tätig ist, sondern weil die Allgemeinheit sich den Urheber als zukünftigen Lieferanten von hochstehenden, die Kulturentwicklung der Massen fördernden Werken sichern will«. *Hefti* assoziiert dies mit einer Form der »Nutztietherhaltung«.

161 *S. Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 6 f.; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 21 f.

162 *Radbruch*, Aphorismen zur Rechtsweisheit, S. 32, Nr. 119, s.a. Nr. 120: »Der Positivismus hat mit seiner Überzeugung »Gesetz ist Gesetz« den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen.«.

163 *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 114; *Schricker-Vogel*, Urheberrecht, Einl. Rn. 79.

164 Siehe dazu die Ausführungen in Kap. 2 B. VIII.

möglicherweise in einem Akt der Überkompensation – in ein extrem individualistisches Erklärungsmodell zurückschwang¹⁶⁵.

VI. Wiederannäherung an nutzen- und nutzerorientierte Rechtfertigung seit den 80er Jahren

Nach der unverkennbaren Konsolidierung des urheberzentrierten Paradigmas in der Nachkriegszeit, die ihren deutlichen Niederschlag im individualistisch konzipierten UrhG von 1965 gefunden hat¹⁶⁶, begann spätestens im Laufe der 80er Jahre des vergangenen Jahrhunderts eine erneute Wiederannäherung an stärker nutzen- und folgenorientierte Schutzerwägungen. Insbesondere die in Deutschland zunächst vereinzelt, dafür aber nunmehr mit großer Intensität erfolgende Rezeption der Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Urheberrechts lässt sich als Indiz für einen sich abzeichnenden Paradigmenwechsel deuten. Die zunehmende Berücksichtigung ökonomietheoretischer Erklärungsansätze seitens der Urheberrechtswissenschaft zeugt jedenfalls von der gewachsenen Bereitschaft, die gewohnten Argumentationswege zugunsten neuer, eher konsequentialistisch ausgerichteter Erklärungsmodelle des Urheberrechts zu verlassen¹⁶⁷.

Aber es sind nicht allein ökonomietheoretische Rechtfertigungsansätze, denen inzwischen größere Aufmerksamkeit widerfährt. Auch allgemein kulturpolitische Schutzerwägungen im Allgemeininteresse¹⁶⁸ und die zunehmende Sensibilisierung für teils neuartige Verbraucher- bzw. Nutzerschutzbedürfnisse im digi-

165 Auch *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 21, benutzt in diesem Zusammenhang das Bild eines zurückschwingenden Pendels.

166 Die Darstellung beschränkt sich hier auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Auf Ausführungen zum Urheberrecht in der DDR, die am 13.09.1965 ein eigenes Urheberrechtsgesetz erlassen hatte, wird verzichtet, s. dazu *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 114 und eingehend *Wandtke*, Zu einigen theoretischen Grundlagen des Urheberrechts in der DDR, in: Historische Studien zum Urheberrecht in Europa, Hg. v. *Wadle*, S. 225 ff.

167 Genannt seien hier mit Blick auf die deutsche Diskussion allen voran die Arbeiten von *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356 ff.; *ders.*, IIC 1985, 525 ff. sowie ferner die Beiträge von *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 282 ff.; *Haller*, Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie, S. 194 ff.; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 462 ff.; *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 15 ff.; *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 231 ff.

168 Siehe beispielsweise *Geiger*, Computer Law Review international 2005, 7, 9: »The public's interest, including the interest of the users, has always been a reason for granting copyright, but also for limiting it.«; *Loewenheim-Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, § 1, Rn. 7; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 17; *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 10: »Das Urheberrechtssystem im ganzen sollte die kulturelle Produktion fördern.«, s.a. Rn. 13: »Das Urheberrecht sollte so ausgestaltet werden, daß es optimal zum

talen Umfeld¹⁶⁹ setzen das urheberzentrierte Paradigma zunehmend unter Druck. Gleichzeitig gibt es unverändert weiterhin Stimmen, die eine auf der Grundlage von Nützlichkeitsabwägungen erfolgende Begründung des Urheberrechts rundheraus ablehnen¹⁷⁰.

Vor diesem Hintergrund zieht *Pahud* das vorläufige Fazit, dass bei der traditionellen individualistischen Legitimierung des Urheberrechts zwar starke Erosionserscheinungen erkennbar seien, von einem eigentlichen Paradigmenwechsel

geistigen, kulturellen und kulturwirtschaftlichen Fortschritt beiträgt.«; *Schricker*, GRUR 1992, 242, 246: »Gewiß, wir schützen das geistige Eigentum und die persönlichkeitsrechtlichen Belange des Schöpfers als dessen individuelles Recht, das die Verfassung garantiert. Das Urheberrecht ist aber auch berufen, dem Allgemeininteresse zu dienen. Urheberrechtsschutz ist ein wesentliches Instrument zur Förderung der kulturellen und kulturwirtschaftlichen Entwicklung; diesen überindividuellen Schutzzweck sollten wir ruhig aus dem angelsächsischen Rechtsdenken übernehmen und zu unserem traditionellen Individualschutz hinzufügen. Das Allgemeininteresse ist nicht nur Schranke, sondern auch Schutzgrund des Urheberrechts. Erwägungen sowohl der Industrie- als auch der Kulturpolitik sind dem Urheberrecht dabei nicht fremd. Vor allem darf sein sozialer Schutzzweck nicht vergessen werden.«; *Ohly*, JZ 2003, 545, 548 f., zufolge leitet sich »die Existenzberechtigung der Immaterialgüterrechte gerade auch aus Allgemeininteressen her, etwa (...) dem Ziel der Kulturförderung im Fall des Urheberrechts«; *Wandtke*, UFITA 123 (1993), 5, 9: »Denn das Urheberrecht schützt nicht nur die Interessen des Urhebers, sondern seine Aufgabe ist es auch, die Allgemeinheit, namentlich den Konsumenten oder Verbraucher, in die Lage zu versetzen, an dem kulturellen Reichtum teilzuhaben.«.

169 Siehe statt vieler *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 382 f. und *Quaedvlieg*, IIC 1998, 420, 432: »But the interests of users and consumers also have to be taken into account. They are central issues in every copyright law. 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. It is of paramount importance for authorities to be aware that this belongs to their explicit assignment in framing copyright policy, and that copyright is not merely economic law in a narrow sense. Issues of freedom of information belong to the public sphere. There is no institutional lobby to defend them except the legislators or the peoples' representatives themselves. Therefore, authorities must take them into account. The impression is that this task is presently underestimated. There is too much confidence that the old legal framework still satisfies present needs. There seems to be little careful consideration before reducing users' rights to make room for industrial progress. There is little awareness that it concerns an issue as fundamental as protection itself.«.

170 Siehe etwa *Luf*, Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluß auf das Urheberrecht, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. *Dittrich*, S. 9, 15: »Gerade die Anknüpfung der Theorie des geistigen Eigentums an das als unbedingt konzipierte Prinzip menschlicher Freiheit hat die für die Entwicklung des Urheberrechts bedeutsame Konsequenz, daß es unzulässig wäre, den Freiheitsschutz des Autors durch gesamtgesellschaftliche Nutzenerwägungen relativieren zu wollen. (...) Solche Erwägungen müssen an der Unbedingtheit des Freiheitsgebotes scheitern, das sich nicht auf die Ebene von Nutzenkalkülen stellen läßt.«. Gegen Nützlichkeitsabwägungen im Urheberrecht auch *Fromm-Nordemann-Nordemann*, Urheberrecht, § 1, Rn. 1; *Troller*, Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 603 ff., lehnt Nützlichkeitsabwägungen explizit mit der Begründung ab, der Einzelne sei für seine geistige Leistung nicht deshalb mit dem Immaterialgüter-

aber dennoch nicht (oder noch nicht) die Rede sein könne¹⁷¹. Mit dieser Diagnose beschreibt *Pahud* die gegenwärtige Umbruchsituation durchaus zutreffend. Die Urheberrechtswissenschaft befindet sich in der Krise¹⁷². Das bislang dominierende urheberzentrierte Paradigma hat angesichts gewandelter technologischer und kulturwirtschaftlicher Rahmenbedingungen seine Selbstverständlichkeit verloren, und es ist ungewiss, was an seine Stelle treten wird, welches Erklärungsmodell also die als Grundlagenkrise zu verstehende Legitimationskrise überwinden kann.

Zwar mangelt es, wie gesehen, nicht an – mit, je nach Temperament, unterschiedlichem Nachdruck vorgetragenen – Beteuerungen, dass Urheberrecht diene *auch* übergeordneten kultur- und wirtschaftspolitischen Zielen und sei unter Gemeinwohlgesichtspunkten auszugestalten. Nicht selten handelt es sich dabei (nicht zuletzt seitens des Gesetzgebers) aber um reine Lippenbekenntnisse, da aus ihnen keine konkreten materiell-rechtlichen Konsequenzen für eine grundlegende Revision des Urheberrechtsordnung abgeleitet werden¹⁷³. Die materiell-rechtlich rein individualistische Konzeption des UrhG bleibt jedenfalls bislang weitgehend unangetastet; alte dogmatische Zöpfe wie etwa der Monismus oder das Dogma der engen Schrankenauslegung werden vielfach beibehalten¹⁷⁴. Man scheint zwar prinzipiell bereit, nutzen- und nutzerorientierte Schutzerwägungen anzuerkennen, schreckt aber davor zurück, sich auf die Mittel einzulassen, die erforderlich wären, damit das Urheberrecht in Zukunft den Interessen der Nutzer und der Allgemeinheit insbesondere im digitalen Umfeld gerecht werden kann. Wer aber mit dem Urheberrecht (zumindest auch) bezwecken möchte, die Nutzer- und Allge-

recht zu belohnen, weil dies im gemeinsamen Nutzen liege, sondern weil es seiner Person als solcher zukomme. *Troller* begründet sein Bekenntnis zum Vorrang des Individuums mit einem Verweis auf einen auf *H. Merz* zurückgehenden »Leitsatz für die Privatrechtsordnung«: »Der Einzelne muß immer Selbstzweck jeder gesetzlichen Ordnung bleiben und darf nicht zu einem bloßen Mittel für Zwecke einer Kollektivität werden« (zit. nach *Troller*, a.a.O., S. 605).

171 *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 47, der selber aber bereits einem mehrdimensionalen Begründungsdenken folgt, welches naturrechtliche »A-priori-Begründungen« bewusst hinter sich lässt. Bei einem Festhalten an einem rein individualistischen Ansatz laufe man *Pahud* zufolge »Gefahr, die wirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung des Urheberrechts nicht ausreichend zu berücksichtigen«. Für die Begründung des Urheberrechts möchte *Pahud* daher ergänzend am Gemeinwohl orientierte Folgerwägungen beiziehen. Die individualistischen Begründungsansätze würden dadurch nicht verdrängt, sondern ergänzt und überlagert. Siehe zum Begriff des Paradigmas auch allgemein *Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, S. 57, 186 ff. et passim sowie *Groscheide*, Paradigms in Copyright Law, in: Of Authors and Origins, Hg. v. *Sherman/Strowel*, S. 203, 209 f.

172 Zu Ausmaß und Ursachen dieser Legitimationskrise des Urheberrechts eingehend in Kap. 3.

173 Die Gründe für diesen Missstand sind gewiss auch rechtspolitischer Natur (Stichwort: Lobbyismus), aber man sollte die rechtstheoretischen Legitimierungsdefizite, die zu ihm geführt haben und immer noch führen, nicht unterschätzen.

174 Näher dazu noch in Kap. 5 D. II. 4. a) aa).

meininteressen zu schützen, muss letztlich auch die Mittel wollen, die zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich sind.

Vor allem in der deutschen Diskussion zeichnet sich so gegenwärtig ein sehr diffuses Bild, bei dem das materielle Recht weitgehend den überkommenen, individualistischen Vorstellungen entspricht, während man in der Urheberrechtstheorie längst damit begonnen hat, sich vorsichtig von dem rein urheberzentrierten Erklärungsmodell zu lösen. Diese Diskrepanz ist das Symptom einer Umbruchphase, für die charakteristisch ist, dass es bislang – bedingt vielleicht auch durch die Dynamik des technischen und kulturwirtschaftlichen Wandels und der Komplexität des dadurch evozierten, unstrukturierten Bewusstseinswandels – noch an der Entschlossenheit zu fehlen scheint, sich mit letzter Konsequenz vom vertrauten Erklärungsmodell und seinen gewohnten Denkmustern frei zu machen. Die Verunsicherung durch »das Neue« führt daher – teilweise möglicherweise auch aus einem Mangel an Alternativen – zu einem Festklammern an die altbekannten Argumentationsmuster des analogen Zeitalters.

D. Zusammenfassung

Wie der historische Rückblick gezeigt hat, ist das in Kontinentaleuropa dominierende, urheberzentrierte Begründungsmodell für das Urheberrecht ein ausgesprochen junges Konstrukt, das sich keineswegs als das zwangsläufige Ergebnis aus der historischen Entwicklung darstellt. Zwar reicht seine theoretische Begründung mit der naturrechtlichen Lehre vom geistigen Eigentum im Zuge von Aufklärung und Liberalismus bis ins späte 18. Jahrhundert. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich das Konzept vom Urheberrecht als Urheber-schutzrecht in Deutschland erst mit seiner positivrechtlichen Anerkennung und vor allem der persönlichkeitsrechtlichen Durchdringung im späten 19. Jahrhundert zu konsolidieren vermochte. Zuvor stand – ganz abgesehen von Antike und Mittelalter, denen ein solches Paradigma ohnehin fremd war – für den vergleichsweise weit überwiegenden Zeitraum der Verleger im Zentrum der Schutzbemühungen. Sowohl der Nachdruckschutz mittels Privilegienerteilung als auch die Lehre vom (zeitlich begrenzten) Verlageigentum waren dabei neben dem Zweck des Investitionsschutzes zugunsten der Verleger nicht zuletzt aber auch von staatlichen Nützlichkeitsabwägungen getragen (Stichwort: *salus publica*). Der Amortisierungsschutz diente damit zugleich der Belohnung verlegerischen Arbeitens, durch die die weitere Verbreitung von Druckwerken befördert werden sollte. Wie gesehen eröffnete selbst die naturrechtliche Betrachtungsweise im Geiste der Aufklärung mehrdimensionale, gemeinwohlorientierte Zwecke, die sich in ihrer Fortentwicklung durch die Lehre vom geistigen Eigentum keineswegs auf ein selbstzweckhaftes, im Grundsatz unbeschränktes Herrschaftsrecht zugunsten der Urheber hätte reduzieren müssen¹⁷⁵.

175 Ähnlich auch *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 42 ff.

Ungeachtet aller rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Bemühungen um das von Liberalismus und Idealismus befeuerte Leitbild vom Urheber als genialisch schöpfendem Individuum, das in der Beziehung zu seinem Werk des Schutzes bedürfe, haben rechtspolitisch letztlich primär die ökonomischen Interessen der Verleger – und nur nachgeordnet auch die der Urheber – der Idee von einem zunächst Autoren- und dann »geistiges Eigentum« genannten Schutzrecht Durchsetzungskraft verliehen. Die traditionelle Überhöhung des individualistischen Urheberrechtsschutzes mit seiner Fokussierung auf die Schöpferpersönlichkeit stellt mit anderen Worten nicht erst in jüngster Zeit ein hehres, aber nur begrenzt wirkungsmächtiges Rechtfertigungsbemühen dar.

Auch die Untersuchung nutzen- und nutzerorientierter Schutzerwägungen in der deutschen Urheberrechtslehre des späten 19. Jahrhunderts und zu Zeiten der Weimarer Republik hat gezeigt, dass die Vorstellung von einer stets rein urheberzentrierten Rechtfertigungstradition in Deutschland korrigiert werden muss (s. Kap. 2 C.). Namentlich die Vertreter der Lehre vom sozialgebundenen Urheberrecht haben in den späten 20er Jahren des vergangenen Jahrhunderts mit ihrer stark werk- bzw. rezipientenbezogenen Betrachtungsweise dem Interesse des Urhebers das prinzipiell gleichberechtigte Interesse bzw. teilweise sogar das Recht der Allgemeinheit am Geisteswerk entgegensetzt und sich dadurch deutlich vom urheberzentrierten Paradigma emanzipiert. Jüngere, wieder stärker nutzen- und nutzerorientierte Rechtfertigungstendenzen, mit denen nicht zuletzt auf die durch den technologischen Wandel ausgelösten Schutzbedürfnisse der Nutzer reagiert wird, weisen in eine ähnliche Richtung.

Es kann somit festgehalten werden, dass die Vorgeschichte der Schutz- bzw. Förderungsbemühungen für geistig-schöpferische Leistungen (sowie deren Verbreitung und Nutzung) das Konzept vom Urheberrecht als Urheberschutzrecht erheblich relativiert. Ideengeschichtlich ist die Gleichsetzung des Urheberrechts mit dem Schutz des Urhebers keineswegs zwingend vorgegeben – im Gegenteil, wie die Untersuchung der historischen Genese des Schutzrechts gezeigt hat, war die Schutzgewährung zunächst für den Verleger, später dann aber unter dem Eindruck der Aufklärung auch für den Urheber und noch später in Zeiten der Weimarer Republik aufgrund der Annahme der Sozialgebundenheit des Urheberrechts mal stärker, mal weniger stark ausgeprägt stets auch von nutzen- und nutzerorientierten Schutzerwägungen getragen, die über das Schutzsubjekt des Urhebers (bzw. des Verlegers) deutlich hinauswiesen. Die auf dem Boden des dominierenden urheberzentrierten Paradigmas obwaltende Eindimensionalität des selbstzweckhaften Urheberschutzrechts stellt somit das Resultat einer rechtspolitischen Wertungsentscheidung dar, die der Revision grundsätzlich zugänglich ist. Wie gesehen ist die nach dem zweiten Weltkrieg betriebene Rückkehr zu einem personalistisch gerechtfertigten Konzept des Urheberschutzes auf dem Boden der naturrechtlichen Lehre vom geistigen Eigentum mit einer engen Verklammerung ideeller und materieller Interessen historisch bedingt und keineswegs inhaltlich determiniert.

3. Kapitel:

Die gegenwärtige Legitimationskrise des Urheberrechts

Das Urheberrecht steckt in einer Legitimationskrise. Im Folgenden soll daher versucht werden, die Ursachen und das Ausmaß dieser Legitimationskrise näher zu ergründen. Zu diesem Zweck wird der Blick zunächst auf die Erosion des urheberzentrierten Paradigmas¹⁷⁶, mit anderen Worten also auf die erheblich geschwächte Legitimationsfigur der individuellen Schöpferpersönlichkeit gerichtet (A.). Unter B. werden sodann die verwerter- bzw. werkorientierten Schutztendenzen des Urheberrechts in den Blick genommen. Besondere Aufmerksamkeit gilt hier der Diskrepanz von urheberzentriertem Paradigma und den tatsächlichen Schutzrechtswirkungen zugunsten der Verwerterindustrie im Bereich des »klassischen« Urheberrechts im engeren Sinne. Unter C. werden schließlich die Vernachlässigung der Nutzerschutzbedürfnisse im Zuge der urheberrechtlichen Schutzexpansion und der damit verknüpfte Akzeptanzverlust des Urheberrechts untersucht.

A. Erosion des urheberzentrierten Paradigmas

In seinen Anfängen stellte das Urheberrecht wie ausgeführt den Schriftsteller und Autor ins Zentrum. Dies spiegelt sich heute noch im deutschen Urheberrechtsgesetz, indem es den Urheber von der Konstruktion her in den Mittelpunkt stellt (§§ 1, 11 UrhG)¹⁷⁷. Zwar schützt es den Urheber nicht unmittelbar als Person, sehr wohl aber stets in Bezug auf das von ihm geschaffene Werk.

Der eigentliche Nutznießer des Schutzes ist in der Praxis heute allerdings immer weniger der Urheber, sondern faktisch immer häufiger der Verwerter. Er wird in erster Linie durch den urheberrechtlichen Schutz begünstigt¹⁷⁸. Das schon Ende der 80er Jahre anlässlich des urheberrechtlichen Grünbuchs der EG-Kom-

176 Der Ausdruck »urheberzentriertes Paradigma« wird hier und nachfolgend für die Bezeichnung des zumindest in Kontinentaleuropa in den Ländern des *droit d'auteur*-Systems lange dominierenden, urheberrechtswissenschaftlichen Erklärungsmodells verwendet. Er bezeichnet mit anderen Worten das überkommene, zumindest in der Theorie weiterhin vorherrschende, urheberzentrierte Denkmuster, siehe zum Begriff des Paradigmas auch allgemein *Kuhn*, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, S. 57, 186 ff. et passim sowie *Grosheide*, *Paradigms in Copyright Law*, in: *Of Authors and Origins*, Hg. v. *Sherman/Strowel*, S. 203, 209 f.

177 *Dietz*, *Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung*, in: *FS Schricker I*, S. 1, 4: »(...) das moderne deutsche wie kontinentaleuropäische Urheberrecht an der Schwelle zum 21. Jahrhundert gemäß seinem rechtspolitischen Anspruch nach wie vor urheberzentriert und urheberorientiert (...)«.

178 *Hilty*, *ZUM* 2003, 983, 984; *Schmid-Wirth*, *UrhG*, Einl. Rn. 29-31.

mission¹⁷⁹ aufgekommene Schlagwort vom »Urheberrecht ohne Urheber«¹⁸⁰ trifft insofern mittlerweile einen zunehmend wahren Kern¹⁸¹. Die Befürchtung von *Schack*¹⁸², wonach die Sichtweise des Urheberrechts als »Recht der Kulturwirtschaft«, das den Marktbedingungen gerecht werden müsse, den Urheber in den Hintergrund zu drängen droht, hat sich trotz aller Bemühungen z.B. um ein urheberfreundliches Urhebervertragsrecht längst bewahrheitet¹⁸³.

Die Ursachen für diese Schwächung des Urheberstatus sind komplex. Zu ihr beigetragen haben dürften veränderte Schaffensbedingungen und die teils damit verknüpfte Tendenz zum entpersönlichten Werkschaffen. So ist heute die Vorstellung vom schöpferisch tätigen Schriftsteller oder Komponisten als Leitbild für die Figur des Urhebers in weiten Bereichen überholt¹⁸⁴. In der Realität der Kulturwirtschaft dominiert der kreative Arbeitnehmer. Zwar ist der freischaffende Künstler keineswegs ausgestorben, bereits Ende der 80er Jahre wurde aber bereits angenommen, dass ihr Anteil nur noch 22 % der Kulturschaffenden ausmacht¹⁸⁵ - und dieser Anteil dürfte sich mittlerweile weiter verringert haben, führt man sich den allenthalben zu beobachtenden Trend zur kommerzialisierten »Mainstreamkultur« vor Augen. Das Gros der »Urheber« besteht heute aus kreativ tätigen Arbeitnehmern in Zeitungsredaktionen, Filmproduktionsgesellschaften, Sendeunternehmen, Architekturbüros, Werbeagenturen, Universitäten und Forschungseinrichtungen¹⁸⁶. Diese kreativen Arbeitnehmer sehen sich dabei vielfach Verlegern oder Filmproduzenten ausgesetzt, die sich in hohem Maße bei der Themenwahl und konkreten Werkumsetzung in den kreativen Schaffensprozess einmischen und nicht selten sogar die Initiative und Verantwortung für das Werkschaffen tragen¹⁸⁷.

Aber es nicht nur der Bedeutungsverlust des Urhebers als schöpferisch tätiger Einzelperson im Kontext gewandelter kulturwirtschaftlicher Rahmenbedingun-

179 Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung – Urheberrechtsfragen, die sofortiges Handeln erfordern, KOM 88 (172) endg. vom 23.08.1988.

180 Nachweise bei *Bechtold*, Das Urheberrecht und die Informationsgesellschaft, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 67, 74.

181 *Dietz* hat in diesem Zusammenhang einmal polemisch bemerkt, dass sich die Rolle des Urhebers im Urheberrecht mittlerweile darauf beschränke, zu sterben, damit die Schutzfrist in Gang gesetzt werde.

182 *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 5.

183 Vgl. ausführlich dazu *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, 54 ff.

184 S.a. *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 2: »Angesichts der fortschreitenden Erweiterung und Gewichtsverlagerung fragt sich, ob der freischaffende Literat, Komponist, Maler oder Bildhauer allein noch die maßgebliche Leitfigur des Urheberrechts sein kann.«.

185 *Hummel*, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts, S. 7.

186 Vgl. *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 624.

187 *S. Quaedylied*, IIC 1998, 420, 433: »Publishers and producers used to be intermediaries. They were the merchants, buying the intellectual product as raw material from the author and selling it as a finished product with a support system. They could afford to take a less jealous attitude than the author towards the protection of the work. For the author, every

gen, der das rein urheberzentrierte Paradigma einem erhöhten Rechtfertigungsdruck ausgesetzt hat. Hinzu kommen zahlreiche weitere Faktoren, von denen hier einige etwas näher beleuchtet werden sollen. So wird nachfolgend zunächst die Schwächung des urheberzentrierten Paradigmas im Zuge der europäischen und internationalen Urheberrechtsharmonisierung untersucht (Kap. 3 A. I.). Anschließend wird die Aufweichung des urheberzentrierten Paradigmas durch die Erosion der Schutzrechtsgrenzen Gegenstand der Betrachtung sein (Kap. 3 A. II.). Schließlich wird die Infragestellung des urheberzentrierten Paradigmas durch ein postmodernistisches Kunstverständnis in den Blick genommen werden (Kap. 3 A. III.).

I. Schwächung des urheberzentrierten Paradigmas durch Urheberrechtsharmonisierung

Die Legitimationsfigur der individuellen Schöpferpersönlichkeit ist nicht nur durch gewandelte kulturwirtschaftliche Rahmenbedingungen, sondern auch durch den Prozess der europäischen und internationalen Urheberrechtsharmonisierung unter Druck geraten. So haben die Harmonisierungsbemühungen um ein einheitliches europäisches Urheberrecht das Urheberrecht verstärkt einer wirtschaftsrechtlichen und industriepolitischen Betrachtungsweise zugeführt, wozu freilich auch kompetenztechnische Zwänge beigetragen haben¹⁸⁸. Zugleich ist durch die Berücksichtigung des Urheberrechts im TRIPs-Abkommen die handelspolitische Dimension dieses Rechtsgebiets unterstrichen worden¹⁸⁹. Auch die Verhandlungen, die 1996 zu den beiden WIPO-Verträgen¹⁹⁰ geführt haben, haben die konträren Vorstellungen von einem urheberzentrierten Urheberrecht und einem eher werk- und investitionsschutzbezogenen Copyright anglo-amerika-

use of the work constitutes a trespass on his private property; for the publisher as a merchant, profit counted more than property. But the role of publisher and producer changes. The former intermediary increasingly becomes an author himself. For more and more products, publishers and producers themselves take the initiative, select the persons able to realize the product, and organize the schemes and facilities for the production. Even the creation of the work increasingly becomes the concern of the publisher and producer: they are involved in the creative phase.« (...) «Three factors thus place the publisher/producer in a position more similar to that of an author: more creation-oriented, less manufacturing-oriented, more audience-oriented.«.

188 S.a. Hilty, Entwicklungsperspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, in: Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, Hg. v. Behrens, S. 139, 148 f., der betont, dass ein Eingreifen der EU nur dort zulässig sei, »wo eine Verlagerung auf die Gemeinschaftsebene sachliche Voraussetzung dafür ist, den Binnenmarkt im Sinne von Art. 14 EG zu verwirklichen. (...) Daran scheitert etwa die auf den ersten Blick einleuchtende Vorstellung, Ziel sei ein möglichst ausgebauter Schutz des »homo creator«.

189 Drexler, GRUR Int. 1999, 1, 13.

190 WIPO Copyright Treaty (WCT) und WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT).

nischer Prägung zusammenprallen lassen. All diese Entwicklungen haben die kontinental-europäischen Vorstellungen von einem urheberzentrierten Schutzrechtssystem zunehmend auf die Probe gestellt.

Konkret festmachen lässt sich die Infragestellung des urheberzentrierten Paradigmas anhand der europäischen Urheberrechtsharmonisierung. Den Auftakt zur Einebnung der Schutzvoraussetzungen machte Art. 1 Abs. 3 der Computerprogramm-Richtlinie, wonach Computerprogramme geschützt werden, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind¹⁹¹. Zur Bestimmung ihrer Schutzzfähigkeit sollen keine anderen Kriterien angewandt werden. Erwägungsgrund 8 der Computerprogramm-Richtlinie präzisiert, dass insbesondere nicht »qualitative oder ästhetische Vorzüge« eines Computerprogramms als Kriterium für die Beurteilung der Schutzzfähigkeit herangezogen werden dürfen. Die Schutzdauer-Richtlinie¹⁹² und die Datenbank-Richtlinie¹⁹³ übernahmen in der Folge die einmal gefundene Terminologie der »eigenen geistigen Schöpfung«. Zwar ist es sicher zutreffend, dass diese punktuellen Harmonisierungen der Schutzvoraussetzungen noch keine Gesamtabkehr vom Erfordernis der Individualität darstellen¹⁹⁴. Dafür sind die entsprechenden Richtlinien bislang zu vereinzelt und knüpfen vor allem auch nur an eher neue Werkarten an, die ohnehin nicht dem klassischen Urheberrecht zugerechnet werden¹⁹⁵. Gleichwohl zeichnet sich auf europäischer Ebene eine eindeutige Tendenz ab. Sie lautet: Absenkung der Schutzvoraussetzungen. Indem eine »eigene geistige Schöpfung« für die Schutzgewährung verlangt wird, also ein sehr dehnbarer und offener Begriff zum Maßstab erhoben wird, ist die An-

191 Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen. Vgl. § 2 Abs. 2 UrhG, der eine »persönliche geistige Schöpfung« verlangt.

192 Siehe Art. 6 der Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte: »Fotografien werden gemäß Artikel 1 geschützt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, daß sie das Ergebnis der *eigenen geistigen Schöpfung* ihres Urhebers sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzzfähigkeit sind keine anderen Kriterien anzuwenden.« (Hervorhebung durch den Verf.).

193 Siehe Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken: »Gemäß dieser Richtlinie werden Datenbanken, die aufgrund der Auswahl oder Anordnung des Stoffes eine *eigene geistige Schöpfung* ihres Urhebers darstellen, als solche urheberrechtlich geschützt. Bei der Bestimmung, ob sie für diesen Schutz in Betracht kommen, sind keine anderen Kriterien anzuwenden.« (Hervorhebung durch den Verf.).

194 So auch Peifer, Individualität im Zivilrecht, S. 80. Auch Erwägungsgrund 17 der Schutzdauer-Richtlinie spricht gegen eine solche Sichtweise: »(...) Im Sinne der Berner Übereinkunft ist ein fotografisches Werk als ein individuelles Werk zu betrachten, wenn es die *eigene geistige Schöpfung* des Urhebers darstellt, in der seine Persönlichkeit zum Ausdruck kommt« (Hervorhebung durch den Verf.). Letztere Erläuterung spricht hier eher zugunsten des traditionellen deutschen Urheberrechtsverständnisses einer persönlichen Entäußerung im Werk und gegen die anglo-amerikanische Vorstellung von einer bloßen persönlichen Verursachung eines Werkes durch den Urheber.

195 Peifer, Individualität im Zivilrecht, S. 80.

knüpfung an die Individualität zwar keineswegs ausgeschlossen. Immerhin werden aber in jedem Fall geringere Anforderungen an die Schutzgewährung gestellt, zumal zusätzliche qualitative oder ästhetische Kriterien irrelevant sein sollen¹⁹⁶. Je tiefer aber die Schwelle für den Urheberrechtsschutz angesetzt wird, desto weniger überzeugen personalistische Überlegungen, die immer unterstellen, dass das Werk Ausdruck der Schöpferpersönlichkeit ist¹⁹⁷. Die »Banalisierung der Schutzvoraussetzungen«¹⁹⁸, ein Prozess, der freilich nicht nur der europäischen Urheberrechtsharmonisierung sondern auch einer großzügigen Handhabung der Schutzkriterien durch die Rechtsprechung geschuldet ist, führt die tradierte personalistische Rechtfertigung und individualistische Konzeption des Urheberrechts letztlich ad absurdum¹⁹⁹.

Das urheberzentrierte Paradigma hat im Zuge der europäischen Urheberrechtsharmonisierung eine entscheidende Schwächung auch dadurch davongetragen, dass in den bisherigen Richtlinien die Urheberpersönlichkeitsrechte stets ausgeklammert worden sind. Indem man die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Belange wiederholt außen vor gelassen hat, muss (nicht nur) in den Ländern des anglo-amerikanischen Rechtskreises der Eindruck entstehen, dass der rechtspolitische Stellenwert des *droit moral* so hoch letztlich nicht sein kann²⁰⁰. Unter rechtsdogmatischen Gesichtspunkten führt die bisherige Vernachlässigung der Urheberpersönlichkeitsrechte bei separater Harmonisierung der Verwertungsrechte zudem dazu, dass der Monismus als die wohl radikalste und strengste Ausprägung des urheberzentrierten Paradigmas unterminiert wird; die monistische Vorstellung von einer unauflösbaren Verklammerung der verwertungs- und der persönlichkeitsrechtlichen Schutzkomponente wird durch die regelmäßige Ausklammerung letzterer in jedem Fall aufgeweicht. Dadurch, dass die Europäische Kommission die Harmonisierung des ideellen Interessenschutzes der Urheber immer weiter hinauszögert und sich ausschließlich und losgelöst auf die Angleichung des materiellen Schutzes der Urheber und v.a. Rechteinhaber konzentriert

196 Dreier-Schulze-Schulze, *UrhG*, § 2, Rn. 22 f.; näher zur ungelösten Auslegung der Wendung »eigene geistige Schöpfung« *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 79 f., demzufolge diese Kompromissformel die Frage aufwerfe, »ob der Umstand, daß es sich um eine »eigene« Schöpfung des Urhebers handeln muß, auf den Urheber als Veranlasser hindeutet oder ob der Urheber sich mit seiner Persönlichkeit im Werk entäußert haben muß. Ersteres entspricht dem britischen, letzteres dem kontinentaleuropäischen Verständnis.«.

197 *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 153.

198 Immenga-Mestmäcker-Ullrich, *EG-Wettbewerbsrecht*, Bd. I, VIII. Abschnitt, B., Rn. 22.

199 *Dietz*, Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung, in: FS Schricker I, S. 1, 16; *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 153.

200 Vgl. den von *Peifer* erstellten Tagungsbericht in: Konturen eines europäischen Urheberrechts, Hg. v. *Schricker/Bastian/Dietz*, S. 87, 122. Ähnlich auch *Metzger*, Europäisches Urheberrecht ohne *Droit moral*?, in: FS Schricker II, S. 455, 461.

hat, setzt sich schleichend der Dualismus durch²⁰¹. Da aber auch der Dualismus auf der Erkenntnis basiert, dass das Urheberrecht weder reines Vermögens- noch reines Persönlichkeitsrecht ist, geht auch er nicht gestärkt aus der bisherigen europäischen Urheberrechtsharmonisierung hervor. Der sich andeutende mögliche Triumph des Dualismus könnte, wenn sich das verwerterzentrierte Urheberrechtsverständnis auf europäischer Ebene unverändert fortsetzt, zu einem Pyrrhussieg werden, denn ob Monismus oder Dualismus, geschwächt ginge das urheberzentrierte Paradigma in beiden Fällen hervor.

Die tiefere Ursache für die Zurückhaltung der Europäischen Kommission in Sachen Urheberpersönlichkeitsrecht ist die bislang ausgebliebene dogmatische Konsolidierung eines gemeinsamen europäischen Urheberrechts bzw. letztlich die ungeklärte Systemfrage²⁰². Das von ergebnisorientiertem Pragmatismus getragene, unentschiedene Lavieren zwischen dem kontinentaleuropäischen droit d'auteur-System und dem britischen bzw. irischen Copyright-Ansatz illustriert im binneneuropäischen Kontext die bestehende Spannung. Im globalen Kontext ist der Druck auf das kontinentaleuropäische, urheberzentrierte Paradigma ungleich größer durch die gegenwärtig (noch) bestehende kulturwirtschaftliche und machtpolitische Hegemonialstellung der USA. So ist das utilitaristisch begründete, amerikanische Copyright-System mit seinem ausgeprägten Investitionsschutz gewiss einer der stärksten Impulsgeber für die Infragestellung des Konzepts vom Urheberrecht als Urheberschutzrecht. Zum einen treffen hier in einem durch Digitalisierung und Internet immer häufiger grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr Works-made-for-hire-Doktrin und Vorstellungen von Schöpferprinzip und der Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse frontal aufeinander. Zum anderen hat das US-amerikanische Copyright-Denken wachsenden Einfluss auf die europäische Urheberrechtstheorie. Die zunehmende Rezeption

201 Vgl. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 125: »Je länger die EG-Kommission die Antwort (auf die Systemfrage, Anm. des Verf.) vor sich herschiebt, desto größer wird die Gefahr, dass sich die Verwertungsrechte und das Urheberpersönlichkeitsrecht rechtlich verselbständigen und sich damit unbemerkt die dualistische Auffassung des Urheberrechts durchsetzt.«.

202 *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 125. Dass man bislang keine gemeinsame dogmatische Basis zum Schutz urheberrechtlicher Werke ausbilden konnte, steht in einem frappierenden Gegensatz zum ausgeprägten internationalen Geschäftsverkehr mit urheberrechtlich geschützten Gütern, so bereits *Dieselhorst*, Was bringt das Urheberpersönlichkeitsrecht?, S. 1. Vielleicht ist die durch das fehlende dogmatische Fundament ausgelöste Irritation allerdings auch (nur) ein ur-deutsches oder kontinentaleuropäisches Phänomen. So bemerkte *Schricker* einmal, wiedergegeben auf Grundlage des von *Peifer* erstellten Tagungsberichts, in: Konturen eines europäischen Urheberrechts, Hg. v. *Schricker/Bastian/Dietz*, S. 87, dass das Bemühen, aus den Einzelregelungen das Gemeinsame und Grundsätzliche herauszulösen, um hieraus die mögliche Gestalt einer harmonisierten europäischen Gesamtregelung des Urheberrechts zu erschließen, »ein typisches Exerzium kontinentaleuropäischen Systemsdenkens sei, das zwar die Freude an dogmatischer Ordnung und Symmetrie befriedigen möge, aber von zweifelhaftem Erkenntniswert in einer Rechtswelt bleibe, in der pragmatisch agiert werde.«.

der aus den USA stammenden ökonomischen Analyse des Urheberrechts ist hierfür das beste Beispiel²⁰³. Das zumindest in der Theorie stärker an ökonomietheoretischen Effizienzkriterien und Nützlichkeitsgesichtspunkten (vgl. Art. 1, Section 8, Clause 8 US-Verfassung) ausgerichtete Copyright-Denken hat die kontinentaleuropäische Urheberrechtstheorie pluralistischer werden lassen. Es hat auch hierzulande die Erörterung von urheberrechtlichem Schutzzumfang und -dauer beispielsweise anhand ökonomietheoretischer Kriterien befördert und den Rückzug auf ein allein personalistisch geprägtes Denkmuster erschwert.

Gewiss lässt sich argumentieren, dass das mitunter als Bedrohung empfundene US-amerikanische Copyright-Denken nicht notwendig zu einer Erosion des urheberzentrierten Paradigmas führen müsse, sondern dass ganz im Gegenteil die rechtspolitisch dadurch ausgelösten Beharrungskräfte eher zu seiner Stärkung und Festigung beitragen. Fraglich ist indes, inwieweit dieser »Widerstand« von Erfolg gekrönt sein wird und man sich machtpolitisch Gehör verschaffen kann, solange man in Europa auf von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat divergierende Urheberrechtskonzeptionen pocht²⁰⁴.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass das normative Leitbild der individuellen, schöpferischen Einzelpersönlichkeit durch den Zusammenprall mit konträren Konzepten zunehmend in Frage gestellt und dadurch das traditionelle, individualistisch gerechtfertigte und urheberzentriert ausgestaltete sowie monistisch bzw. dualistisch konzipierte Urheberrecht, kurz: das urheberzentrierte Paradigma, einem erhöhten Rechtfertigungsdruck ausgesetzt wird.

II. Aufweichung des urheberzentrierten Paradigmas durch Erosion der Schutzrechtsgrenzen

Die Auflösung der Grenzen des Urheberrechts zu anderen Schutzrechten ist ein weiterer Anlass, über die tradierten Grundannahmen des Urheberrechts nachzudenken. Namentlich *Kur* hat sich mit dieser Annäherungstendenz zwischen den einzelnen Teildisziplinen des Geistigen Eigentums auseinandergesetzt. Sie ist dabei zu dem vorläufigen Ergebnis gelangt, »dass die ursprünglich deutlich unterschiedlichen, aufgabenspezifisch ausgerichteten Fundierungen der verschiedenen

203 Siehe dazu bereits in Kap. 2 C. VI. und vertieft nachstehend in Kap. 4 C. I.

204 Ähnlich *Hilty*, IIC 2004, 760, 775: »Member States should realise that a continued defence of different national perceptions of copyright undermines the potential of acting together. Even the most well-meaning arguments, based on historical roots, are not persuasive in view of the fact that in the internal market, common interests must be bundled to accomplish global competition on the question of the further development of copyright. If the Member States are not ready to learn that lesson, the influence of the EU at the international level will hardly receive the attention it deserves.«.

Schutzrechte in ihrer Bedeutung tendenziell zurücktreten.«²⁰⁵. Zu beobachten sei eine allgemeine Annäherung der Immaterialgüterrechte an das Erscheinungsbild des wettbewerblichen Leistungsschutzes, was sich an einer immer stärkeren »Betonung des Leistungsschutzes, insbesondere in Form des Investitionsschutzgedankens« festmachen lasse. Die Folge sei »eine Erosion der bisherigen Schutzrechtsgrenzen, und zwar nicht allein im Verhältnis zum bisher schutzrechtsfreien Bereich, sondern (...) auch im Verhältnis der einzelnen Schutzrechtskategorien zueinander.«. Als Konsequenz dessen würden Schutzrechte »immer häufiger in Situationen geltend gemacht, in denen dies aus traditioneller Perspektive als überraschend oder deplatziert, manchmal sogar als 'dysfunktional' erscheint. Zudem erhöht sich das Potenzial der Fälle, in denen im Hinblick auf eine konkrete Leistung nicht nur ein, sondern gleich mehrere Schutzrechte geltend gemacht werden.«²⁰⁶. Diese Konvergenzproblematik soll hier nicht weiter vertieft werden. Es dürfte aber bereits deutlich geworden sein, dass aus Gründen der Konturschärfung des Urheberrechts und zum Zwecke der Abgrenzung zu einem reinen Investitionsschutz bzw. zu bei anderen Kodifizierungen im Vordergrund stehenden Zwecken – wie etwa dem, Wettbewerb zu eröffnen –, eine programmatische Neubestimmung der urheberrechtliche Normzwecke geboten ist.

Inwieweit sich die Konvergenzprobleme insbesondere noch dadurch verschärfen werden, dass neben den urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen auch ein patentrechtlicher Schutz treten soll, kann hier nicht abschließend beurteilt werden²⁰⁷. Im Zusammenhang mit dem Softwareschutz hat *Jänich* jedenfalls auf eine »gewisse Beliebigkeit der Schutzrechtseinordnung« hingewiesen²⁰⁸. So hat man seinerzeit das Schutzbedürfnis für Computerprogramme erkannt und sich aus den grundsätzlich zur Verfügung stehenden Ansätzen, dem Urheberrecht, dem Patentrecht oder einem neuen Sonderrechtsschutz, für das Urheberrecht entschieden und im ersten Teil des UrhG einen gesonderten Abschnitt für Computerprogramme eingefügt (§§ 69a-g UrhG). Jetzt aber wird auf Betreiben der Softwareindustrie ein ergänzender patentrechtlicher Schutz vorangetrieben. *Jänich* legt daher den Finger auf die Wunde, wenn er feststellt, dass die strenge Diffe-

205 *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23, 32.

206 *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23, 33.

207 Kritisch zum Verschwimmen der Schutzrechtsgrenzen insoweit auch *Geller*, GRUR Int. 2006, 273, 275; Zur urheber- und patentrechtlichen Schutzrechtsduplizität im Fall von Computerprogrammen *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum?, S. 364 f., der auf das Problem eingeht, dass das Urheberrecht nur eine bestimmte Ausdrucksform eines Computerprogramms schützt und in der Theorie keinen Ideenschutz bieten soll, während das Patentrecht die neuartige Idee schützt, die der durch das Computerprogramm vermittelten technischen Lösung für ein technisches Problem zugrunde liegt.

208 *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum?, S. 365 f.

renzung zwischen Urheber- und Patentrecht fragwürdig wird, wenn für Software sowohl urheber- als auch patentrechtlicher Schutz für eine im Kern identische geistige Leistung gewährt werde²⁰⁹. Auch wenn man nicht unberücksichtigt lassen darf, dass die Ausgestaltung beider Rechte natürlich wesentlich differiert, kann *Jänich* zumindest insoweit zugestimmt werden, dass durch diesen »Wanderer zwischen den Welten« die Grenze verschwimmt und sich das Urheberrecht den gewerblichen Schutzrechten annähert. Hinfällig ist hier in jedem Fall die von *Schack* bemühte Unterscheidung zwischen dem »zumindest im Kern naturrechtlich vorgegebenen« Urheberrecht und den gewerblichen Schutzrechten als ökonomisch gerechtfertigte, künstliche Monopole²¹⁰. Der sich abzeichnende duale Schutz von Software hat eine das System sprengende Wirkung, denn es nicht nachvollziehbar, wie der rechtliche Schutz für eine im Wesentlichen übereinstimmende geistige Leistung zugleich eine naturrechtlich-individualistische und eine ökonomische Rechtfertigung erfahren soll²¹¹. Allein die Unterschiede bei der Schutzrechtfertigung, der Schutzentstehung²¹² und der Schutzdauer²¹³ zeigen deutlich, dass das System hier mehr als nur »knirscht«. Möglicherweise wird sich daher eines Tages die Schutzduplizität für Computerprogramme im Rückblick als der endgültige Todesstoß für die klassische Schutzzweckbegründung erweisen²¹⁴. Natürlich lässt sich dagegen argumentieren, die parallele Schutzgewährung lasse sich dadurch rechtfertigen, dass schließlich auch divergierende Schutzgegenstände betroffen seien (im Urheberrecht die einem literarischen Werk gleichge-

209 Nach *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?, S. 366, hafte dieser Differenzierung zumindest der Hauch einer romantischen Verklärtheit an.

210 *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 29, Rn. 61.

211 *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?, S. 367, erkennt darin die künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Schöpfungsvorgangs. Auch *Hilty*, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. *Dittrich*, S. 20, 42, hat es unter expliziter Bezugnahme auf die seinerzeitige Einführung eines urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen als absurd bezeichnet, »wenn Schutzrechte ins Urheberrecht eingepflanzt werden, die eindeutig und einzig industriellen Charakter haben«.

212 Beim Urheberrecht: ipso iure formfrei durch die Werkschöpfung; beim Patentrecht: formal, ein unter staatlicher Mitwirkung verliehener Schutz, vgl. *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 33.

213 Beim Urheberrecht: 70 Jahre post mortem auctoris, § 64 UrhG; beim Patentrecht: 20 Jahre, § 16 PatG.

214 Die von der Verankerung des Schutzes für Computerprogramme im UrhG ausgehende Gefahr hat der Gesetzgeber seinerzeit bereits klar gesehen. Das zerstörerische Potential dieser Aufnahme in das UrhG war einer der Gründe für die gebündelte Einfügung in einem gesonderten Abschnitt am Ende des ersten Teils des UrhG. Der Gesetzgeber wollte Ausstrahlungen der Sonderregelungen für Computerprogramme auf das allgemeine Urheberrecht dadurch möglichst vermeiden, AmtlBegr. BT-Drs. 12/4022, S. 8; s.a. *Dreier*, GRUR 1993, 781; *Schricker-Loewenheim*, Urheberrecht, Vor §§ 69a ff., Rn. 4. Durch die »Schutzrechtsodysee« (*Jänich*, a.a.O., S. 378) für Computerprogramme droht dieses Anliegen nun ad absurdum geführt zu werden, da die duale Schutzgewährung nicht nur auf das klassische Urheberrecht »ausstrahlt«, sondern zu dessen Wurzeln durchschlägt.

stellte Ausdrucksform, im Patentrecht der Schutz der technischen Idee). Aber dieses Festhalten an der traditionellen Differenzierung verschließt den Blick für das eigentliche Problem. Denn die problematische Einordnung der Computerprogramme in das Schutzrechtssystem des Geistigen Eigentums ist beileibe kein Einzelfall. Man denke nur an den Geschmacksmusterschutz, dessen Zuordnung zwischen Urheberrecht und technischem Schutzrecht changiert²¹⁵. Die Unsicherheit bei der Zuordnung zeigt, dass die traditionelle Unterscheidung zwischen geistigem Eigentum und gewerblichen Schutzrechten an Griffbarkeit verloren hat²¹⁶. Man mag dies bedauern, aber es erscheint fraglich, ob eine Umkehr zum Status quo ante möglich ist. Die Durchdringung aller Teildisziplinen des Geistigen Eigentums mit dem Investitionsschutzgedanken scheint im Gegenteil unaufhaltsam. Angesichts des faktischen Dammbrochs und dem sich verstärkenden Verschwimmen der Schutzrechtsgrenzen ist mithin davon auszugehen, dass sich der Investitionsschutzgedanke kaum noch aus dem Urheberrecht wird verdrängen lassen. Dies muss nicht notwendigerweise von Nachteil sein. Durch die Annäherung an das Patentrecht öffnet sich schließlich auch dessen Begründungsapparat wie etwa die Fortschrittsförderung. Dieses Potential lässt sich keineswegs nur im Sinne einer Schutzrechtsexpansion, sondern umgekehrt auch als Schutzrechtseindämmung fruchtbar machen für das Urheberrecht.

Vor diesem Hintergrund erscheint es zusammenfassend erforderlich, mögliche Gemeinsamkeiten der Schutzrechte zu nutzen (Förderung von Fortschritt) und zugleich Unterschiede zur Konturschärfung (hier Literatur, Wissenschaft und Kunst, dort Technik und gewerbliche Anwendbarkeit) stärker zu betonen.

III. Infragestellung des urheberzentrierten Paradigmas durch Philosophie der Postmoderne

Die zentrale Stellung des Urhebers wird ferner angefochten durch die kulturtheoretische und philosophische Strömung der Postmoderne, zu deren Wegbereitern namentlich *Lyotard*, *Foucault* und *Barthes* gezählt werden können²¹⁷. Ursprünglich ein Begriff der Literaturwissenschaft, hat der Begriff der Postmoderne sukzessiv andere Bereiche, darunter zunächst und im allgemeinen Bewusstsein besonders prominent die Architektur, erfasst und schließlich eine inflationäre Ver-

215 *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?, S. 367; *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 34, zu der international schwankenden Einordnung zwischen »patent approach«, »copyright approach« und »design approach«.

216 *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?, S. 367.

217 *Lyotard*, Das postmoderne Wissen, S. 13 ff.; *Foucault*, Was ist ein Autor?, in: Schriften zur Literatur, Hg. v. *Defert/Ewald*, S. 234 ff.; zu *Foucault* instruktiv *Fink-Eitel*, *Foucault zur Einführung*, S. 1 ff.; *Barthes*, Der Tod des Autors, in: Das Rauschen der Sprache, S. 57 ff.; eine überblicksartige Darstellung zum problematisch diffusen Begriff der Postmoderne findet sich u.a. bei *Welsch*, *Unsere postmoderne Moderne*, S. 1 ff.

wendung insbesondere im Feuilleton erlebt²¹⁸. Grob vereinfachend wird mit der Postmoderne häufig die Aussage verbunden, dass in der Kunst nichts substantiell Neues mehr zu schaffen ist. Diese Zuspitzung sucht in Abgrenzung zur der vom Avantgardegedanken getragenen Moderne dem Umstand Rechnung zu tragen, dass zunehmend die radikal pluralistische Rückbesinnung und nicht selten collagehafte Kombination oder auch ironische, zitierende Verwendung bereits bestehender Werke, Traditionen und Stile im Mittelpunkt künstlerischen Bemühens steht²¹⁹. Diese Entwicklung beruht u.a. auf der Erkenntnis, dass es angesichts der unüberschaubaren Zahl bereits bestehender Werke und abgenutzter ästhetischer Erfahrungen zunehmend schwieriger geworden ist, zu einem schöpferischen Selbstausdruck zu gelangen, also etwas originär Individuelles und Neues zu schöpfen, etwas, das noch nie dagewesen und nicht vorhersehbar ist²²⁰ – eine Einsicht mit potentieller Sprengkraft für das urheberrechtliche Schöpferparadigma. Weiter gefasst, scheint sich also aus der Sicht der Postmoderne das »moderne Denken in Kategorien der Originalität und des Selbstausdrucks, der Machtsteigerung und des Fortschritts (...) in einem Zustand der Krise oder der Erschöpfung (zu) befinden.«²²¹.

Für eine Annäherung an das diffuse, sozio-kulturelle Phänomen namens Postmoderne lohnt es, am Ausgangspunkt der postmodernen Debatte anzuknüpfen: in der Literaturwissenschaft. Problematisch für die traditionelle Urheberrechtslehre ist hier vor allem der im Vergleich zu anderen poststrukturalistischen Strömungen der neueren Literaturwissenschaft²²² stärker gesellschaftstheoretisch ausgerichtete diskursanalytische Ansatz, der mit dem Namen *Foucaults* verbunden ist. *Fou-*

218 Als Vertreter einer postmodernen Architektur sind u.a. *Charles Jencks*, *Philip Johnson*, *James Stirling* oder *Hans Hollein* zu nennen. Als Vertreter postmoderner Literatur lassen sich insbesondere *Jorge Luis Borges*, *Umberto Eco*, *Italo Calvino*, *Don De Lillo* und *Paul Auster* anführen. Im Bereich der bildenden Kunst lässt sich an *Andy Warhol* oder *Jeff Koons* denken.

219 *Welsch*, *Unsere postmoderne Moderne*, S. 1 ff., passim.

220 *Wellershoff*, *Die Auflösung des Kunstbegriffs*, S. 31 und passim, macht dies insbesondere für den Bereich der Literatur anschaulich. Danach empfinden Schriftsteller besonders scharf, dass sie die fiktionalen und ästhetischen Erfahrungen und den Umgang mit den Erwartungen der Leser nicht mehr so organisieren können wie bisher im traditionellen Roman, »daß die gewohnten Formen der Organisation des Stoffes keine neuen Erfahrungen mehr erlauben. Alles ist im voraus bekannt, wirkt fadenscheinig und verschlissen.«.

221 *Weimann*, *Das Ende der Moderne?*, in: *Postmoderne – globale Differenz*, Hg. v. *Weimann/Gumbrecht*, S. 9.

222 Instruktiv *Wagner-Egelhaaf*, *Text, Struktur, Zeichen*, in: *Einführung in die neuere deutsche Literaturwissenschaft*, Hg. v. *Petersen/Wagner-Egelhaaf*, S. 195, 210. Danach ist der Begriff »Poststrukturalismus«, der sich als Teil der Postmoderne verstehen lässt, u.a. eine Sammelbezeichnung für literaturwissenschaftliche Methoden, die sich zeitlich nach und aufbauend auf dem Strukturalismus entwickelt haben. Darunter fallen sowohl textbezogene Ansätze wie der mit dem Namen *Derrida* verknüpfte Dekonstruktivismus als auch textübergreifende Ansätze wie die sog. »Cultural Studies« oder die nachfolgend in aller Kürze dargestellte Diskursanalyse. Der weiter unten erörterte *Barthes* wird *Wagner-Egelhaaf* zufolge, a.a.O., S. 210, »üblicherweise als Übergangsfigur zwischen Strukturalismus

Foucault hat die Aufmerksamkeit der Literaturwissenschaft weg vom einzelnen Urheber bzw. Werk und auf die kulturellen Rahmenbedingungen eines Textes hingelenkt²²³. *Foucault* verzichtet darauf, einen Text in seiner Gesamtheit hermeneutisch zu interpretieren. Er fragt »viel bescheidener (...) – nach den Funktionsbedingungen spezifischer diskursiver Praktiken«²²⁴. Damit wertet *Foucault* ein Werk nicht mehr als individuelle Entäußerung, sondern reduziert es auf seine objektive Funktion als kultureller Diskursbeitrag, bei dem die Zuweisung an einen Urheber als individuelles Subjekt allenfalls noch einen den Diskurs ordnenden Bedeutungsgehalt hat²²⁵. Indem *Foucault* vom Urheber abstrahiert, vermag er auch jenen vieldeutigen Sinn eines Textes freizulegen, der nicht mit dem Autor verknüpft ist. Entsprechend wird dem Rezipienten größere Bedeutung zugewiesen als dem Urheber, der hinter seinem Werk zurücktritt. Nach *Eagletons* Verständnis bedeute dies, dass der Leser und nicht der Autor der wahre Produzent des Textes sei²²⁶.

Barthes hat die Ablehnung einer außersprachlichen Einbettung von Texten noch weiter getrieben. Er kritisiert: »das Bild der Literatur, das man in der gängigen Kultur antreffen kann, ist tyrannisch auf den Autor ausgerichtet, auf seine

und Poststrukturalismus betrachtet«. Näher zum Verhältnis zwischen Poststrukturalismus und Postmoderne *Münker/Roesler*, Poststrukturalismus, Einleitung, VIIIff. und S. 139, die den Poststrukturalismus als philosophische Strömung in den Diskurs einer kritischen Reflexion der Moderne (sprich: Postmoderne) einreihen: »Spätestens seit den Debatten um die Postmoderne zu Beginn der 80er Jahre (...) wird das Vokabular des Poststrukturalismus mobilisiert, um Entwicklungen in Kunst, Musik, Theater, Literatur und nicht zuletzt den sogenannten neuen Medien zu beschreiben.«.

223 *Kammler*, Diskursanalyse, in: *Neue Literaturtheorien*, Hg. v. *Bogdal*, S. 32, 33, drückt die radikale Negation der traditionell auf den Urheber ausgerichteten Interpretation (»die diskursanalytische Liquidierung eines imaginären »Autor-Gotts««, S. 47) so aus: »Foucaults Angriff richtet sich gegen die Mystifizierung des Subjekts, das der Kommentar (d.h. die Interpretation, Anm. d. Verf.) als Ursprung, Wesen, Substanz hinter den »bloßen Erscheinungen«, die die sprachlichen Aussagen für ihn darstellen, aufspüren will.«.

224 *Foucault*, Was ist ein Autor?, in: *Schriften zur Literatur*, Hg. v. *Defert/Ewald*, S. 237.

225 *Foucault*, Was ist ein Autor?, in: *Schriften zur Literatur*, Hg. v. *Defert/Ewald*, S. 244; Dazu *Kammler*, Diskursanalyse, in: *Neue Literaturtheorien*, Hg. v. *Bogdal*, S. 32 ff., insb. 46; *Krit. Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 85, der anknüpfend an die markenrechtliche Unterscheidungs- bzw. Herkunftsfunktion davon spricht, dass der Autor bei dieser werk- bzw. objektbezogenen Betrachtungsweise *Foucaults* »zur werkidentifizierenden Marke« werde.

226 *Eagleton*, Einführung in die Literaturtheorie, S. 122; *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 23; Bereits in der strukturalistischen Literaturtheorie kam dem Rezipienten eine wesentliche Rolle zu. *Strohmaier*, Strukturalistische Literaturwissenschaft, in: Einführung in die neuere deutsche Literaturwissenschaft, Hg. v. *Gutzen/Oellers/Petersen*, S. 285, 295, zufolge gehe »das schon daraus hervor, daß das System von Zeichen, als das ein literarischer Text vorgestellt wird, einer Aktualisierung bedarf. Erst durch den Leser wird die Differenz zwischen der Bedeutung eines Zeichens im Alltagssprachlichen Gebrauch und seiner Verwendung in einem literarischen Werk aktualisiert.«; S.a. *Eco*, Im Wald der Fiktionen, S. 11: jede erzählerische Fiktion »macht Andeutungen und erwartet dann vom Leser, daß er kooperiert und eine Reihe von Leerstellen füllt. Jeder Text ist (...) eine faule Maschine, die vom Leser einen Teil ihrer Arbeit zu tun verlangt.«.

Person, seine Geschichte, seine Vorlieben und seine Leidenschaften (...) Die *Erklärung* des Werks wird immer auf seiten desjenigen gesucht, der es hervorgebracht hat (...).«²²⁷. Die Literaturkritik, so *Barthes*, verfare nach dem Muster: »Ist der »Autor« gefunden, ist der Text erklärt«²²⁸. Entferne man aber den Autor, dann werde der Anspruch, einen Text zu »entziffern«, völlig überflüssig. Erforderlich sei vielmehr das Schreiben zu »entwirren«²²⁹. *Barthes* radikalisiert daher die Negation des Autors und spricht schließlich vom »Tod des Autors«, dem er die Geburt des Lesers gegenüberstellt²³⁰. Die Absage an eine zentrale Rolle des Autors korrespondiert dabei mit der weit über den ästhetisch-kulturellen Bereich hinausweisenden, postmodernen bzw. poststrukturalistischen Parole vom »Tod des Subjekts«, einer eher philosophischen These, die viel Zustimmung gefunden hat²³¹.

Diese postmoderne Sichtweise, die sich in ihrer betonten Gleichgültigkeit gegenüber dem Autor eines »Textes« bzw. Werkes gegen eine Überbewertung des Subjekts wendet und eine weniger urheberfixierte Literatur- bzw. allgemein Kunstwahrnehmung propagiert, steht in Konflikt mit einer subjektbezogenen Werkwürdigung im Urheberrecht. Zugleich führt der postmoderne Zweifel, ob sich in der Kunst noch durch autonome Subjekte Neues schaffen lasse, zu einem Spannungsverhältnis mit der Vorstellung von einer zentralen Rolle einer genialischen Schöpferpersönlichkeit, die aus sich selbst heraus immer neue, noch nie dagewesene

227 *Barthes*, Der Tod des Autors, in: Das Rauschen der Sprache, S. 57, 58. Auf S. 60 führt er seine Einwände gegenüber dem traditionellen Autorenverständnis, wie es auch der personalistischen Begründung des Urheberrechts zugrundeliegt, weiter aus: »Der »Autor« wird, falls man daran glaubt, immer als die Vergangenheit seines eigenen Buchs angesehen (...) Der Autor, heißt es, *speise* das Buch, existiere also vor ihm, denke, leide und lebe für es; er unterhält zu seinem Werk die gleiche Beziehung der Vorgängigkeit wie ein Vater zu seinem Kind. Der moderne Schreiber hingegen entsteht gleichzeitig mit seinem Text (...) es gibt keine andere Zeit als die der Äußerung, und jeder Text ist ewig *hier* und *jetzt* geschrieben.«.

228 *Barthes*, Der Tod des Autors, in: Das Rauschen der Sprache, S. 57, 62.

229 *Barthes*, Der Tod des Autors, in: Das Rauschen der Sprache, S. 57, 62 f.

230 *Barthes*, Der Tod des Autors, in: Das Rauschen der Sprache, S. 57, 63.

231 Siehe zur Debatte um die insbesondere von *Foucault*, *Deleuze*, *Derrida* und *Lyotard* geübte Subjektkritik den Sammelband »Die Frage nach dem Subjekt«, Hg. v. *Frank/Raulet/van Reijen*; Zu *Foucault* als poststrukturalistischem Denker siehe *Fink-Eitel*, *Foucault* zur Einführung, S. 12 f.; *Münker/Roesler*, Poststrukturalismus, Einleitung, XIII (»radikale Dezentrierung des modernen Subjektbegriffs«) und S. 28 ff.; *Schütze*, Überlegungen zum Status des Subjekts nach der Moderne, in: Postmoderne – globale Differenz, Hg. v. *Weimann/Gumbrecht*, S. 319; zustimmend zum Ende eines subjektbezogenen Kunstverständnisses *Wellershoff*, Die Auflösung des Kunstbegriffs, S. 28 ff.

Werke schafft und sich dabei im Werk ihrer Individualität entäußert²³² – einer Annahme, die dem traditionellen normativen Leitbild des Urheberrechts zugrundeliegt²³³.

Bei kritischer Würdigung dieser postmodernistischen Sichtweise lässt sich dem populären Einwand, in der Kunst sei die Schaffung von etwas Neuem nicht mehr möglich, mit der sog. »Zweiten Moderne« optimistisch entgegenhalten, dass namentlich die »Medienkünste« mit ihren erweiterten technischen Darstellungsmöglichkeiten ein erneutes avantgardistisches Werkschaffen eröffnet haben²³⁴. Für eine solche Ablehnung des postmodernistischen Kulturpessimismus spricht einiges. Die Grenzen des kreativ Darstellbaren und ästhetisch Interessanten scheinen bei Weitem nicht erreicht, auch wenn die Expansion der Kunst offenbar häufig nur um den Preis ihrer Trivialisierung und Entsublimierung zu haben ist²³⁵.

Angesichts des zweifellos ungebrochenen (bzw. ausgeferten) künstlerischen Werkschaffens ist die Versuchung jedenfalls groß, die Debatte um die Postmoderne allgemein und insbesondere die Frage, ob oder inwieweit künstlerischer Selbstaussdruck durch autonome Subjekte noch möglich ist, mit einem Verweis auf die Empirie als abgehoben und irrelevant für das Urheberrecht abzutun. Nur weil der schöpferische Selbstaussdruck möglicherweise schwieriger geworden sein mag, so lässt sich argumentieren, heiße das längst nicht, dass das personalistisch gerechtfertigte und urheberzentriert konzipierte Urheberrecht überholt wäre. Auch kann man sich als Urheberrechtler natürlich auf den Standpunkt stellen, der postmodernistische Zweifel, ob sich in der Kunst noch substantiell Neues schaffen lasse, sei urheberrechtlich ohnehin irrelevant, weil die Neuheit eines

- 232 S.a. *Rose*, *The Author as Proprietor*, in: *Of Authors and Origins*, Hg. v. *Sherman/Strowel*, S. 23, 54 f.: «(...) a gap has appeared between the dominant mode of legal thinking and that of literary thinking. «Originality», the necessary and enabling concept that underlies the notion of the proprietary author, is at best a problematic term in current thought, which stresses rather the various ways in which, as it is often put, language speaks through man. Where does one text end and another begin? What current literary thought emphasizes is that texts permeate and enable each other (...)».
- 233 Näher zu diesem normativen Leitbild *Peifer*, *Individualität im Zivilrecht*, S. 76 ff.: »Nicht das, was der Urheber aus der Natur, dem Gemeingut oder dem geistigen Gut anderer, sondern nur, was er aus sich selbst hervorbringt, ist Grundlage des Urheberrechtsschutzes. (...) Erst die Person des Schöpfers bringt den Gegenstand in die Welt.«.
- 234 *Klotz*, in: *Die Zweite Moderne, Eine Diagnose der Kunst der Gegenwart*, S. 9 ff; in dem von *Klotz* hg. Sammelband finden sich zahlreiche weitere Diskussionsbeiträge zum Begriff der »Zweiten Moderne«.
- 235 Ähnlich kritisch *Wellershoff*, *Die Auflösung des Kunstbegriffs*, S. 39: »Die Reduzierung der schöpferischen Tätigkeit auf winzige Reste, wie sie auch die Minimal-art vorführt, signalisiert eine weitreichende Ermäßigung, ja einen Totalerlaß der alten Eintrittsbedingungen, die die Kunst zu einem exklusiven Bereich für hochbegabte schöpferische Individuen gemacht hatten.«, und S. 57 f., wonach »die bisher hochselektiven Voraussetzungen des Erfahrungsausdrucks durch neue Reproduktionstechniken« ihre Sperrfunktion verlören hätten. Das Schwinden eines gestalteten zugunsten spontanen Selbstaussdrucks führe zu einem »Auraverlust des besonderen, kunstvollen Werkes«.

Werkes nicht Schutzvoraussetzung des Urheberrechts sei. Dies ist materiell-rechtlich sicher zutreffend, nur machte man es sich damit zu einfach. Eine solche Entgegnung verharnte an der Oberfläche und saße einer simplifizierenden Popularisierung postmodernen Gedankenguts auf.

Die Diskussion um die Postmoderne ist – wie gesehen – stark geprägt durch die Positionen und die Terminologie der philosophischen Denkrichtung des Poststrukturalismus. Die Ideen seiner Vertreter haben eine erstaunliche Karriere erlebt und Eingang in fast sämtliche geisteswissenschaftliche Disziplinen gefunden²³⁶. Namentlich *Foucaults* Arbeit »Was ist ein Autor?« hat in der Literaturwissenschaft eine beachtliche Rezeption erfahren. Hier anzuknüpfen, verspricht weiter zu führen, als eine Vertiefung der letztlich spekulativen Debatte, ob sich das anthropozentrische moderne Denken in Kategorien der Originalität und des Selbstausdrucks in einem Zustand der Krise oder der Erschöpfung befindet. Die Arbeiten *Foucaults* und *Barthes'* bzw. die darauf aufsetzende Rezeptions- und Wirkungsgeschichte sind deshalb von Bedeutung für das Urheberrecht, weil sie exemplarisch Aufschluss darüber bieten, wie eine andere wissenschaftliche Disziplin das Verhältnis von Urheber, Werk und Rezipient ordnet. Gewiss kann man einen literaturtheoretischen Ansatz nicht eins zu eins ins Urheberrecht übertragen²³⁷. Dies wäre methodisch und inhaltlich verfehlt. Eine gewisse Wechselwirkung zwischen den Disziplinen lässt sich aber auch nicht von der Hand weisen, sei es zunächst auch nur, weil die These vom »Tod des Autors« gewohnte urheberrechtliche Denkmuster provoziert. So kann die Rechtswissenschaft bzw. der Gesetzgeber bei der Legitimierung und Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Urheber, Werk und Rezipient die entsprechenden kunsttheoretischen Vorstellungen nicht einfach ignorieren. Wenn sich in der Literatur-, Musik- und Filmwissenschaft eine weniger urheber- und stärker text-/werk- bzw. rezipientenbezogene Betrachtungsweise durchsetzt, lässt dies eine subjektbezogene Werkwürdigung, wie sie in einer rein personalistischen Rechtfertigung des Urheberrechts zum Ausdruck kommt, fragwürdig werden. Im Folgenden gilt es daher v.a. die Frage zu untersuchen, welche Argumente sich für und gegen die im Gefolge des Poststrukturalismus verstärkt zu beobachtende Tendenz zur werkbezogenen Betrachtungsweise mit welchen Folgen für das Urheberrecht finden lassen. Die nachfolgende Untersuchung erfolgt dabei fokussiert auf den Bereich der Literatur.

Peifer hat an der von *Foucault* ausgehenden, text- bzw. werkbezogenen Betrachtungsweise der Diskursanalyse kritisiert, der Autor werde »als Herkunftsangabe und produktidentifizierendes Kennzeichen (...) zum Nutztier«²³⁸. Diese Kritik trifft einen berechtigten Punkt, wenngleich freilich nicht zu leugnen ist, dass in der Realität der Kulturwirtschaft der Name eines Autors tatsächlich eine gewisse

236 Siehe *Münker/Roesler*, Poststrukturalismus, S. 139.

237 Ähnlich *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 86.

238 *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 86.

Herkunfts- und Unterscheidungsfunktion erfüllt. Richtig an dieser Kritik der Diskursanalyse ist, dass die ausschließliche Anknüpfung an das objektgewordene Ergebnis geistig-kreativen Schaffens zu weit geht. Sie ist ethisch inhuman und lässt außer Acht, dass der einzelne Urheber nie nur der kausale Verursacher, sondern zumeist auch der (zugestandenermaßen durch äußere Einflüsse geprägte) individuell-kreative Gestalter seines Werkes und damit in aller Regel keine hinter dem Werk verschwindende Marginalie ist. Künstlerisches Schaffen ist im Idealfall nicht nur Mitteilung, sondern kann auch als unmittelbarster Ausdruck einer individuellen Künstlerpersönlichkeit betrachtet werden. Dass in der Realität der heutigen Kulturwirtschaft daneben auch zweifellos eine Tendenz zum weniger persönlichkeitsgeprägten und durch externe Faktoren beeinflussten Werkschaffen existiert, steht auf einem anderen Blatt.

Andererseits lassen sich durchaus Argumente für eine weniger urheber- und stärker werkbezogene Betrachtungsweise finden. So wird die Annahme eines engen individuellen Bandes zwischen Urheber und Werk und die Fixierung auf die Schöpferpersönlichkeit als autonomes Subjekt relativiert durch künstlerische Selbstaussagen nicht nur zeitgenössischer Kreativer. Metzger hat den Versuch unternommen, anhand einer Bestandsaufnahme von Künstler selbstzeugnissen vor allem aus dem Bereich der Literatur und Musik, einen Eindruck von den vielfältigen Auffassungen über das Verhältnis der Urheber zu ihrem Werk zu gewinnen²³⁹. Sämtliche Selbstaussagen hier erneut auszubreiten, wäre wenig gewinnbringend²⁴⁰. Es sollen daher im Folgenden nur besonders aussagekräftige Fundstellen Metzgers – begrenzt auf den Bereich der Literatur – hervorgehoben und teilweise ergänzt werden, um sie anschließend jeweils mit Blick auf die hier interessierende Fragestellung einer kurzen analysierenden Betrachtung zu unterziehen:

So gelangt beispielsweise der späte *Goethe* zu dem Ergebnis, dass kreative Leistungen stets nicht nur isolierte Emanationen eines einzelnen Individuums sind, sondern vielmehr »in den überpersönlichen Strom der abendländischen Dichtungsüberlieferung«²⁴¹ eingebundene Äußerungen²⁴². *Goethe* bemerkte gegenü-

239 Metzger, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 59 ff., klassifiziert diesen methodischen Ansatz selber als eine »Dokument- oder Inhaltsanalyse im Sinne der Rechtssoziologie« (S. 60, Fn. 3), ohne dabei den Anspruch zu erheben, »diese Fragestellung auch nur ansatzweise einer allgemeingültigen Antwort für alle Zeiten und Epochen zuführen zu wollen«.

240 Metzger, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 61 ff., beschäftigt sich im Einzelnen mit folgenden Künstlern: *Leonardo da Vinci, Johann Wolfgang von Goethe, Friedrich Schiller, Gustav Mahler, Alban Berg, Robert Musil* und *John Cage*.

241 So Schrimpf im Nachwort zu *Goethes Schriften zur Literatur*, Werkausgabe Bd. 12, S. 683.

242 Ähnlich die Quintessenz Metzgers, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 64: »Das Wort vom Werk als Emanation der Persönlichkeit wird dem späten Goethe kaum gerecht.«.

ber *Eckermann*: »Man spricht immer von Originalität, allein was will das sagen! Sowie wir geboren sind, fängt die Welt an auf uns zu wirken, und das geht so fort bis ans Ende. Und überall! was können wir denn unser Eigenes nennen als die Energie, die Kraft, das Wollen! Wenn ich sagen könnte, was ich alles großen Vorgängern und Mitlebenden schuldig geworden bin, so bliebe nicht viel übrig.«²⁴³. Im Bemühen, sich selber Rechenschaft abzulegen, über das Empfangene und Fortgeführte, über den kollektiven und den individuellen Teil seiner künstlerischen Leistung, zieht *Goethe* wenige Wochen vor seinem Tod Bilanz: »Im Grunde sind wir alle kollektive Wesen, wir mögen uns stellen wie wir wollen. Denn wie wenig haben und sind wir, das wir im reinsten Sinne unser Eigentum nennen. Wir müssen alle empfangen und lernen, sowohl von denen, die vor uns waren, als von denen, die mit uns sind.«²⁴⁴. Diese Äußerungen *Goethes* machen eines deutlich: Die Vorstellung vom allmächtigen Künstler als einem autonomen Subjekt, das unabhängig von externen Einflüssen und voraussetzungslos aus sich heraus schöpft, ist eine Illusion. Der entsprechende postmoderne Zweifel findet hier seine Bestätigung. Die rückblickenden Bemerkungen *Goethes* unterstreichen zudem, dass er erst als Nutzer der Werke anderer zu dem Urheber werden konnte, der er war. Wie groß die Bedeutung des Nutzers als künftiger Urheber ist, demonstriert im Übrigen auch *Shakespeare*. Sein Oeuvre wäre ohne das Aufbauen auf vorbestehenden Werken nicht denkbar. Ein Gesichtspunkt, den man im Übrigen im Hinblick auf den in dieser Arbeit an anderer Stelle diskutierten urheberrechtlichen Schutz zugunsten des kreativ-schöpferischen Nutzers im Hinterkopf behalten sollte.

Auch *Schiller* hat sich wiederholt Gedanken gemacht über das Verhältnis von Künstlerpersönlichkeit und Werk. Er kommt zu der programmatischen Aussage: »Der große Künstler (...) zeigt uns den Gegenstand (seine Darstellung hat reine Objektivität), der mittelmäßige zeigt sich selbst (seine Darstellung hat Subjektivität), der schlechte seinen Stoff (die Darstellung wird durch die Natur des Mediums und durch die Schranken des Künstlers bestimmt).«²⁴⁵. An anderer Stelle warnt *Schiller* gar vor der Prägung eines Werkes durch den Künstler: »Ein Dichter nehme sich ja in acht, mitten im Schmerz den Schmerz zu besingen. So, wie der

243 *Goethe* (zu *Eckermann* am 12. Mai 1825), Werkausgabe Bd. 12, S. 683. Korrekterweise darf man nicht verschweigen, dass der junge *Goethe* des Sturm und Drang, der Autor des »Werther« als dem Roman des Subjektivismus schlechthin, sich freilich noch weniger als Empfangenden und Geschaffenen denn als Schaffenden sah, so von *Einem* im Nachwort zu *Goethes* Schriften zur Kunst, Werkausgabe Bd. 12, S. 562. Metzger, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 62, titelt entsprechend: »Goethe – Vom »Halbgott« zum »Kollektivwesen««.

244 *Goethe* (zu *Eckermann* am 17. Februar 1832), Werkausgabe Bd. 12, S. 683; *Schrumpf* kommentiert treffend: »Der fruchtbarste und originellste deutsche Dichter war zugleich derjenige, der am entschiedensten betonte, was er nicht sich selbst, sondern der Welt, den großen Vorgängern und Mitstrebern zu danken hatte.«.

245 *Schiller*, *Kallias oder über die Schönheit*. Briefe an Gottfried Körner, Werkausgabe Bd. 2, S. 379.

Dichter selbst bloß leidender Teil ist, muß seine Empfindung unausbleiblich vor ihrer idealistischen Allgemeinheit zu einer unvollkommenen Individualität herabsinken. (...) Selbst in Gedichten, von denen man zu sagen pflegt, daß die Liebe, die Freundschaft u.s.w. dem Dichter den Pinsel dabei geführt habe, hatte er damit anfangen müssen, sich selbst fremd zu werden, den Gegenstand seiner Begeisterung von seiner Individualität loszuwickeln, seine Leidenschaft aus einer milderen Ferne anzuschauen.«²⁴⁶ Metzger fasst diese literaturtheoretischen Reflexionen Schillers pointiert dahingehend zusammen, dass ihnen zufolge die urheberrechtliche Theorie von der Prägung des Werkes durch die Urheberpersönlichkeit wohl bedeute, »einen Künstler mit dem Vorwurf der Mittelmäßigkeit zu strafen«²⁴⁷. Sie machen in jedem Fall deutlich, dass bei einer literaturgeschichtlichen Betrachtungsweise, die der personalistischen Rechtfertigung des Urheberrechts zugrundeliegende Fixierung auf die individuelle Künstlerpersönlichkeit (»entäußerte Individualität«) und namentlich die Prägetheorie fragwürdig wird.

Die Kritik an einer möglichen Überbewertung des Subjekts im Urheberrecht erhält weitere Nahrung durch Musil, der die Vorstellung des autonom schöpfenden Schriftstellers relativiert, indem er – ganz ähnlich wie manch postmoderner Theoretiker – mit großer Deutlichkeit auf die Abhängigkeit der Künstlerpersönlichkeit von vorbestehenden Werke hinweist. Ein Umstand, der es eher nahelegt, von der Prägung des Urhebers durch bereits vorhandene Werke zu sprechen, als umgekehrt von einer Prägung eines Werkes durch seinen Urheber. Musil vergleicht die »schöne Literatur« mit einem »Zitatenteich«²⁴⁸. »So könnte man wahrscheinlich welchen Schriftsteller immer 'zerlegen' (und zwar sowohl formal wie gegenständlich oder auch dem angestrebten Sinn nach) und würde in ihm nichts finden als seine zerstückelten Vorgänger, die keineswegs völlig 'abgebaut' und 'neu assimiliert' sind, sondern in unregelmäßigen Brocken erhalten geblieben. Es ist für solche Ausdrücke vielleicht um Verzeihung zu bitten, aber es gibt keine angemessene Erklärung und Beschreibung dieses Vorgangs der literarischen Tradition, von dem sich bestimmt sagen läßt, daß auch der unabhängigste Schriftsteller nichts hervorbringt, was sich nicht fast restlos als abhängig von den Überlieferungen der Form und des Inhalts nachweisen ließe, die er in sich aufgenommen hat, was aber andererseits, wie es scheint, seiner Ursprünglichkeit und persönlichen Bedeutung gar keinen Abbruch tut.«²⁴⁹. Diese Sichtweise Musils stärkt eine eher text- bzw. werkbezogene Betrachtungsweise wie sie von Vertretern der Postmoderne wie Foucault oder Barthes propagiert wird (s.o.). Des Weiteren stützt sie

246 Schiller, Über Bürgers Gedichte, Werkausgabe Bd. 2, S. 636.

247 Metzger, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 65.

248 Musil, Literat und Literatur, in: Gesammelte Werke. Tagebücher, Aphorismen, Essays und Reden, S. 698, 701.

249 Musil, Literat und Literatur, in: Gesammelte Werke. Tagebücher, Aphorismen, Essays und Reden, S. 698, 701, s.a. S. 702: »Eine Literatur, die nur aus Originalen bestünde, wäre keine Literatur (...)«.

die poststrukturalistische Theorie der Intertextualität, die jeden Text als Zitat und Transformation anderer Texte versteht²⁵⁰.

Ähnliche Argumente für eine stärker text- bzw. werkbezogene Sichtweise (zumindest für den Bereich der Literatur) finden sich auch bei *Borges*, einem der Vordenker der Postmoderne. So formulierte *Borges* in seinen Harvard-Vorlesungen: »Ob nun ein Gedicht von einem großen Dichter stammt oder nicht, hat nur für die Literaturhistoriker Bedeutung. Lassen Sie uns einfach einmal annehmen, ich hätte eine schöne Zeile geschrieben; (...). Sobald ich sie geschrieben habe, nützt mir diese Zeile nichts, denn wie schon gesagt kam sie mir vom Heiligen Geist, aus meinem Unbewußten oder vielleicht von einem anderen Autor. Ich stelle oft fest, daß ich nur etwas zitiere, was ich vor längerer Zeit gelesen habe, und das wird dann zu einer Wiederentdeckung. Vielleicht sollte ein Dichter besser namenlos sein.«²⁵¹.

Dieser Relativierung der Rolle des Urhebers entspricht *Borges* Eintreten für eine stärker rezipientenbezogene Betrachtungsweise: »Ich glaube, Emerson hat irgendwo geschrieben, eine Bibliothek sei so etwas wie eine Zauberröhre voll von Toten. Und diese Toten können neu geboren, wieder zum Leben gebracht werden, wenn man ihre Seiten öffnet. (...) Ein Buch ist ein physisches Objekt in einer Welt physischer Objekte. Es ist eine Serie toter Symbole. Und dann kommt der richtige Leser vorbei, und die Wörter (...) werden lebendig, und wir haben eine Auferstehung des Wortes.«²⁵².

Borges' Äußerungen unterstreichen, dass erst durch den Leser Literatur zu Leben erweckt wird. Sie legen den Verdacht nahe, dass möglicherweise nicht die Kontrolle über das bereits Bestehende, sondern vielmehr die breitest mögliche Rezeption des Bestehenden den fruchtbarsten Boden für kulturellen Fortschritt bietet.

Metzger gelangt nach seiner Bestandsaufnahme zu der Schlussfolgerung, dass es »die« Definition des »geistigen Bandes« zwischen Urheber und Werk nicht zu ge-

250 *Wagner-Egelhaaf*, Text, Struktur, Zeichen, in: Einführung in die neuere deutsche Literaturwissenschaft, Hg. v. *Petersen/Wagner-Egelhaaf*, S. 195, 214. Diese im weitesten Sinne postmoderne Theorie geht davon aus, »dass ein einzelner Text kein in sich abgeschlossenes Gebilde darstellt, sondern dass er aufgrund seiner sprachlichen Zeichenhaftigkeit mit allen anderen Texten des kulturellen Archivs, d.h. der dem kulturellen Gedächtnis zur Verfügung stehenden Überlieferung, in Verbindung steht.«.

251 *Borges*, Das Handwerk des Dichters, S. 17 und S. 88 f.: »Ich finde, eine der Sünden der modernen Literatur ist ihre allzu große Selbstbezogenheit. (...) Während ich schreibe (natürlich bin ich vielleicht kein gutes Beispiel, sondern bloß eine schreckliche Warnung), versuche ich, mich völlig zu vergessen. Ich vergesse meine persönlichen Umstände. Ich versuche nicht, wie ich es einmal getan habe, ein »südamerikanischer Schriftsteller« zu sein.«.

252 *Borges*, Das Handwerk des Dichters, S. 8 f. und S. 11: »Kunst geschieht, sooft wir ein Gedicht lesen.«.

ben scheine²⁵³. Es sei vielmehr festzuhalten, »daß dem Urheberrecht ein Pluralismus an ästhetischen Vorstellungen zum Verhältnis des Urhebers zu seinem Werk in rechtstatsächlicher Hinsicht vorgegeben ist.«²⁵⁴. Dieses Ergebnis nährt die – wenn man so will: postmodernistische – Kritik an einer Überbewertung des Subjekts im Urheberrecht.

Letztlich kann dahinstehen, ob »die« Postmoderne insbesondere mit ihrer Infragestellung einer urheberfixierten Literatur- bzw. allgemein Kunstwahrnehmung zu verwerfen oder sogar als temporäre Modeerscheinung bereits überwunden bzw. durch die »Zweite Moderne« abgelöst ist. Angesichts des obwaltenden Pluralismus kunsttheoretischer Vorstellungen²⁵⁵ und der Vagheit des Postmoderniebegriffs ist ein solches Urteil nahezu unmöglich. Es sollte, wenn überhaupt, den wissenschaftlichen Spezialdisziplinen überlassen bleiben²⁵⁶. Abgesehen davon ist der Jurist in Anbetracht eines fehlenden Konsens in der Kunsttheorie ohnehin gehalten, Zurückhaltung zu üben²⁵⁷. So ist das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf die Auslegung der Kunstfreiheitsgarantie in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zu dem Ergebnis gelangt: »Den bisherigen Versuchen der Kunsttheorie (einschließlich der Reflexionen ausübender Künstler über ihr Tun), sich über ihren Gegenstand klar zu werden, läßt sich keine zureichende Bestimmung entnehmen, so daß sich nicht an einen gefestigten Begriff der Kunst im außerrechtlichen Bereich anknüpfen läßt.«²⁵⁸. Das avantgardistische Bemühen, die Grenzen der Kunst zu erweitern, so das BVerfG weiter, und » (...) ein weitverbreitetes Mißtrauen von Künstlern und Kunsttheoretikern gegen starre Formen und strenge Konventionen sind Eigenheiten des Lebensbereichs Kunst, welche zu respektieren sind und bereits darauf hindeuten, daß nur ein weiter Kunstbegriff zu angemessenen Lösungen führen kann.«²⁵⁹. Es gibt mit anderen Worten also ebensowenig einen dem (Urhe-

253 *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 72.

254 *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 73.

255 S.a. *Bogdal*, Einleitung, in: *Neue Literaturtheorien*, Hg. v. *Bogdal*, S. 10, 11, demzufolge die Zeit für »Hegemonieansprüche in den Geistes- und Gesellschaftswissenschaften abgelaufen ist.«.

256 Ein Rechtswissenschaftler kann angesichts der unüberschaubaren Komplexität der Postmoderneproblematik und konkurrierender ästhetischer Konzepte und kulturwissenschaftlicher Theorien recht eigentlich nur dilettieren. Dennoch gilt für die hier versuchte, knappe Auseinandersetzung die von *Wellershoff* in seiner Vorbemerkung zu »Die Auflösung die Kunstbegriffs«, S. 10, formulierte, bescheidene Hoffnung, »daß ich den zulässigen Grad an Dilettantismus, der nötig ist, um heute über ein so weitgefächertes Thema zu sprechen, nicht überschritten habe.«.

257 Dies betont in diesem Zusammenhang auch *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 72 f.

258 BVerfGE 67, 213, 224 – Anachronistischer Zug.

259 BVerfGE 67, 213, 225 – Anachronistischer Zug.

ber-) Recht vorgelagerten verbindlichen Maßstab für Kunst²⁶⁰ wie es *die eine* maßgebliche kunsttheoretische Richtschnur für die Erklärung und urheberrechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Urheber, Werk und Werkrezeption gibt²⁶¹. Dies wirft die Frage auf, ob nicht durch eine ausschließlich personalistische Rechtfertigung und urheberfixierte Konzeption des Urheberrechts gerade einseitig ein eher traditionellen Vorstellungen verhaftetes Kunstverständnis zum Maßstab erhoben worden ist, das im Widerspruch steht zu den pluralistischen und progressiven Vorstellungen zum Verhältnis von Urheber, Werk und Rezipient. Sicher richtig ist, dass dieses verengte Kunstverständnis nur einen Teilspekt zu erfassen vermag, nämlich die individuelle Entäußerung des Künstlers. Zwar ist dies ein durchaus wichtiger, wenn nicht der wichtigste Aspekt, den auch das BVerfG als wesentliches Kriterium künstlerischen Schaffens hervorgehoben hat²⁶². Die von Vertretern der Postmoderne beförderte Skepsis gegenüber einer zu starken Fixierung auf die Künstlerpersönlichkeit blendet ein allein personalistisch gerechtfertigtes und rein urheberzentriert konzipiertes Urberschutzrecht aber aus. Es muss sich daher den Vorwurf der Einseitigkeit gefallen lassen.

Mit Sicherheit feststellen lässt sich somit, dass der Pluralismus an kunst- und kulturtheoretischen Vorstellungen den Rechtfertigungsbedarf für ein rein urheberzentriertes Paradigma zumindest erhöht hat. Es ist bei Weitem nicht mehr selbstverständlich. Künstlerische Selbstzeugnisse zum Verhältnis von Urheber und Werk verleihen den Überlegungen postmoderner Theoretiker wie gesehen zusätzliches Gewicht. Diese Selbstaussagen sprechen gegen eine per se urheberfixierte und stützen eine stärker werk- bzw. rezipientenbezogene Betrachtungsweise. Sie

260 Jarass-Pieroth-Jarass, GG, Art. 5, Rn. 106, wonach «eine Definition der Kunst ihrem Wesen widerspricht. (...) Um staatliches Kunstrichtertum auszuschließen, ist eine weite Definition geboten».

261 Metzger, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 73.

262 BVerfGE 67, 213, 226 – Anachronistischer Zug: »Das Bundesverfassungsgericht hat als wesentlich für die künstlerische Betätigung »die freie schöpferische Gestaltung« betont, »in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden«. Alle künstlerische Tätigkeit sei ein Ineinander von bewußten und unbewußten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen seien. Beim künstlerischen Schaffen wirkten Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es sei primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck, und zwar unmittelbarer Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers (BVerfGE 30, 173 [189]).«; neben diesem eher materiellen Kunstbegriff nutzt das BVerfG zur Konturierung des Kunstbegriffs eine formal, typologische Betrachtung von Kunst, die an die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps anknüpft, sowie insbesondere auch ein offenes, dynamisches Verständnis von Kunst, siehe Jarass-Pieroth-Jarass, GG, Art. 5, Rn. 106. Gemäß dem letzteren Abgrenzungskriterium kann man das »kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung darin (sehen), daß es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so daß sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt«, BVerfGE 67, 213, 227.

lassen in ihrer ganzen Pluralität die Annahme einer a priori engen Bindung zwischen Urheber und Werk zumindest fragwürdig werden und setzen dadurch die personalistische Rechtfertigung des Urheberrechts einem erhöhten Rechtfertigungsdruck aus.

Streiten lässt sich freilich über das Ausmaß des Legitimationsdrucks. So kann man über den tatsächlichen Erkenntnisgewinn postmodernen Gedankenguts oder die nachhaltige Wirkung poststrukturalistischer Philosophie gewiss geteilter Ansicht sein²⁶³. Die poststrukturalistische These vom Tod des Subjekts beispielsweise ist gewiss nur bedingt geeignet, eine große Breitenwirkung zu erzielen, zumal sich der bedeutungsheischende Jargon vieler poststrukturalistisch argumentierender Theoretiker nicht unbedingt durch intuitive Verständlichkeit auszeichnet. Dass die kulturtheoretischen Überlegungen der Postmoderne mit ihrer kritischen Sicht auf die Bedeutung des Autors bzw. des Subjekts allgemein auch in der urheberrechtlichen Debatte Spuren hinterlassen haben²⁶⁴, wird aber auch von denjenigen nicht geleugnet, die der postmodernistischen Sichtweise ablehnend gegenüber stehen. So stellt etwa *Peifer* fest: »Der Autor als Herkunftsangabe und produktidentifizierendes Kennzeichen wird zum Nutztier, das individuelle Band zwischen Autor und Werk wird gelöst, die ideelle Werkherrschaft des Urhebers erschwert, dem Urheberrecht wird seine wesentliche Legitimationsgrundlage entzogen, indem die Autorenindividualität zu einem Aspekt kommunikativer Funktionen erklärt wird.«²⁶⁵.

Auch bei einer zurückhaltenden Würdigung lässt sich nicht von der Hand weisen, dass durch den mehr oder minder prägenden Einfluss postmodernen Denkens in den vergangenen Jahrzehnten die romantisch überhöhte Vorstellung vom voraussetzungslos, aus den Tiefen seiner individuellen Persönlichkeit schöpfenden Urhebers zumindest entzaubert worden ist. Spätestens das postmoderne Kunstverständnis hat zu einem Bruch mit dem abendländischen Glauben an das Genieideal geführt. Skeptische Äußerungen hinsichtlich einer Überhöhung der Schöpferpersönlichkeit finden sich freilich – wie gesehen – auch schon früher²⁶⁶ beispiels-

263 Einen guten Überblick über die Rezeptions- und Wirkungsgeschichte des Poststrukturalismus vermitteln *Münker/Roesler*, Poststrukturalismus, S. 139 ff., insb. 156 ff. zur Kritik am Poststrukturalismus.

264 *Chon*, 75 Or. L. Rev. 257, 263 ff. (1996); *Grassmuck*, Freie Software. Zwischen Privat- und Gemeineigentum; S. 403, etwa spricht mit Blick auf das Urheberrecht davon, dass das »Konzept des Subjekts« eine »philosophische Erblast« darstelle, ohne dass er dabei explizit an kulturtheoretische Erwägungen der Postmoderne anknüpft.

265 *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 23 und 85 f., insb. S. 86.

266 Darauf weist auch hin *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 71, Fn. 60 m.w.N. Beispiel Musikwissenschaft: hier stellt *Floros*, Gustav Mahler, S. 147, fest: »An der Frage, ob ein engerer Zusammenhang zwischen der Persönlichkeit und dem Werk eines Künstlers besteht, scheiden sich die Geister. Im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts war die Auffassung weit verbreitet, daß für ein tieferes Verständnis eines Kunstwerkes erforderlich sei, auch die Biographie des Künstlers, seinen psychischen Kosmos und seine geistige Welt zu berücksichtigen. (...) Demgegenüber begann sich seit den zwanziger Jahren unseres Jahrhunderts die Tendenz durchzuset-

weise bei *Popper*²⁶⁷, so dass man sich fragen kann, ob es tatsächlich ein Verdienst postmoderner Theoretiker ist, das stark auf die Person des Künstlers fixierte Kunstverständnis erweitert zu haben.

Indem sich jedenfalls postmoderne Theoretiker und Künstler gegen eine Überbewertung des Autors bzw. des Subjekts gewendet haben und im Gegenzug den kulturellen Rahmenbedingungen oder den Rezipienten von Kunst größere Bedeutung beigemessen haben, ist das Gewicht des Urhebers im künstlerischen Schaffens- und Rezeptionsprozess von der Tendenz her geschmälert worden. Damit ist im Wechselspiel der Disziplinen zumindest tendenziell das urheberrechtliche Leitbild vom individuell schöpferischen Urheber zugunsten einer stärker werk- bzw. nutzerbezogenen Betrachtungsweise relativiert worden. Postmodernistisches Gedankengut hat mithin in einem nur schwer zu ermessenden Umfang durch Infragestellung des urheberzentrierten Paradigmas zur Legitimationskrise des Urheberrechts beigetragen.

zen, die Kunstwerke losgelöst von der Persönlichkeit ihrer Schöpfer zu betrachten. Der sogenannte Biographismus begann suspekt zu werden, die »innerliterarische« oder »innermusikalische« Methode gewann an Ansehen.«. S.a. die Ansichten *Adornos*, Mahler, S. 36 f. und 169, der *Mahlers* zahlreichen Selbstaussagen zum autobiographischen Charakter seiner Werke zum Trotz, die Vorstellung von *Mahlers* Musik als »Abbild seiner Seele« – als vertonte Autobiographie – radikal bekämpfte: »am Kunstwerk zählt seine Gestalt und ihre Implikationen, nicht die subjektiven Bedingungen des Entstehens; nach der Absicht fragen, heißt ein dem Werk Äußerliches und der Erkenntnis kaum Zugängliches als Kriterium erschleichen. Ist die objektive Logik des Kunstwerks einmal in Bewegung geraten, so reduziert sich das hervorbringende Individuum zum untergeordneten Vollzugsorgan.«.

- 267 *Popper*, Auf der Suche nach einer besseren Welt, S. 117, 122: »Das objektive Gedankengut, das sich in einem Buch findet, ist das, was das Buch wertvoll macht. Es ist nicht, wie oft geglaubt wird, der Ausdruck der subjektiven Gedanken, der Vorgänge im Kopf des Autors. Viel besser könnte man es als das objektive Ergebnis der subjektiven Gedankenarbeit bezeichnen (...). Aber von der oberflächlichen und irreführenden Theorie, daß ein gesprochener oder geschriebener Satz der *Ausdruck* eines subjektiven Gedankens ist, ist ein unheilvoller Einfluß ausgegangen. Ausdruck heißt aus lateinisch »expressio«, und diese unheilvolle Theorie hat zum Expressionismus geführt. Das ist die noch heute fast allgemein als selbstverständlich angenommene Theorie, daß ein Kunstwerk der Ausdruck der Persönlichkeit des Künstlers ist. Fast jeder Künstler glaubt daran, und das hat die Kunst vernichtet.«.

B. Diskrepanz von urheberzentriertem Paradigma und tatsächlichem Verwertererschutz

I. Urheberzentriertes Paradigma und faktisch verwerterzentriertes Urheberrechtsverständnis

Die Erosion des Urheberrechts von einem Kulturrecht hin zu einem Recht der Kulturindustrie scheint unaufhaltsam²⁶⁸. Mit Blick auf die oben in Kap. 2 dargestellte historische Entwicklung erscheint sogar fraglich, inwieweit man überhaupt jemals von einem reinen Kulturrecht sprechen konnte. *Hirsch* wies jedenfalls schon im Jahre 1948 auf den im Gang befindlichen Kulturwandel hin²⁶⁹. Spätestens Ende der achtziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts nahm der Veränderungsprozess dann an Fahrt auf²⁷⁰. Durch die technologische Entwicklung hat der Wandel schließlich eine enorme Dynamik entwickelt. Bei anstehenden Gesetzesnovellierungen im Bereich des Urheberrechts wird etwa nicht mehr nur danach gefragt, wie dem Urheber eine maximale Vergütung zu sichern ist. Eine mindestens gleichrangige – Kritiker behaupten: eine vorrangige – Bedeutung kommt demgegenüber mittlerweile der Frage zu, ob der Verlags- oder Filmindustrie durch eine Gesetzesänderung womöglich Einbußen entstehen²⁷¹, ob die für Produktion und Vermarktung getätigten Investitionen gefährdet werden. Neben ein zumindest rhetorisch weiterhin bemühtes, urheberzentriertes Urheberrechtsverständnis ist in der politischen Debatte mit anderen Worten zunehmend ein verwerterzentriertes Urheberrechtsverständnis getreten²⁷².

Die Erwägungsgründe der Richtlinie zum Urheberrecht und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22.05.2001²⁷³ machen daraus auch gar kein Geheimnis. Sie können wegen des darin zum Ausdruck kommenden

268 *Hilty*, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. *Dittrich*, S. 20, 37, sieht eine seit längerem andauernde »Entwicklung, welche mit dem ursprünglichen Urheberschutzgedanken nur noch wenig gemeinsam hat: Das Urheberrecht wird mehr und mehr Gegenstand rein kommerzieller Interessen«; *Hoeren*, MMR 2000, 3, spricht von einem Herabsinken des Urheberrechts vom einem Kultur- zum Industrierecht.

269 *Hirsch*, UFITA 36 (1962), 19, 32.

270 *Larese*, UFITA 105 (1987), 7, 8 f.

271 Vgl. auch *Schricker*, GRUR 1992, 242.

272 Krit. zu dieser Entwicklung beispielsweise *Metzger*, GRUR Int. 2006, 171, 172; *Grassmuck*, Freie Software. Zwischen Privat- und Gemeineigentum, S. 403: »Das Urheberrecht müsste vom Kopf auf die Füße gestellt werden. Autorinnen und Öffentlichkeit müssten wieder ins Zentrum gerückt werden, das jetzt von der Rechteindustrie – also denjenigen, die nur abgeleitete Verwertungsrechte vertreten – beansprucht wird. Von der Rechtsintention aus betrachtet wedelt heute der Schwanz mit dem Hund.«.

273 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, vgl. http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=32001L0029&model=guichett. S.a. Art. 5 Abs. 1 b)

Durchbruchs ökonomischer Schutzerwägungen auch für klassische Schutzgegenstände des Urheberrechts in ihrer Bedeutung deshalb gar nicht hoch genug eingeschätzt werden. Nach der Einschätzung von *Dietz* finden sich sogar weltweit »keine aktuellere(n) und umfassendere(n) Rechtfertigungsformeln für den modernen Urheberrechtsschutz«²⁷⁴. Zwar hatte sich die Entwicklung hin zum Investitionsschutz natürlich bereits in früheren Richtlinien wie der Computerprogramm-Richtlinie vom 14.05.1991²⁷⁵, der Vermiet- und Verleihrecht-Richtlinie vom 19.11.1992²⁷⁶ oder der Datenbank-Richtlinie vom 11.03.1996²⁷⁷ angedeutet, in der Informationsgesellschafts-Richtlinie dringt der Investitionsschutzgedanke aber ins Zentrum des traditionellen Urheberrechts vor. Der vollständige Wortlaut der Erwägungsgründe 9 und 10 der Informationsgesellschafts-Richtlinie ist (mit kursiv gesetzten Hervorhebungen durch den Verfasser):

»(9) Jede Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte muss von einem hohen Schutzniveau ausgehen, da diese Rechte für das geistige Schaffen wesentlich sind. Ihr Schutz trägt dazu bei, die Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeit im Interesse der Urheber, ausübenden Künstler, Hersteller, Verbraucher, von Kultur und Wirtschaft sowie der breiten Öffentlichkeit sicherzustellen. Das geistige Eigentum ist daher als Bestandteil des Eigentums anerkannt worden.

RL, wo nur solche vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen von der Bereichsausnahme erfasst werden sollen, »die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben«.

- 274 *Dietz*, ZUM 2001, 276, 278: »(...) eine Reihe äußerst bedeutsamer rechtspolitischer Aussagen über den zu harmonisierenden Urheberrechtsschutz. Sie erhalten dadurch ihr volles politisches Gewicht, dass sie die von den Regierungen aller 15 Mitgliedsländer bejahte, der europäischen Urheberrechtsgesetzgebung zu Grunde liegende rechtspolitische Sinngebung darstellen und entfalten.«.
- 275 Richtlinie 91/250/EWG des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Amtsblatt Nr. L 122 vom 17.05.1991, S. 0042-0046. Hier heißt es in Erwägungsgrund 2 noch relativ verhalten: »Die Entwicklung von Computerprogrammen erfordert die Investition erheblicher menschlicher, technischer und finanzieller Mittel. Computerprogramme können jedoch zu einem Bruchteil der zu ihrer unabhängigen Entwicklung erforderlichen Kosten kopiert werden.«.
- 276 Richtlinie 92/100/EWG des Rates zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, Amtsblatt Nr. L 346 vom 27.11.1992, S. 0061-0066, mit klarer Beschränkung in Erwägungsgrund 7 auf den Rechtsschutz für die von Herstellern von Tonträgern und Filmen getätigten Investitionen.
- 277 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Amtsblatt Nr. L 077 vom 27.03.1996, S. 0020-0028, vgl. Erwägungsgrund 40, wonach das Ziel des Sui-generis-Schutzrechts für Datenbanken darin bestehe, »den Schutz einer Investition in die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung des Inhalts einer Datenbank für die begrenzte Dauer des Schutzrechts sicherzustellen«. Bei dem parallelen traditionell verhafteten urheberrechtlichen Schutz für Datenbanken, wird aber in Erwägungsgrund 16 indessen (noch) explizit betont, dass für die Beurteilung des urheberrechtlichen Schutzes keine anderen Kriterien Anwendung finden sollen als die Originalität im Sinne einer geistigen Schöpfung.

(10) Wenn Urheber und ausübende Künstler weiter schöpferisch und künstlerisch tätig sein sollen, müssen sie für die Nutzung ihrer Werke eine angemessene Vergütung erhalten, *was ebenso für die Produzenten gilt*, damit diese die Werke finanzieren können. Um Produkte wie Tonträger, Filme oder Multimediaprodukte herstellen und Dienstleistungen, z. B. Dienste auf Abruf, anbieten zu können, sind beträchtliche Investitionen erforderlich. *Nur wenn die Rechte des geistigen Eigentums angemessen geschützt werden, kann eine angemessene Vergütung der Rechtsinhaber gewährleistet und ein zufrieden stellender Ertrag dieser Investitionen sichergestellt werden.*«

Dazu sei zunächst bemerkt, dass die einleitende Prämisse, jede Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte müsse per se von einem hohen Schutzniveau ausgehen, überaus fragwürdig ist²⁷⁸. Diese problematische Ausgangsposition soll aber an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden²⁷⁹.

Die bemerkenswerte Botschaft von Erwägungsgrund 10 ist die konstatierte Gleichrangigkeit des Alimentationsbedürfnisses des Urhebers mit dem Amortisationsbedürfnis des Investors. An dieser Stelle ist das Konzept vom Urheberrecht als reinem Urheber-Schutzrecht bereits evidenterweise aufgegeben worden. Mit Blick auf die Richtlinie wäre es somit angemessener vom Urheberrecht als Schutz der originär und derivativ berechtigten Rechteinhaber zu sprechen.

Wenn an anderer Stelle gelegentlich der Urheber als alleinstehendes Schutzsubjekt erwähnt wird (z.B. in Erwägungsgrund 11²⁸⁰), ändert das nichts an dieser zentralen Weichenstellung zugunsten über den Urheber hinausgehender Schutzwägungen²⁸¹. Die klassische alleinige Bezugnahme auf den Urheber lässt sich möglicherweise als unreflektiertes »Mitschleifen« des überlieferten Begründungsapparats begreifen, als eine Art »Textbausteinträgheit«. Die Erwägungsgründe der Richtlinie sprechen in ihrer Summe eine klare Sprache, welcher bzw.

278 S.a. Hilty, Entwicklungsperspektiven, in: Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, Hg. v. Behrens, S. 139, 149, der – auch mit Blick auf Erwägungsgrund 11 – feststellt: »Es ist vor dem Hintergrund einer liberalen Wirtschaftsordnung im Grunde undenkbar, einen generellen Entscheid für ein möglichst weit reichendes Schutzsystem zu fällen, da die Auswirkungen eines solchen Systems auf die Betroffenen – und das sind nicht nur die potentiellen Schutzrechtsinhaber – je nach Sachlage überaus unterschiedlich sein werden.«.

279 Siehe dazu aber die Ausführungen unter Kap. 4, C. I. 4. b).

280 So heißt es in Erwägungsgrund 11: »Eine rigorose und wirksame Regelung zum Schutz der Urheberrechte und verwandten Schutzrechte ist eines der wichtigsten Instrumente, um die notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen in Europa zu garantieren und die Unabhängigkeit und Würde der Urheber und ausübenden Künstler zu wahren.«. Auch hier klingt aber bereits insofern eine Relativierung an, als dass auf die erforderlichen finanziellen Mittel für das kulturelle Schaffen Bezug genommen wird und nicht etwa eindeutig auf die Beteiligung an den vermögenswerten Ergebnissen dieses kulturellen Schaffens.

281 Bezeichnenderweise wird in der Richtlinie wiederholt der Urheber mit dem Rechtsinhaber gleichgesetzt, vgl. nur Art. 6 Abs. 4 oder Art. 8 Abs. 2. Fatalerweise geschieht dies trotz der möglichen Interessendivergenz zwischen originär und derivativ Berechtigtem auch bei Art. 5 Abs. 5, also der Implementierung des Dreistufentests in die Richtlinie (s. im Vergleich dazu Art. 10 WCT).

wessen Schutz bezweckt ist. Erwägungsgrund 4 der Informationsgesellschafts-Richtlinie verdeutlicht insoweit die Ergänzung der traditionellen Sichtweise des Urheberrechtes um den Investitionsschutzgedanken. Dort heißt es:

»(4) Ein harmonisierter Rechtsrahmen zum Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte wird durch erhöhte Rechtssicherheit und durch die Wahrung eines hohen Schutzniveaus im Bereich des geistigen Eigentums substantielle Investitionen in Kreativität und Innovation einschließlich der Netzinfrastruktur fördern und somit zu Wachstum und erhöhter Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie beitragen, und zwar sowohl bei den Inhalten und der Informationstechnologie als auch allgemeiner in weiten Teilen der Industrie und des Kultursektors. Auf diese Weise können Arbeitsplätze erhalten und neue Arbeitsplätze geschaffen werden.«.

Erwägungsgrund 2 schlägt in seinem letzten Satz in die gleiche Kerbe, denn danach spielen »Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte eine bedeutende Rolle, da sie die Entwicklung und den Vertrieb neuer Produkte und Dienstleistungen und die Schaffung und Verwertung ihres schöpferischen Inhalts schützen und fördern.«. Hier ist zwar immerhin noch eine Lesart möglich, die die Differenzierung zwischen Urheberrecht und verwandten Schutzrechten aufrechterhält, dennoch beginnt die Grenze zu verschwimmen.

Es vermag kaum zu verwundern, dass das Europäische Parlament und der Rat in der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vom 29.04.2004 noch eine Spur deutlicher werden²⁸²; die Materie bringt es schließlich mit sich. Dort lautet gleich in Erwägungsgrund 1 das erklärte Ziel:

» (...) es muss ein Umfeld geschaffen werden, dass Innovationen und Investitionen begünstigt. Vor diesem Hintergrund ist der Schutz geistigen Eigentums ein wesentliches Kriterium für den Erfolg des Binnenmarkts. Der Schutz geistigen Eigentums ist nicht nur für die Förderung von Innovation und kreativem Schaffen wichtig, sondern auch für die Entwicklung des Arbeitsmarktes und die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit.«.

Die wirtschaftspolitische Betrachtungsweise des Regelungszwecks schlägt hier offensichtlich voll durch, was freilich auch dem Umstand geschuldet ist, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie alle Rechte des geistigen Eigentums umfasst²⁸³. Erwägungsgrund 2 der Durchsetzungs-Richtlinie vermag die starke Betonung des Investitionsschutzes kaum zu relativieren, denn in Erwägungsgrund 3 folgt die eigentliche Kernbotschaft: »Ohne wirksame Instrumente zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums werden jedoch Innovation und kreatives Schaffen gebremst und Investitionen verhindert.«. Der Investitionsschutzgedanke zieht sich ohne weitere Differenzierung zwischen Urheberrechten und verwand-

282 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Amtsblatt der Europäischen Union L 157 vom 30.04.2004, s.a. http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/l_195/l_19520040602de00160025.pdf.

283 S. Art. 1 Satz 2 der RL und deren Erwägungsgrund 13.

ten Schutzrechten wie ein roter Faden durch die nachfolgenden Erwägungsgründe²⁸⁴. Auch wenn man vielleicht nicht davon ausgehen darf, dass der europäische Normgeber mit seinen jüngsten Richtlinien zum Urheberrecht primär einen Beitrag zur Fortentwicklung der dogmatischen Fundierung des Urheberrechts liefern wollte, so ist nicht von der Hand zu weisen, dass auf europäischer Ebene insoweit Fakten geschaffen worden sind. Fakten, die, wie immer man sie auch bewerten mag, die Lehre nicht unberücksichtigt lassen kann.

Es ist daher festzuhalten: das Urheberrecht ist nicht zuletzt durch den internationalen Wettbewerbsdruck zum Fundament der Kulturindustrie geworden²⁸⁵. Bezeichnenderweise sah man sich daher bei der Informationsgesellschafts-Richtlinie veranlasst, in Erwägungsgrund 12 explizit festzustellen: »Ein angemessener Schutz von urheberrechtlich geschützten Werken und sonstigen Schutzgegenständen ist *auch* kulturell gesehen von großer Bedeutung.«²⁸⁶.

Das überkommene urheberzentrierte Paradigma trägt dieser Entwicklung nicht ausreichend Rechnung. Namentlich die ihm zugrundeliegende individualistische Rechtfertigung vermag nicht mehr plausibel zu begründen, warum das Urheberrecht (im engeren Sinne) auch Investitionen in die Verwertung von solchen Werken Schutz gewährt, die nicht notwendig Ausdruck einer individuellen Entäußerung sind. Es ist evident, dass dieser auf die Urheberpersönlichkeit bezogene Begründungsansatz alleine nicht mehr tragfähig ist, um die Existenz des Urheberrechts zu rechtfertigen. Inwieweit die überlieferte Herangehensweise an ihre äußerste Belastungsgrenze geraten ist, soll im Nachfolgenden am Beispiel des urheberrechtlichen Schutzes für Computerprogramme veranschaulicht werden.

II. Verwerter- bzw. werkorientierte Schutztendenzen

Mit dem Eintritt in das digitale Zeitalter ist das Urheberrecht teilweise einem Technologie- bzw. Investitionsschutz geöffnet worden. Die Folgen und die Reichweite dieser einmal begonnenen Öffnung sind gravierend²⁸⁷. Ein Beispiel für eine solche Schutzbereichserweiterung ist der urheberrechtliche Schutz von Compu-

284 Siehe z.B. Erwägungsgrund 9 oder 29 der Durchsetzungs-Richtlinie.

285 So *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 7, Rn. 14; *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 152. S.a. *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum?, S. 366; *Schmid-Wirth*, UrhG, Einl. Rn. 30, bringen es auf den Punkt: »Der Verwerter – und nicht der Urheber! – benötigt das urheberrechtliche Instrumentarium der Verbotsansprüche aus den Verwertungsrechten, um seine wirtschaftliche Investition in die Verwertung abzusichern und sich gegen Trittbrettfahrer (»Piraterie«) zur Wehr zu setzen.«.

286 Hervorhebung durch den Verfasser.

287 *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23, 32, spricht davon, diese Öffnung rühre am Kern der Materie, »Herz und Seele des Urheberrechts« seien quasi betroffen. Es sei noch nicht endgültig absehbar, »ob das Technologie-Urheberrecht die Kraft zur osmotischen Durchdringung sämtlicher Bereiche des traditionellen Urheberrechts entfalten« werde.

terprogrammen. Die Diskussion um den Schutz von Computerprogrammen ist äußerst umfangreich²⁸⁸ und hat zuletzt durch den Streit um die Richtlinie für den Schutz computerimplementierter Erfindungen noch an Schärfe gewonnen. Die Heftigkeit der Diskussion ist dabei symptomatisch. Sie ist Ausdruck der Tatsache, dass mit der Ausdehnung des Urheberrechts auf den Schutz von Computerprogrammen das überlieferte Begründungssystem an seine Belastungsgrenze geführt wurde. Mit der Einfügung der §§ 69a ff. UrhG ist dem Urheberrecht ein investitionsschützender und innovationsfördernder Zwitter zwischen Urheberrecht und technischem Schutzrecht hinzugefügt worden²⁸⁹. Aber nicht nur das, auch die ur-eigene, dogmatische Grundlage bekam eine Sollbruchstelle, indem Computerprogramme auf der einen Seite dem Oberbegriff der Sprachwerke zugewiesen wurden, also gemäß § 2 Abs. 2 UrhG eine »persönliche geistige Schöpfung« verlangt wird, während auf der anderen Seite davon abweichend in § 69a Abs. 3 UrhG nur noch das Ergebnis »der eigenen geistigen Schöpfung« maßgeblich zu sein scheint²⁹⁰. Die Aufnahme von Computerprogrammen hat zudem insofern zu einer dogmatischen Friktion geführt, als der überkommene Begründungsapparat nicht die Frage zu bewältigen vermag, warum auch Computerprogramme, deren individueller Gehalt als Ausdruck einer Schöpferpersönlichkeit sich nur schwerlich fassen lässt, eine Schutzfrist von 70 Jahren post mortem auctoris genießen sollen.

Natürlich darf man bei einer Revision der urheberrechtlichen Normzwecke nicht den Fehler begehen, das Urheberrecht allein von seinen Fremdkörpern her neu bestimmen zu wollen; dies hieße das Kind mit dem Bade auszuschütten. Der Schutz für Computerprogramme ist und bleibt schutzrechtssystematisch ein Fremdkörper im Urheberrecht. Seine plausible Einordnung in das Urheberrecht um jeden Preis ist wenig zielführend. Der Aspekt der Schutzbereichserweiterung ist daher auch nur einer von vielen, der hier für den Revisionsbedarf angeführt wird. Die zweifellos problematische Ausdehnung des urheberrechtlichen Schutzes auf immer neue Schutzgegenstände darf aber nicht den Blick dafür verstellen, dass gerade auch im Bereich des »klassischen Urheberrechts«, also für Werke der Literatur, Wissenschaft, bildenden Kunst und Musik, in der Rechtswirklichkeit in erster Linie der Verwerter und gerade nicht der Urheber die urheberrechtlichen Verbotsansprüche benötigt, um seine in die Verwertung getätigten Investitionen zu amortisieren. Das UrhG begünstigt damit in der Praxis letztlich die Verwerter, während materiell-rechtlich das Leitbild des Urhebers maßgebend ist.

288 Siehe nur *Engel*, GRUR 1993, 194 ff.; *Dreier*, GRUR 1993, 781 ff.; *Jehoram*, GRUR Int. 1991, 687, 692; *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?, S. 359, Fn. 1; *Hilty/Geiger*, IIC 2005, 615 ff.

289 Vgl. *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?, S. 366, der insoweit eine funktionale Annäherung an das Patentrecht feststellt.

290 Vgl. *Dreier*, GRUR 1993, 781, 782; *Schricker-Loewenheim*, Urheberrecht, § 69a, Rn. 14, mit zahlreichen weiteren Nachweisen zu diesem alten Meinungsstreit, sieht in dieser dem RL-Wortlaut geschuldeten Abweichung keine prinzipielle Abweichung vom Schutzerfordernis der persönlichen geistigen Schöpfung i.S.v. § 2 Abs. 2 UrhG. a.A: *Marly*, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union, S. 128 ff., 135 ff.

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

C. Vernachlässigung des Nutzerschutzes und der Akzeptanzverlust des Urheberrechts

I. Einseitige Stärkung der Rechteinhaber und Vernachlässigung des Nutzerschutzes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

306 Auch Metzger, GRUR Int. 2006, 171, 172, führt den Lobbyismus als Grund an, warum die Politik in einer die Akzeptanz des Urheberrechts schmälerns Weise »das Urheberrecht immer mehr als alleiniges Recht des Rechtsinhabers zu begreifen« scheint: »Diese Entwicklung ist zu guten Teilen professionellen Interessenvertretern zu verdanken, die Kommissions- bzw. Regierungsbeamte und Abgeordnete einseitig im Interesse der Verwerter zu beeinflussen suchen und dies leider recht erfolgreich. Natürlich ist »Lobbying« als Teil einer freiheitlichen Rechtsordnung hinzunehmen. Problematisch wird dies aber, wenn auf der einen Seite gut bezahlte, qualifizierte Interessenvertreter stehen, während die andere Seite mangels entsprechender Organisation nicht in vergleichbarer Weise am Meinungsbildungsprozess teilnimmt.«.

307 Auch Helberger, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33, 35, vermutet: »Im Urheberrecht ist die mangelhafte Berücksichtigung von Verbraucherinteressen beim DRM-Einsatz (ebenso wie bei bestimmten Vertragspraktiken) wohl auch darauf zurückzuführen, dass der Urheberrechtsgesetzgeber sich nie richtig Gedanken über den Verbraucher gemacht hat. Im Urheberrecht fehlt eine einschlägige Vorstellung vom Verbraucher und von modernen Nutzungspraktiken digitaler Inhalte. Wie kann das Urheberrecht die Interessen der Verbraucher bzw. Nutzer wirksam schützen, wenn es nicht einmal genau weiß, um welchen Personenkreis es sich dabei handelt?«.

308 Ganz in diesem Sinne hat Cohen, 74 Fordham L. Rev. 347 ff. (2005), die mangelnde rechtstheoretische Durchdringung des Nutzerschutzes auf den Punkt gebracht: »Copyright doctrine (...) is characterized by the absence of the user. As copyright moves into the digital age, this absence has begun to matter profoundly. As I will show, the absence of the user has consequences that reach far beyond debates about the legality of private copying, or about the proper scope of user-oriented exemptions such as the fair use and first sale doctrines. The user's absence produces a domino effect that ripples through the structure of copyright law, shaping both its unquestioned rules and its thorniest dilemmas. The resulting imbalance – empty space where one cornerstone of a well-balanced copyright edifice should be – makes for bad theory, bad policy, and bad law.«. Siehe aber immerhin die Arbeiten von Bechtold, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 384 f., der frühzeitig darauf hingewiesen hat, dass das Urheberrecht angesichts des digitalen Wandels in noch viel stärkerem Maße die Aufgabe wird übernehmen müssen, die Interessen der Nutzer zu wahren, s.a. Bechtold, Das Urheberrecht und die Informationsgesellschaft, in: Interessenausgleich

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

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

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

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

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

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

eine Anomalie dar, die sich nicht störungsfrei mit einem rein urheberzentrierten Denkmuster (und im Übrigen noch weniger mit einem rein verwerterzentrierten Paradigma) für die Legitimierung und Ausgestaltung des Urheberrechtsgesetzes vereinbaren lässt. Dass tradierte Paradigma war von der Vorstellung beherrscht, dass allein der Rechteinhaber schutzbedürftig sei. Dass nun in Folge des digitalen Wandels zunehmend auch der Endnutzer eines durchsetzungsstarken Schutzes bedarf, teilweise vielleicht sogar in Gestalt subjektiver Rechte oder individueller zivilrechtlicher Ansprüche (s. § 95b Abs. 2 UrhG), konterkariert die vor dem Hintergrund eines urheber- bzw. verwerterzentrierten Paradigmas bestehende Erwartung, ist mithin im Sinne *Kuhns* als Auslöser für einen destruktiv-konstruktiven Paradigmenwechsel geeignet.

II. Akzeptanzverlust durch Sanktionierung alltäglichen Nutzerverhaltens

Der zu beobachtende Akzeptanzverlust des Urheberrechts in weiten Bevölkerungskreisen ist Folge und Ursache der urheberrechtlichen Legitimationskrise zugleich. Beide Phänomene bedingen sich gegenseitig: Das Urheberrecht wird u.a. deshalb nicht mehr respektiert, weil es nicht mehr glaubwürdig legitimiert ist (*Akzeptanzverlust durch Legitimationskrise*) und gerade im digitalen Umfeld als alltäglich und selbstverständlich wahrgenommene Nutzungshandlungen sanktioniert³¹¹. Weil es nicht mehr befolgt wird, steigt umgekehrt der Legitimationsdruck auf das Urheberrecht (*Legitimationskrise durch Akzeptanzverlust*).

Zwar machte man es sich zu einfach, wenn man schlicht aufgrund der massenhaften Nichtbefolgung urheberrechtlicher Regelungen durch sog. »Raubkopierer« die Legitimität des urheberrechtlichen Schutzregimes infragestellte. Nur weil, wie böse Zungen behaupten, Steuerhinterziehen zum Volkssport geworden ist und jeder zweite »schwarzfährt«, wird schließlich auch nicht auf die Einzie-

311 Zu letzterem Aspekt noch näher nachfolgend. *Garon*, 88 Cornell L. Rev. 1278, 1281 (2003), identifiziert ähnliche (und weitere) Gründe für die Legitimationskrise des Urheberrechts: »(...) the moral ambivalence towards copyrighted works may stem from a distrust of the basis for copyright protection. If the sole basis for protecting copyright is the economic incentive to create, then as soon as a work is minimally compensated, it should fall into the public domain. Emphasis on the incentive theory may weaken the legitimacy of copyright holders' claims.«. Eine weitere Ursache für die weitverbreitete Missachtung des Urheberrechts könne *Garon* zufolge von der Wahrnehmung herrühren, »(...) that copyright should serve as a shield, but never a sword; it should protect authors and artists, but not be used against the creative community to limit creative authorship«. Freilich sind dies nur zwei von vielen möglichen Erklärungen für die um sich greifende Missachtung des Urheberrechts. Mangelnde oder ungenaue Rechtskenntnis beispielsweise oder schlicht das Streben nach Geldersparnis (die digitale Privatkopie als bequemer Kaufersatz) spielen selbstverständlich ebenso mit hinein. Auch der Reiz des Verbotenen und die spielerische Lust an den Möglichkeiten der Technik sowie ein gewisser »sportlicher Ehrgeiz«, möglichst früh und über möglichst viele illegal erworbene Songs und Filme zu gebieten, dürften v.a. bei jugendlichen »Raubkopierern« nicht zu vernachlässigen sein.

hung der Steuergelder und Erhebung von Beförderungsentgelten verzichtet oder die jeweilige Berechtigung und Sinnhaftigkeit in Zweifel gezogen. Die vor allem in Kreisen jüngerer, mit dem Internet und seinen anarchischen Anfängen groß gewordener Nutzer entstandene Erwartungshaltung auf einen kostenlosen Zugang zu urheberrechtlich geschützten (Musik-) Werken, die in der Forderung nach einem pauschalen »Recht auf digitale Privatkopie« mündet, kann nicht der Maßstab für eine Revision des Urheberrechts sein. Dieser treffend »Freibiermentalität« genannten Einstellung ist prinzipiell mit Härte und Überzeugungsarbeit³¹² zu begegnen, weil sie in aller Regel den Interessen der Kreativen an einer Beteiligung an den vermögenswerten Ergebnissen ihrer Arbeit zuwiderläuft³¹³ und den notwendigen Amortisationsschutz der Verwerterindustrie torpediert.

Gleichwohl kann man vor dieser gesellschaftlichen Wirklichkeit auch nicht die Augen verschließen. Im Gegenteil: Gerade die Urheberrechtswissenschaft muss sich dieses rechtssoziologischen Phänomens annehmen, führt der schwindende Respekt gegenüber dem grundsätzlich ausschließlichen Vervielfältigungsrecht des Urhebers doch zu einem Erosionsprozess und Autoritätsverlusts des gesamten Rechtsgebiets. Die massenhafte, nahezu alltägliche Verweigerung der Normbefolgung, dieses ausgeprägte soziale Verhaltensmuster einer breiten Mehrheit kann nicht ohne Rückwirkung auf die Norm und ihre Legitimität bleiben³¹⁴. Recht und Rechtswirklichkeit stehen schließlich in einer unauflösbaren Wechselwirkung zueinander. Wenn die Befolgung des Urheberrechts nicht mehr selbstverständlich ist und nicht mehr von einem breiten gesellschaftlichen Konsens getragen wird, ist nicht nur die Akzeptanz, sondern auch die Effektivität des Urheberrechts in Gefahr³¹⁵. Man muss sich daher der Frage stellen, wie das Urheberrecht ausgestaltet und besser begründet werden kann, damit es von den Mitgliedern der Gesellschaft wieder als richtig, vernünftig und notwendig akzeptiert wird. Bisher wurde auf das Massenphänomen der unerlaubten digitalen Vervielfältigung und Verbreitung auf nationaler und internationaler Ebene vor allem in Gestalt

312 Die Kampagne des BMJ »Kopien brauchen Originale« weist insoweit in die richtige Richtung, siehe <http://www.kopien-brauchen-originale.de/enid/8393dd02a5bb8a2cbd0d1086aed781df,0/3r.html>.

313 Anders mögen die Fälle liegen, in denen sich ein Urheber bewusst dafür entschieden hat, dass für ihn (z.B. aus Promotiongründen) die maximale Verbreitung seines Werkes und weniger die Gewinnerzielung im Vordergrund steht und er deshalb sein Werk frei verfügbar beispielsweise unter eine Creative-Commons-Lizenz gestellt hat. Diese Lizenzen erlauben die unbegrenzte Vervielfältigung und Verbreitung, optional je nach dem Willen des Urhebers auch die Bearbeitung und den Ausschluss einer kommerziellen Verwertung der Werke, siehe <http://creativecommons.org/>.

314 Der Begriff der Legitimität betrifft *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 213, 215, zufolge, »die Voraussetzungen, unter denen die Regelungen des positiven Rechts von den Gesellschaftsmitgliedern als richtig und gerechtfertigt akzeptiert werden.«; grundlegend dazu *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 16 ff., krit. zum *Weberschen* Legitimitätsbegriff *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, S. 28 f.

315 *Garon*, 88 *Cornell L. Rev.* 1278, 1283 (2003): »Some copyright violations are pure economic theft motivated by easy money and low risk. But the public's loss of faith in copyright protection threatens copyright far more than core criminal activity.«.

einer weitgehenden rechtlichen Absicherung technischer Schutzmaßnahmen und mit einer erheblichen Verschärfung der Straf- und Bußgeldvorschriften reagiert³¹⁶. Angesichts der Ausmaße »echter Piraterie«, die mit viel krimineller Energie vonstatten geht und nicht selten professionell organisiert und gewerbsmäßig in großem Stil den Import urheberrechtsverletzender Güter z.B. aus China, Taiwan oder zunehmend osteuropäischen Herkunftsländern umfasst³¹⁷, erscheint grundsätzlich eine robuste und rigorose strafrechtliche Reaktion auch geboten.

Vor allem die Verankerung immer stärkerer Sanktionen für die unerlaubte digitale Vervielfältigung – und zwar auch in Bagatellfällen – ist aber alles andere als unproblematisch. So berechtigt die Sanktionierung, das Vermeiden falscher rechtspolitischer Signale durch eine Strafbefreiung und die erhoffte Präventivwirkung als solche auch sein mögen: die mehr oder weniger umfassende Sanktionierung kriminalisiert von Vielen als alltäglich und selbstverständlich wahrgenommene Nutzungshandlungen.

Die Einführung der Privatkopie mag 1965 nur eine gesetzgeberische Notlösung gewesen sein, weil ein Verbot mangels Durchsetzbarkeit für den Urheber ohne Nutzen gewesen wäre. Auch mögen die Interessen der Nutzer damals kein Beweggrund für die Ausgestaltung dieser Schrankenregelung gewesen sein³¹⁸. Nichtsdestotrotz lässt sich nicht von der Hand weisen, dass in der Folge ein Klima entstanden ist, in dem die digitale private Vervielfältigung zum Eigengebrauch (z.B. auch kopiergeschützter CDs oder der Internetdownload aus Tauschbörsen) undifferenziert als »gutes Recht« der Verbraucher verstanden wird. Schließlich, so die häufig zu hörende Argumentation, habe man ja das »Eigentum« an einem Song oder einer CD erworben, also könne man damit auch verfahren, wie man wolle. Wenn man so will, ist damit aus Urheber- und Verwerterperspektive bereits 1965 die Büchse der Pandora geöffnet worden. Heute ist die daraus erwachsene und zuletzt maßgeblich durch die Freiheiten des Internet geförderte Erwartungshaltung und das geschwundene Unrechtsbewusstsein vieler Nutzer kaum mehr einzufangen. Dass auch verschärfte strafrechtliche Sanktionsdrohungen insoweit kaum Abhilfe zu versprechen scheinen, legt das Ergebnis des 2. Produktpiraterieberichts der Bundesregierung nahe. Danach konnte keine der vom Bundesministerium der Justiz befragten Stellen, Verbände und Organisationen eine Schärfung des Unrechtsbewusstseins der Täter als Folge geänderter urheberrechtlicher

316 Von den weiteren Novellierungen wie insbesondere im Bereich der »digitalen Privatkopie« (§ 53 Abs. 1 UrhG) soll an dieser Stelle abgesehen werden.

317 Die beiden Produktpiraterieberichte der Bundesregierung geben dieser besorgniserregenden Entwicklung beredten Ausdruck, siehe die Berichte über die Auswirkung der durch das Gesetz zur Stärkung des Schutzes geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG) vom 07. März 1990 eingeführten neuen Maßnahmen zur Bekämpfung der Schutzrechtsverletzungen im Bereich des geistigen Eigentums, BT-Drucks. 12/4427 und BT-Drucks. 14/2111, insbesondere S. 8 ff.

318 Dies betont auch die Begründung für den Gesetzesentwurf der Bundesregierung für den sog. Zweiten Korb der Urheberrechtsreform, S. 39, <http://www.kopien-brauchen-originale.de/media/archive/139.pdf>

Strafvorschriften beobachten³¹⁹. Die Pönalisierung von sog. »Raubkopierern« ist ein Kampf gegen Windmühlen. Das Urheberrecht kann zwar, wie *Stallberg* treffend formuliert hat, »seine eigene Anwendung vorschreiben, die Geltung dieses Befehls aber nicht dekretieren«³²⁰.

Hinzu kommt, dass der Nutzer im digitalen Umfeld des Internets immer häufiger unbedacht Urheberrechtsverletzungen begeht, ohne dass er sich dessen bewusst wäre (allein indem er z.B. dem Gebot der Quellenangabe nach § 63 UrhG nicht nachkommt). Die immer häufiger ausgelösten straf- bzw. bislang in erster Linie zivilrechtlichen Rechtsfolgen vermitteln dem Nutzer zunehmend das Gefühl eines erheblichen Freiheitsverlusts. Die verstärkte und im Regelfall wahrscheinlich auch berechnete Sanktionierung seines Nutzerverhaltens, das er selber als sozialadäquat empfunden haben mag, weckt bei ihm den Eindruck einer radikalen Beschränkung seiner Selbstbestimmung gerade im digitalen Umfeld, eine Wahrnehmung, die ihn an der Berechtigung des »urheberrechtlichen Korsetts« zweifeln lässt. Man mag diese gesellschaftliche Entwicklung kritisieren, ignorieren kann man sie nicht.

Die im Vorfeld des Zweiten Korbs der Urheberrechtsreform mit großer Intensität geführte rechtspolitische Diskussion um eine sog. »Bagatelldelikt«, also eines »Strafausschließungsgrundes für eine geringe Zahl illegaler Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch«³²¹ (z.B. das Kopieren von Noten oder der Download einer geringen Anzahl von Musikwerken aus dem Internet, bei dem also nicht Hunderte von Musiktiteln heruntergeladen werden), hat daher die berechnete Frage aufgeworfen, ob das Setzen auf ein strafrechtliches Sanktionsregime auch für geringfügige, erstmalige Verletzungshandlungen zum eigenen privaten Gebrauch tatsächlich rechtspolitisch sinnvoll und nicht möglicherweise eher kontraproduktiv

319 2. Produktpirateriebericht, BT-Drucks. 14/2111, S. 2.

320 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 25 f. geht sogar noch einen Schritt weiter, wenn er konstatiert, dass »ein Recht, dass nirgends auf freiwillige Befolgung und Akzeptanz hoffen darf (...) unsinnig« sei.

321 Siehe die Begründung für den Gesetzesentwurf der Bundesregierung für den sog. Zweiten Korb der Urheberrechtsreform, S. 34, <http://www.kopien-brauchen-originale.de/media/archive/139.pdf>. In der öffentlichen Debatte und auch im vorausgegangenen Referentenentwurf (Stand: 26.01.2006, im Folgenden RefE) wurde das Erfordernis einer solchen Bagatelldelikt mit dem Argument begründet, dass eine »Kriminalisierung der Schulhöfe« vermieden werden solle. Was im Rahmen dieser Diskussion häufig übersehen bzw. durcheinander geworfen wird, ist, dass bereits im ersten Korb der Urheberrechtsreform eine gewisse Strafbefreiung von Verletzungshandlungen im engen persönlichen Umfeld erfolgt ist, die vom Anwendungsbereich der nach § 106 Abs. 1 UrhG erfolgenden Sanktionierung für die unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke als der Grundnorm des Urheberstrafrechts zu trennen ist. Gemäß § 108 b Abs. 1 UrhG ist nämlich die Strafbarkeit desjenigen ausgeschlossen, der ohne Zustimmung des Rechteinhabers eine wirksame technische Maßnahme in der Absicht umgeht, sich oder einem Dritten den Zugang oder die Nutzung eines Werkes zu ermöglichen, vorausgesetzt, die Tat erfolgt ausschließlich zum

tiv ist³²². Der Referentenentwurf für den Zweiten Korb der Urheberrechtsreform (Stand: 26.01.2006) stellte insoweit vollkommen zu Recht fest, dass es rechtspolitisch nicht opportun und der Akzeptanz des Urheberrechts insgesamt abträglich ist, wenn Urheberrechtsverletzungen auch dann kriminalisiert werden, wenn sie sich im Bagatellbereich bewegen und die Nutzungshandlungen nur privaten Zwecken dienen³²³. Indem man sich im Zuge des Gesetzgebungsprozesses über diese Erkenntnis hinwegsetzt hat, ist der Akzeptanzverlust des Urheberrechts weiter befördert und die Legitimationskrise verschärft worden. Generell muss bezweifelt werden, dass der hilflos anmutende Ausbau des Sanktionsregimes die beste

eigenen privaten Gebrauch oder für den privaten Gebrauch persönlich mit dem Täter verbundener Personen. Abgesehen davon, dass der zivilrechtliche Schutz durch diese Regelung unberührt bleibt, hat sie den Vorzug, einer Überlastung der Strafverfolgungsbehörden entgegenzuwirken, Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 108b, Rn. 6. Wenn nun mit Blick auf den Grundtatbestand des Urheberstraftsrechts (§ 106 UrhG), der Verletzungen von Rechten an Werken im Sinne des ersten Teils des UrhG ahndet, bereits jetzt, wie die Begründung des Gesetzesentwurfs für den zweiten Korb der Urheberrechtsreform ausdrücklich feststellt, Bagatellfälle einer unerlaubten Verwertung mit geringem Unrechtsgehalt in der Praxis der Staatsanwaltschaften ohnehin nicht verfolgt werden bzw. nicht verfolgt werden können (sei es aus Überlastung oder aufgrund von Beweisschwierigkeiten, der RefE vom 26.01.2006, S. 75, war insoweit bemerkenswerterweise noch wesentlich deutlicher; danach seien Verfolgungsaktivitäten in diesem Umfang »weder möglich noch wünschenswert«), dann stellt sich die Frage, warum man nicht methodenehrlicherweise auch hier die Staatsanwaltschaften entlastet und für die Nutzer in § 106 UrhG eine klare Regelung trifft. Es ist insofern bedauerlich, dass der noch im RefE vom 26.01.2006 enthaltene Vorschlag für einen Strafausschließungsgrund in Gestalt eines neuen § 106 Abs. 3 UrhG nicht Eingang in das Gesetz gefunden hat. Von Seiten des BMJ war folgende Formulierung für einen neuen Abs. 3 angedacht worden (RefE, S. 14 und 75): »Nicht bestraft wird, wer Werke oder Bearbeitungen oder Umgestaltungen von Werken in nur geringer Zahl und ausschließlich zum eigenen privaten Gebrauch oder zum privaten Gebrauch von mit dem Täter persönlich verbundenen Personen vervielfältigt oder an solchen Vervielfältigungen teilnimmt (...)«. Die rechtswidrige Vervielfältigung von Computerprogrammen zum privaten Gebrauch sollte vom Strafausschließungsgrund ausgeklammert werden.

322 So formuliert *Patalong* in Spiegel Online am 22.03.2006: »Dass das Kopieren von CDs, der Download aus dem Internet, grundsätzlich eine Verletzung des Urheberrechtes darstellt, soll mit all dem gar nicht bestritten werden. Aber ist es realistisch, einen Straftatbestand zu definieren und ihn mit heftigen Strafen zu verbinden, wenn sich die absolute Mehrheit der Bevölkerung ganz alltäglich strafbar macht? Kann man ein Unrechtsbewusstsein für ein Vergehen erzeugen, das so gut wie jeder als Bagatelle empfindet, indem man es mit Strafen verknüpft, die eher an Kapitalverbrechen denken lassen? Da steht eher zu befürchten, dass die große Masse weitermacht wie bisher, während die Industrie vor Gericht Exempel statuieren lässt. Geholfen ist damit niemandem. Vielleicht hätte es keine Novelle des alten Rechts gebraucht, um es "fit für das digitale Zeitalter" zu machen", sondern schlicht ein Neues.« (siehe <http://www.spiegel.de/netzwelt/technologie/0,1518,407246,00.html>).

323 Siehe RefE, S. 75. In diesem Sinne kritisch wohl auch Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 106, Rn. 2, der als Beleg für die nachteiligen Folgen einer Kriminalisierung das Vorgehen einiger Rechteinhaber gegen Schulkinder und Jugendliche anführt, die Kopien von Computerspielen jenseits der Grenzen des § 53 UrhG hergestellt und verbreitet hatten. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch der rechtssoziologische Hinweis von *Rehbinder*

Antwort auf den grassierenden Akzeptanzverlust des Urheberrechts ist. Zwang allein wird ihn jedenfalls nicht abwenden können. Die Wahrscheinlichkeit, dass Recht befolgt und als legitim begriffen wird, steigt eher mit der zu fördernden Einsicht seiner Adressaten, dass dieses Recht notwendig, sachgerecht und vernünftig ist³²⁴. Deshalb verdienen die Überprüfung des geltenden Rechts und die Überwindung der andauernden Legitimationskrise des Urheberrechts allerhöchste Aufmerksamkeit.

D. Zusammenfassung

Das Urheberrecht sieht sich trotz oder vielleicht auch gerade aufgrund seines ungekannten Bedeutungszuwachses mit einem sich verstärkenden Legitimationsverlust konfrontiert³²⁵. Dabei steckt das traditionelle, rein urheberzentrierte Paradigma als solches, also die auf die individuelle Schöpferpersönlichkeit als normatives Leitbild ausgerichtete, personalistische Rechtfertigung und materiell-rechtlich rein urheberzentrierte Konzeption des Urheberrechts (Urheberrecht als Urheberschutzrecht), in der Krise. Eine immer weitere Absenkung der Schutzvoraussetzungen und die damit einhergehende Erweiterung der Schutzgegenstände haben dieses urheberzentrierte Paradigma an seine Belastungsgrenze geführt. Auch angesichts der Tendenz zum entpersönlichten Werkschaffen ist die individuelle Schöpferpersönlichkeit zu einer zunehmend weniger überzeugenden Legitimationsfigur geworden. Zur Erosion des urheberzentrierten Paradigmas ferner beigetragen haben dürften so verschiedene Phänomene wie die Ausklammerung des ideellen Interessenschutzes im Zuge der stark vom Investitionsschutzgedanken geprägten europäischen Urheberrechtsharmonisierung (s.o. Kap. 3 A. I.), die Erosion der Schutzrechtsgrenzen im Verhältnis zu anderen Schutzrechten (s.o. Kap. 3 A. II.) oder die Philosophie der Postmoderne (s.o. Kap. 3 A. III.). Letztere hat das traditionelle, allein urheberfixierte normative Leitbild vom individuell

im Rahmen eines interdisziplinären Workshops, der am 18.12.2006 am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum in München unter der Beteiligung von Ökonomen, Soziologen und Psychologen stattgefunden hat. Danach werde »totes Recht« als Unrecht empfunden, wenn es mittels Zwang durchgesetzt werde.

324 Ähnlich *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 26: »Dass eine gesetzliche Regelung als Recht erkannt und befolgt wird, basiert zuletzt auf *außerrechtlichen* Grundlagen. Diese bestehen in erster Linie in der *Einsicht*, ein bestimmter Normkomplex sei im Großen und Ganzen moralisch vernünftig.«. Und weiter auf S. 335: »Ohne Erneuerung dieser Einsicht wird das Urheberrecht auf Dauer nicht zu haben sein; durch Zwang allein wird es seinem schleichenden Autoritätsverlust nicht entgehen können.«. Schon *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 16, hat darauf hingewiesen, dass »der Umstand, daß (...) die Ordnung mindestens einem Teil der Handelnden auch als vorbildlich oder verbindlich und also geltend *sollend* vorschwebt, (...) naturgemäß die Chance (steigert), daß das Handeln an ihr orientiert wird, und zwar oft in sehr bedeutendem Maße.« (Hervorhebung im Original).

325 *Rigamonti*, *Geistiges Eigentum*, S. 151.

schöpferischen Urheber und die – in der personalistischen Rechtfertigung besonders deutlich zum Ausdruck kommende – subjektbezogene Werkwahrnehmung dabei durch ihre stärker werk- bzw. nutzerbezogene Betrachtungsweise einem erhöhten Rechtfertigungsdruck ausgesetzt.

Weiter verschärft haben dürfte die Legitimationskrise der Umstand, dass der herkömmlich bemühte, individualistische Rechtfertigungsansatz die tatsächlichen Schutzrechtsauswirkungen zugunsten der Verwerterindustrie immer weniger zu erklären vermag (s.o. Kap. 3 B.). Die Tendenz zum Verwerter- bzw. Investitionsschutz entfaltet insoweit eine systemsprengende Wirkung. Bestes Beispiel dafür ist der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen (s.o. Kap. 3 B. II.). Er hat insofern zu einer dogmatischen Friktion geführt, als der überkommene Begründungsapparat nicht die Frage zu bewältigen vermag, warum auch Computerprogramme, deren individueller Gehalt als Ausdruck einer Schöpferpersönlichkeit sich nur schwerlich fassen lässt, eine Schutzfrist von 70 Jahren post mortem auctoris genießen sollen.

Die Vernachlässigung der Nutzerinteressen im Zuge der rechtlichen wie technischen Schutzexpansion der vergangenen Jahre dürfte schließlich in nicht unerheblichem Maße zur gegenwärtigen Legitimationskrise des Urheberrechts beigetragen haben (s.o. Kap. 3 C. I.). Die weitgehend einseitige Schutzausdehnung hat hier zu einem fortschreitenden Autoritäts- und Akzeptanzverlust des Urheberrechts in weiten Bevölkerungskreisen geführt (Legitimationskrise durch Akzeptanzverlust). So dürfte namentlich die verschärfte und faktisch kaum durchsetzbare Sanktionierung von Bagatellfällen (in denen eine geringe Zahl illegaler Vervielfältigungen zum rein privaten Gebrauch erfolgt, sog. »Kriminalisierung der Schulhöfe«), der Akzeptanz des Urheberrechts eher abträglich gewesen sein. Als mögliche Ursache für diese deutlichen Symptome einer tiefgreifenden Krise des bestehenden, urheberzentrierten Urheberrechtssystems wurde dabei insbesondere das Fehlen einer urheberrechtlichen Nutzerschutzdoktrin identifiziert. Dort, wo ein rechtstheoretisch untermauertes Nutzerschutzparadigma einen ausgleichenden Gegenpol zum traditionell urheber- und faktisch verwerterzentrierten Paradigma bilden müsste, klafft in der Urheberrechtstheorie bislang eine Leerstelle; das theoretische Fundament für eine Nutzerschutzdoktrin, also eine programmatische Festlegung auf einen dem Urheberschutz als Korrektiv entgegengesetzten Nutzerschutz, ist allenfalls bruchstückhaft vorhanden. Die (auch) dadurch gerade im digitalen Umfeld vielfach unterbleibende oder nur halbherzig erfolgende Berücksichtigung der Nutzerschutzbedürfnisse untergräbt die Akzeptanz dieses Rechtsgebiets und verstärkt die als Grundlagenkrise zu verstehende Legitimationskrise des Urheberrechts.

4. Kapitel:

Rechtfertigung des Urheberrechts im Allgemeinen und einer Nutzerschutzdoktrin im Besonderen

Aus der vorstehend diagnostizierten Legitimationskrise ergibt sich die Notwendigkeit, den überkommenen urheberrechtlichen Regelungszweck einer Neubestimmung zu unterziehen. Namentlich das wachsende Bedürfnis eines originären Nutzerschutzes im digitalen Umfeld gibt dabei Anlass, sich vom rein urheberzentrierten Paradigma zu lösen. Erforderlich scheint die Erarbeitung eines rechtstheoretischen Erklärungsansatzes, der den Nutzer explizit miteinbezieht³²⁶. Vollzogen werden könnte ein solcher urheberrechtlicher Paradigmenwechsel durch die Etablierung einer Nutzerschutzdoktrin, die das Urheberrecht neben dem Urheberschutz programmatisch auf den Nutzerschutz festlegt³²⁷. Die Grundidee wäre dabei, dem Nutzerschutz insbesondere angesichts überbordender vertraglicher wie technischer Nutzungsrestriktionen von vornherein eine positive Rolle im Urheberrecht zuzuweisen³²⁸. Aufgabe des Urheberrechts wäre es danach, die Interessen von *Urhebern* und *Nutzern* zu sichern, um damit kreatives Schaffen bzw. weitere, näher festzulegende Ziel- und Wertvorstellungen zu fördern. Durch die

326 Dies fordert namentlich auch *Cohen*, 74 *Fordham L. Rev.* 347 ff. (2005), online verfügbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=814664, siehe dazu auch schon oben Kap. 3 C. I.

327 Mit einem ähnlich bipolaren, »dual objective«-Ansatz bereits *Drassinower*, *Taking User Rights Seriously*, in: *In the Public Interest*, Hg. v. *Geist*, S. 462, 477 ff., bei dem jedoch Nutzerschutz offenbar zwingend gleichbedeutend ist mit »user rights« (S. 466): »The law of copyright is not only a law about the rights of authors, it is also a law about the rights of users.«. Seine These vom insoweit dualen Zweck des kanadischen Copyrights stützt *Drassinower* dabei auf eine Entscheidung des kanadischen Supreme Courts (*CCH Canadian Limited v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, online verfügbar unter: <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc13/2004scc13.html>), die wegen der dort zugrunde gelegten Auffassung, dass »user rights« ein integraler Bestandteil des kanadischen Copyrights seien, von weitreichender Bedeutung sei: »In the Court's eyes, user rights are as central to copyright law as author rights« (*Drassinower*, a.a.O., S. 462 f.). Der kanadische Supreme Court hatte in dieser grundlegenden Entscheidung wörtlich u.a. festgestellt, a.a.O., Abs. 48: »(...) the fair dealing exception is perhaps more properly understood as an integral part of the *Copyright Act* than simply a defence. Any act falling within the fair dealing exception will not be an infringement of copyright. The fair dealing exception, like other exceptions in the *Copyright Act*, is a user's right. In order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users' interests, it must not be interpreted restrictively.«.

328 Wenn im Folgenden von einer Normzweckerweiterung um einen expliziten Nutzerschutz die Rede ist, so ist diese Begriffswahl – wie bereits zu Beginn der Arbeit angemerkt – nur als Arbeitshypothese aufzufassen und nicht als abschließende Festlegung des Zweckeumfanges misszuverstehen.

rechtstheoretische Aufwertung der Nutzerinteressen eröffneten sich neue Perspektiven für dieses Rechtsgebiet. Die Etablierung von originären Nutzerrechten im digitalen Umfeld beispielsweise würde so widerspruchsfrei möglich³²⁹. Allgemein könnte die explizite Aufnahme des Nutzerschutzes etwa in einer Normzweckklausel zur rechtspolitischen Rechtfertigung des Urheberrechts beitragen und als Grundlage für eine teleologische Auslegung des Gesetzes sowie als Richtschnur für die Ausgestaltung des Urheberrechts dienen³³⁰. Insofern ist ein normzweckorientiertes Denken nicht allein von akademischer, sondern auch von eminenter rechtspolitischer und rechtspraktischer Relevanz: Akzeptanz, Auslegung und Ausgestaltung des Urheberrechts hängen in hohem Maße von ihm ab³³¹.

Da eine solche Zweckerweiterung das bestehende urheberzentrierte Paradigma samt seiner individualistischen Begründungsmodelle sprengt (Legitimationskrise als Grundlagenkrise), ist zu prüfen, inwieweit sich ein erweitertes Normzweckmodell auf anderweitiger Grundlage, beispielsweise unter Berücksichtigung der Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Urheberrechts, plausibel rechtfertigen lässt. In diesem für die vorliegende Arbeit zentralen Kapitel soll daher die Rechtfertigung des Urheberrechts im Allgemeinen und einer Nutzerschutzdoktrin im Besonderen betrieben werden. Im Anschluss werden in Kapitel 5 dann die verfassungs- und internationalrechtliche Zulässigkeit einer Normzweckerweiterung sowie deren Umfang und materiell-rechtlichen Konsequenzen zu klären sein. Hier wird es dann insbesondere um die Frage gehen, wie sich eine mögliche Normzweckerweiterung nicht nur de lege ferenda im Gesetz transparent machen lässt, sondern wie sie allgemein zu wirkungsvoller Anwendung gelangen kann. Regelungszwecke geben aus sich selbst heraus keine zwingenden Lösungen vor³³². In Kapitel 5 sollen daher auch exemplarisch konkrete nutzerschützende Gestaltungsoptionen erörtert werden.

329 Eine Regelung wie § 95b Abs. 2 UrhG würde dogmatisch konsistent und wäre möglicherweise weiter auszubauen, d.h. konkret vom Offline- auch auf den Online-Bereich zu erstrecken, dazu unten in Kap. 5 D. II. 5.

330 Die rechtliche Relevanz und das vielfältige Potential eines zweckorientierten Ansatzes wird nachstehend in Kap. 5 D. noch vertieft werden.

331 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 29. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Luhmann*, Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 7 ff., 166 ff., der sich intensiv mit der Funktion von Zwecken in sozialen Systemen beschäftigt hat. Nach *Luhmann* dient die Zweckorientierung der Reduktion von Komplexität, mit anderen Worten also der Vereinfachung, die ein System erst handlungsfähig werden lässt (S. 179: »(...) die Funktion der Zwecksetzung lässt sich in einem ganz allgemeinen Sinne als Funktion der Absorption von Komplexität und Veränderlichkeit denken«).

332 Vgl. *Beater*, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 6.

A. Vorüberlegungen zur Unterscheidung der Begründungsansätze

Es ist evident, dass die programmatische Forderung nach einem urheberrechtlichen Nutzerschutz traditionelle, rein urheberzentrierte Erklärungsmodelle prinzipiell überstrapaziert. Auf der Suche nach einem belastbaren urheberrechtstheoretischen Fundament, das sowohl den Urheber- als auch den Nutzerschutz zu tragen vermag, sind daher die unterschiedlichen Rechtfertigungsansätze auf ihre jeweilige Geeignetheit hin zu untersuchen. Wie bereits im Einleitungskapitel zur ideengeschichtlichen Entwicklung des Urheberrechts deutlich geworden ist³³³, existiert eine schier unüberschaubare Vielzahl von Rechtfertigungsbemühungen für das Urheberrecht³³⁴.

Üblicherweise werden von ihrer Herangehensweise her zwei verschiedene Arten von Rechtfertigungsansätzen für die Gewährung urheberrechtlichen Schutzes unterschieden: Auf der einen Seite die den Urheber ins Zentrum stellende individualistische Konzeption, wie sie traditionell in Kontinentaleuropa beheimatet ist, und auf der anderen Seite die stärker im anglo-amerikanischen Rechtskreis verbreitete, gemeinhin als »utilitaristisch« bezeichnete Herangehensweise, die das Urheberrecht mit einer gesamtgesellschaftlichen Perspektive unter ökonomischen und kulturpolitischen oder demokratietheoretischen Nutzenerwägungen betrachtet. Für die systematische Einteilung und Typologisierung der einzelnen Begründungsansätze bieten sich verschiedene Gesichtspunkte an. Denkbar ist grundsätzlich eine Unterscheidung anhand der Gegensatzpaare deontologisch/teleologisch-konsequentialistisch³³⁵, nicht-utilitaristisch/utilitaristisch³³⁶ oder individualistisch/kollektivistisch³³⁷. Am gebräuchlichsten dürfte die Differenzierung zwischen nicht-utilitaristischen und utilitaristischen Begründungsansätzen

333 Siehe Kap. 2.

334 Einen instruktiven Überblick liefern beispielsweise *Davies*, Copyright and the Public Interest, 2-0004, S. 13 ff.; *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168 ff.; sowie *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 35 ff. Eingehendere Darstellungen der verschiedenen Begründungsansätze finden sich bei *Menell*, Intellectual Property: General Theories, in: Encyclopedia of Law and Economics II, Hg. v. *Bouckaert/De Geest*, S. 129 ff. und *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 55 ff.

335 Die Differenzierung zwischen deontologisch und teleologisch bezieht sich auf die entsprechende Unterscheidung der beiden Hauptströmungen im Bereich der normativen Ethik. Die »Deontologie« bewertet Handlungen dabei nach den zugrundeliegenden Erwägungen oder dem Willen des Handelnden. Teleologische bzw. konsequentialistische Ethiken zielen demgegenüber auf eine zweck- bzw. folgenorientierte Bewertung menschlicher Handlungen oder Handlungsregeln.

336 Zur ausführlichen Definition und kritischen Würdigung des Utilitarismus siehe unten.

337 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 46 ff., der sich eingehend damit beschäftigt hat, wie sich die diversen Begründungsansätze sinnvoll gruppieren lassen, und der eine »analytische Typologie der Begründungsmodelle« vorgelegt hat.

sein³³⁸. So erfolgt die Etikettierung als »utilitaristisch« im urheberrechtlichen Kontext gemeinhin zur pauschalen Bezeichnung des anglo-amerikanischen Copyright-Denkens und in Abgrenzung zum traditionellen, kontinentaleuropäischen *droit d'auteur*-Ansatz. Diese Titulierung knüpft an die berühmte Klausel der US-amerikanischen Verfassung (Art. I, Section 8, Clause 8) an, in der die Gewährung des Copyrights in einen Nützlichkeitszusammenhang gestellt wird: »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.«. Die zeitlich begrenzte Gewährung eines exklusiven Rechts für Urheber und Erfinder ist danach nicht vorgegebener Selbstzweck, sondern ein auf die Förderung des wissenschaftlichen Fortschritts und der »nützlichen Künste« ausgerichtetes Mittel³³⁹. Auch das britische »Statute of Anne« aus dem Jahre 1709 zielte darauf, Kreativität zu fördern³⁴⁰. Ziel des britischen Rechts war das »encouragement of learned men to compose and write useful books«³⁴¹. Diese frühen programmatischen Weichenstellungen erhellen, aus welchem Grund vom nutzenorientierten und deshalb »utilitaristischen« anglo-amerikanischen Copy-

338 Sie findet sich etwa bei *Menell*, *Intellectual Property: General Theories*, in: *Encyclopedia of Law and Economics II*, Hg. v. *Bouckaert/De Geest*, S. 129 ff. *Menell* folgend *Towse/Holzhauser*, *The Economics of Intellectual Property*, Vol. I, S. XIII. Häufig herrscht jedoch ein einziges Begriffswirrwarr, bei dem erst gar nicht der nach dem korrekten Antonym gesucht wird und beispielsweise eine ökonomisch-instrumentalistische Sichtweise einer natur- bzw. menschenrechtlichen gegenübergestellt wird, so etwa bei *Gervais*, *The Changing Role of Copyright Collectives*, in: *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Hg. v. *Gervais*, S. 3, 6; s.a. *Drahos*, *A Philosophy of Intellectual Property*, S. 199 ff., der »Instrumentalism« und »Proprietarianism« kontrastiert.

339 *Rehbinder*, *Urheberrecht*, Rn. 22 u. 87: »Das Copyright-System beruht auf dem Gedanken einer staatlichen Belohnung und Förderung geistiger Arbeit.«; vgl. *Prosi*, *Ökonomische Theorie des Buchs*, S. 18, der differenziert zwischen der Anreizwirkung der durch das Recht geschaffenen Gewinnchancen für Urheber und Verwerter als »Nahziel« einerseits und der durch dieses Mittel gleichzeitig bezweckten Fortschrittsförderung als »Fernziel« andererseits; *Wagner-Silva Tarouca*, *Der Urheberschutz der ausübenden Künstler und der Tonträgerproduzenten in den USA*, S. 7 f. Bezeichnenderweise wird im amerikanischen Recht nicht zwischen Urheber- und Patentrecht unterschieden, beide stehen im Sinne der Verfassungsklausel nebeneinander. Dies wirft die generelle Frage auf, inwieweit sich nicht auch im kontinentaleuropäischen IP-System das Urheber- und Patentrecht stärker als einheitliches Rechtsgebiet mit einer gemeinsamen utilitaristischen bzw. gemeinwohlorientierten Grundlage verstehen lassen bzw. verstanden werden müssen. Möglicherweise bietet sich bei einer solchen – u.a. von *Ohly*, *JZ* 2003, 545, 554 geforderten Gesamtschau des Patent-, Urheber- aber auch Markenrechts – auch die Möglichkeit, dass das Urheberrecht vom Patentrecht lernen kann. Schließlich wird auch im Patentrecht die Diskussion über die positiven und negativen Schutzwirkungen des Schutzrechts intensiv geführt, siehe etwa *Nordhaus*, *Invention, Growth and Welfare*; *Machlup*, *GRUR Int.* 1961, 373 ff.; *Fisher*, *Theories of Intellectual Property*, in: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Hg. v. *Munzer*, S. 168 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *Gilbert/Shapiro*, 21 *RAND Journal of Economics* 106 ff. (1990).

340 *Davies*, *Copyright and the Public Interest*, 2-007, S. 15.

341 Das Statute of Anne findet sich abgedruckt als Appendix 1 in *Davies*, *Copyright and the Public Interest*, S. 371.

right die Rede ist³⁴². Wenn der Terminus »utilitaristisch« in diesem weiten Sinne verwendet wird und mit ihm zum Ausdruck gebracht werden soll, dass das Urheberrecht allgemein am gesellschaftlichen Nutzen ausgerichtet ist bzw. ausgerichtet sein sollte, muss man sich jedoch bewusst sein, dass man dadurch über den eigentlichen Theoriegehalt zumindest des klassischen, hedonistischen Utilitarismus *Benthamscher* Prägung, der auf »das größte Glück der größten Zahl« und damit auf eine maximale Bedürfnis- und Interessenbefriedigung ausgerichtet ist³⁴³, hinausgeht³⁴⁴. Aufgrund dieser Mehrdeutigkeit ist die Unterscheidung in nicht-utilitaristische und utilitaristische Ansätze nicht optimal. Vorzugswürdig ist vielmehr die Differenzierung zwischen *individualistischen* und *kollektivistischen* Begründungsansätzen³⁴⁵. Als individualistisch werden dabei hier diejenigen Ansätze bezeichnet, die den Urheber als Individuum ins Zentrum stellen und seinen ideellen wie materiellen Interessen in Bezug auf das Werk den grundsätzlichen Vorrang vor den Bedürfnissen der Gemeinschaft einräumen. Unter kollektivistischen Begründungsansätzen werden demgegenüber jene verstanden, die prinzipiell den Vorrang des gesellschaftlichen Nutzens vor den individuellen Interessen des Urhebers betonen³⁴⁶. Sie rechtfertigen das Urheberrecht damit, dass dieses die Erreichung oder Wahrung einer bestimmten, für gut befundenen

342 Auf die Fragestellung, inwieweit diese hehren Zielsetzungen mit der heutigen Rechtswirklichkeit in den USA und Großbritannien tatsächlich übereinstimmen, soll nicht weiter eingegangen werden, da hier einzig die theoretische Vorstellung als solche von Interesse ist.

343 *Bentham*, in: Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 55 f. v.a. Anm. 1. »Ziel ist die maximale Bedürfnis- und Interessenbefriedigung bzw. die minimale Frustration« so *Höffe*, in: Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 7, 10 f.

344 S.a. *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 204, Fn. 539, der darauf hinweist, dass »utilitaristisch« dann allgemein ein Programm beschreibt, »bei dem der gesellschaftliche Nutzen einer Regelung ihren moralischen Wert ausmacht«. So werde »der Begriff des Utilitarismus jedoch in einem weiteren Sinne verwendet, als üblich ist. (...) Der spezifische Gedanke des Utilitarismus hingegen – größtmögliches Glück für die größtmögliche Zahl – wird so fallengelassen.«.

345 So auch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 46 ff., der das konsequentialistische Denken in Handlungsfolgen als zu unspezifisch für das Urheberrecht ablehnt. »Schließlich geht es zuletzt nicht um Folgen oder Nicht-Folgen des Urheberrechts – es geht um die Bedeutung geistiger Werke.«. *Stallberg* fragt daher (S. 46): »Für wen haben geistige Werke Bedeutung?«. Dies führt ihn zur Identifizierung zweier Beziehungen: der zwischen Urheber und Werk sowie der zwischen Gesellschaft und Werk. Individualistische Begründungsmodelle behaupten danach »eine spezifische Beziehung zwischen Urheber und Werk (Primärbeziehung), aufgrund derer eine rechtliche Beziehung zwischen Urheber und Werk (Sekundärbeziehung) moralisch gerechtfertigt ist. (...) Anders hingegen kollektivistische Begründungsmodelle: Sie suchen die Rechtfertigungsgründe des Urheberrechts im Verhältnis Gesellschaft/Werk. Es wird eine spezifische Beziehung zwischen der Gesellschaft und Werken (Primärbeziehung) angenommen, aufgrund derer eine rechtliche Beziehung zwischen Urhebern und ihren Werken (Sekundärbeziehung) gerechtfertigt ist.« (Hervorhebungen im Original).

346 S. Duden, Das große Fremdwörterbuch, Hg. vom Wissenschaftlichen Rat der Dudenredaktion, S. 722.

Gesellschaftskonzeption fördert³⁴⁷. Kollektivistische Begründungsmodelle setzen deshalb eine normative Werttheorie voraus, aus der sich ergibt, welche Werte, Zwecke und Ziele mittels des Urheberrechts realisiert werden sollen. Dies kann beispielsweise die Maximierung ökonomischer Effizienz oder die Optimierung kultur- und sozialpolitischer Ziele sein. Indem kollektivistische Erklärungsmodelle insofern mit dem Telos und den Konsequenzen des Urheberrechts argumentieren, sind sie zugleich teleologisch und konsequentialistisch. Weil sie in aller Regel einen bestimmten gesamtgesellschaftlichen Nutzen maximieren wollen, lassen sie sich zumeist auch als utilitaristisch im weitesten Sinne begreifen. Kollektivistische Begründungsmodelle müssen aber nicht notwendig utilitaristisch sein. Denn wenn im Rahmen einer kulturpolitischen Gesellschaftskonzeption bestimmte Bedürfnisse oder Interessen beispielsweise einer Minderheit höher bewertet werden als andere, dann wird vom Ziel des Utilitarismus abgerrückt, das Wohlergehen aller Betroffenen gleichermaßen zu optimieren³⁴⁸. Dass kollektivistische Ansätze betont gemeinwohlorientiert sind, heißt dabei nicht, dass sie den Wert und die Würde des Individuums missachteten. Im Gegenteil: Nutznießer der angestrebten Gesellschaftskonzeptionen soll in aller Regel das Individuum sein. »Es ist«, wie *Stallberg* formuliert, »durchaus die Regel, dass eine bestimmte gesellschaftliche Struktur gerade deswegen erwünscht ist, weil sie *jedem Individuum* einen Vorteil verschafft.«³⁴⁹.

Wie sich bereits angedeutet hat, lässt sich sowohl der individualistische als auch der kollektivistische Begründungsansatz in weitere Untertheorien aufgliedern. So tritt bei den individualistischen Ansätzen neben die Begründung aus der Natur der Sache der arbeitstheoretische Gedanke, die Schöpferleistung sei anzuerkennen. Auch die personalistische und liberalistische Fundierung lässt sich bei diesen am Individuum des Kreativen ansetzenden Rechtfertigungsbemühungen verorten.

Währenddessen konkurrieren im Rahmen der kollektivistisch-konsequentialistischen Theoriefamilie ökonomietheoretische³⁵⁰, kultur- und sozialpolitische³⁵¹

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

348 *Höffe*, in: Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 7, 11, hat den Utilitarismus auf eben diese Maxime gebracht: »Handle so, daß die Folgen deiner Handlung bzw. Handlungsregel für das Wohlergehen aller Betroffenen optimal sind.«.

349 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 49 (Hervorhebung im Original), der als Beispiel die effizienzorientierte Gesellschaftskonzeption anführt, weil diese »jedem Menschen die größtmögliche Freiheit biete«. Um weiteren Missverständnissen vorzubeugen, ist zudem klarzustellen, dass mit dem Begriff »kollektivistisch« selbstverständlich keine Bezugnahme auf den Kollektivismus im Sinne einer Vergesellschaftung des Privateigentums, also einer Kollektivierung gemeint ist.

350 Dazu im Detail unten in Kap. 4 C. I.

351 Vertreter eines explizit kultur- und sozialpolitischen Ansatzes ist etwa *Fisher*, 73 *Chi-Kent L. Rev.* 1203, 1215 ff. (1998), Aufgabe des Copyrights sei es »to promote a just and attractive culture«.

sowie demokratietheoretische³⁵² Erwägungen. Insbesondere die ökonomische Analyse des Urheberrechts beurteilt dabei in der Tradition des Utilitarismus urheberrechtliche Normen allgemein nach den Folgen, die sie für die Mitglieder der Gesellschaft haben³⁵³. Allein dieser methodische Ausgangspunkt einer folgenorientierten gesamtgesellschaftlichen Herangehensweise erhellt bereits, warum sie als rechtspolitische Theorie im Vergleich zu eindimensional auf das Individuum des Urhebers fokussierten Erklärungsmustern eine tragfähige Grundlage für ein mehrdimensionales Regelungszweckkonzept zu sein verspricht. Inwiefern sich eine mehrdimensionale Urheberrechtsdogmatik auf der Grundlage der ökonomischen Analyse oder daraus abgeleiteter Modelle unter Berücksichtigung sozial- und kulturpolitischer Erwägungen errichten lässt, ist folglich eine der Schlüsselfragen dieses Abschnitts. Neben den philosophischen und wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen einer grundsätzlich ökonomietheoretischen Rechtfertigung wird dabei insbesondere zu untersuchen sein, ob ein solcher Begründungsansatz mit Verfassungsrecht und internationalem Urheberrecht vereinbar ist.

Zunächst aber sind die zumindest von ihrer prinzipiellen Ausgangsbasis theoretisch höchst verschiedenen Ansätze, arbeitsrechtlich-naturrechtlich geprägte Orientierung am Individuum des Urhebers hier, folgenorientierte Fokussierung auf das Gemeinwohl dort, nachfolgend auf ihre Geeignetheit zur zeitgemäßen Legitimierung des Urheberrechts im Allgemeinen und der rechtstheoretischen Begründung eines multipolaren Regelungszweckkonzepts im Besonderen zu überprüfen.

B. Individualistische Rechtfertigungsansätze

Die in Kapitel 3 vorausgegangene erhebliche Kritik am grundsätzlich urheberzentrierten Paradigma des deutschen Urheberrechts, in dem sich letztlich die naturrechtlich-arbeitsrechtliche Wurzel des individualistisch konzipierten, kontinentaleuropäischen Urheberrechts und damit die anthropozentrische westlich-abendländische Überzeugung vom Wert persönlicher Individualität³⁵⁴ positivrechtlich niedergeschlagen hat, wirft die Frage auf, ob naturrechtlich oder personalistisch basierte Rechtfertigungsvarianten nicht von vornherein als untauglich für die rechtstheoretische Konsolidierung eines multipolaren Normzweckmodells zu verwerfen sind. Doch hier sind Vorsicht und Differenzierung geboten, denn nicht alle im Grundsatz auf das Individuum des Urhebers bezogenen Begründungsansätze lassen sich über einen Kamm scheren. Außerdem sagt die möglicherweise bestehende Unzulänglichkeit oder nur begrenzte Legitimationskraft einzelner individualistischer Ansätze noch nichts darüber aus, ob sich nicht

352 Hier sind namentlich die Arbeiten von *Netanel* zu erwähnen: *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 341 ff. (1996); *ders.*, 51 Vand. L. Rev. 217 ff. (1998); *ders.*, 53 Vand. L. Rev. 1879 ff. (2000).

353 *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 2.

354 *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 13 ff., 128.

gleichwohl einige Argumentationsstränge zumindest für die Rechtfertigung des Urheber-Schutzes argumentativ fruchtbar machen und in ein übergeordnetes zwei- oder ggf. dreipoliges Normzweckmodell eingliedern lassen.

I. Darstellung der individualistisch konzipierten Rechtfertigungsvarianten

Die einzelnen individualistisch konzipierten Rechtfertigungsvarianten sollen an dieser Stelle nicht erneut in extenso ausgeführt werden, insoweit wird prinzipiell auf das ideengeschichtliche Grundlagenkapitel (Kap. 2 B.) verwiesen. Nichtsdestotrotz sollen die Grundzüge der verschiedenen auf das Individuum des Urhebers bezogenen Theorieansätze hier zumindest kurz skizziert werden, um sie zum Zwecke der sich anschließenden kritischen Würdigung vor Augen zu haben.

1. Naturrechtliche Rechtfertigung

Die naturrechtliche Rechtfertigung geht von der Vorstellung aus, dass für das Entstehen urheberrechtlichen Schutzes nicht eine gesetzliche Regelung konstitutiv ist, sondern dass dem individuell schöpferisch Tätigen vielmehr ein natürliches, grundsätzlich unbeschränktes Recht am Ergebnis seines kreativen Werkschaffens zusteht. Das Urheberrecht wird als a priori vorstaatlich vorgegebenes, dem Kreativen von Natur aus zukommendes Recht betrachtet. Dem Gesetzgeber bleibt in diesem Modell lediglich die Aufgabe, dieses dem Urheber zustehende Recht anzuerkennen und zu konkretisieren³⁵⁵. Die Begründungen für dieses urheberzentrierte Erklärungsmodell differieren. So wird allgemein in frühen, christlich motivierten Ansätzen, die noch durch die mittelalterliche Theologie beeinflusst sind, Gott als die Quelle des Naturrechts angesehen. Das Naturrechtsdenken des 17./18. Jahrhunderts, das für die Ausbildung der Lehre vom geistigen Eigentum prägend war, ist indes bereits säkularer Natur, verzichtet also in aller Regel auf eine transzendente Bezugnahme³⁵⁶.

2. Arbeitstheoretische Rechtfertigung

Ideengeschichtlich maßgeblich für die Ausbildung des naturrechtlich basierten, individualistischen Urheberrechtsverständnisses, das an die Werkschöpfung und

³⁵⁵ Allgemein wird für die entsprechenden Nachweise auf das Kap. 2 B. verwiesen.

³⁵⁶ Vgl. aber gleichwohl die in der Bezugnahme beispielsweise *Hubmanns*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 6 ff., 57, auf den Grundsatz des »*Sum cuique*« noch anklingende katholische Naturrechtslehre. S.a. *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 124 f., und *Potz*, Urheberrecht aus kirchenrechtlicher Sicht, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. *Dittrich*, S. 43, 45 f., jeweils mit weiteren Nachweisen zu jüngeren, christlich-naturrechtlichen Begründungsversuchen des Urheberrechts.

damit die individuelle Leistung des Urhebers anknüpft, war in der Aufklärung vielmehr *John Locke*³⁵⁷. Der Arbeitstheorie *Lockes* zufolge steht jedem Menschen ein natürliches Recht an den Früchten seiner Arbeit zu³⁵⁸. Was für manuelle Arbeit gilt, so wurde in Fortentwicklung der *Lockeschen* Ideen durch die sich ausbildende Lehre vom geistigen Eigentum argumentiert, gelte erst recht für »geistige Arbeit«, bei der die schöpferische Tätigkeit im Werk in Erscheinung trete. Somit stehe dem kreativ Schaffenden ein natürliches »geistiges Eigentumsrecht« an einem durch seiner Gedanken Arbeit erschaffenen Werk zu (naturrechtliche Lehre vom geistigen Eigentum)³⁵⁹.

Während gegen Ende des 19. Jahrhunderts zwischenzeitlich die persönlichkeitsrechtliche Begründungsvariante in der Tradition *Kants* unmittelbar an der Persönlichkeit des Werkuschöpfers ansetzte und das Urheberrecht als »ein aus geistiger Schöpfung fließendes Persönlichkeitsrecht«³⁶⁰ verstand (Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht), trennte *Kohler* zwischen dem Urheberrecht als Vermögensrecht und dem Persönlichkeitsrecht (Immaterialgüterrechtslehre)³⁶¹. Dabei

357 *S. Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 20 ff./passim, der betont, dass *Lockes* Arbeitstheorie ausschließlich auf das Sacheigentum ausgerichtet war und *Locke* selbst im Vorfeld des Statute of Anne von 1709 ein rein utilitaristisches Autorenrecht entwickelt habe. Dieser oft übersehene oder ignorierte Umstand unterstreicht, wie sehr sich der arbeits-theoretische Schutzgedanke im Zuge der Lehre vom geistigen Eigentum verselbstständigt hat.

358 *Locke*, Two Treatises of Government, II § 27, S. 306: »For this *Labour* being the unquestionable Property of the Labourer, no Man but he can have a right to what that is once joyned to, at least where there is enough, and as good left in common for others.« (Hervorhebung im Original). Die Bedeutung der Einschränkung »at least where there is enough, and as good left in common for others« (sog. *Locke*-Proviso) kann dabei nicht oft genug betont werden, zumal sich durch sie die Beschränkung eines arbeits-theoretisch gerechtfertigten Rechts begründet, dazu *Nozick*, Anarchie Staat Utopia, S. 165 ff.; *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 170 f. und 188; *Hettinger*, 18 Philosophy and Public Affairs 31, 43 ff. (1989).

359 *Luf*, Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluß auf das Urheberrecht, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. *Dittrich*, S. 9, 12 f.; *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 107 f.: »Die Geisteskräfte werden in das Eigentum an der eigenen Person einbezogen, damit erwirbt der Schaffende Eigentum an den Früchten der geistigen Arbeit.«; *Ohly*, JZ 2003, 545, 548; *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 22 ff.

360 *Gierke*, UFITA 125 (1994), 103, 116; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 37, formuliert den Unterschied zum arbeits-theoretischen Ansatz besonders prägnant: »Während *Lockes* Arbeitstheorie von einer Erweiterung des Eigentumsrechts des Menschen an sich selbst auf von ihm erschaffene »äussere« Güter ausgeht, ist nach der Persönlichkeitsrechtstheorie das Geisteswerk Bestandteil der Persönlichkeitssphäre des Urhebers (...).«.

361 *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 128 ff., 439 f.

knüpfte er an die schöpferische Arbeit als Geltungsgrund des Urheberrechts auf naturrechtlicher Grundlage an (Schöpfungs- bzw. Erzeugungstheorie)³⁶².

Die Wiederaufnahme der Arbeiten an einer grundlegenden Novellierung des Urheberrechts nach dem zweiten Weltkrieg führte unter dem Eindruck der Zeit des Nationalsozialismus zu einem Wiedererstarken der naturrechtlichen Urheberrechtsbegründung im Geiste der Lehre vom geistigen Eigentum³⁶³. Die Arbeiten mündeten 1965 in das heutige, individualistisch-monistisch konzipierte Urheberrechtsgesetz. Namentlich *Hubmann* verfocht dabei eine ontologische Begründung aus der »Natur der Sache«, wonach dem Urheber gemäß dem Gebot »*sum cuique*« – also jedem das Seine – jenes Recht zu gewähren sei, »das aus dem Wesen des geistigen Schöpfungstums und der es beherrschenden Werte fließt, ein Recht also, das bereits in einer vorgegebenen Ordnung begründet ist (...)«³⁶⁴. Methodologisch geht dieser ontologische Ansatz somit davon aus, »daß der Stoff, den das Recht zu regeln hat, schon eine bestimmte Ordnung in sich trägt, die es aufzudecken«³⁶⁵ und zu erkennen gelte. Der Gesetzgeber habe somit das Recht des Urhebers an dem Ergebnis seines auf individueller geistiger Leistung beruhenden Kulturschaffens nicht staatlich zu verleihen, sondern vielmehr lediglich »anzuerkennen und durchzusetzen«³⁶⁶.

Teilweise finden sich aber auch Begründungsansätze, die von den Vorgaben der Menschenrechte oder allgemein der Annahme einer vorgegebenen (»sittlichen«) Ordnung losgelöst sind und ganz nüchtern einzig auf die vom Urheber erbrachte individuelle Leistung als Schutzgrund rekurrieren³⁶⁷. Man kann insoweit von einer Emanzipation des arbeitstheoretischen Schutzgedankens von seiner natur-

362 *Kohler*, Autorrecht, S. 98 f.: »Die philosophische Begründung des Eigenthums und des Immaterialrechts liegt in der Arbeit, richtiger, in der Güterschöpfung; wer ein neues Gut schafft, hat das natürliche Anrecht daran. (...) Wer eine Sache erarbeitet, hat sie mit der von ihm ausgelösten Kraft, mit einem Theile seines Wesens erfüllt, in ihr eine Stätte geschaffen, in welcher die von ihm erzeugte Kraftfülle ihre dauernde Unterkunft findet. Wo meine Kraft, wo mein Wesen, da mein Recht.«

363 *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 114; *Schricker-Vogel*, Urheberrecht, Einl. Rn. 79.

364 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 6 ff.; auch *Troller*, UFITA 50 (1967), 385 ff., vertritt eine ontologische Begründung des Urheberrechts, fasst die Rechtsordnung also nicht in der Tradition *Kants* als eine »Sollensordnung«, sondern als eine »Seinsordnung« auf, die zu ordnen Aufgabe der Rechtswissenschaft sei; s.a. *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 38 f. mit weiteren Nachweisen zur ontologischen Begründung des Urheberrechts. Allgemein zur ontologischen Begründung des Rechts *Kaufmann* (Hg.), Die ontologische Begründung des Rechts.

365 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 6 ff.

366 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 74.

367 *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 130 ff.; *Kirchhof*, Der Gesetzgebungsauftrag zum Schutz des geistigen Eigentums, S. 9; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 36 f.; schon früh *Roeber*, UFITA 21 (1956), 150, 164: »Mit dem Schutzprinzip der schöpferischen Leistung nähert sich das Urheberrecht den personenrechtlichen

rechtlichen Untermauerung sprechen³⁶⁸. Die zu belohnende Leistung wird dabei in der geistigen Anstrengung erkannt, zunehmend aber über das schöpferische Tätigwerden hinaus auch auf »wirtschaftliche Aufwendungen« erstreckt³⁶⁹.

3. Personalistische Rechtfertigung

Auch die streng personalistische Sichtweise, die bereits früher in Gestalt der durch Liberalismus und deutschen Idealismus vorbereiteten Theorie vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht das Werk der Persönlichkeitssphäre des Urhebers zuordnete, hat ihre moderne Begründungsvariante in der Individualität als Legitimationsquelle des Urheberrechtsschutzes gefunden. In idealistischer Überhöhung des Urheberschutzrechts sind es insbesondere die Vertreter des Monismus (mit ihrer Vorstellung vom Urheberrecht als eines einheitlichen Rechts mit einer doppelten, nämlich einer ideellen und einer materiellen, Schutzfunktion), die das enge »geistige Band« zwischen Urheberpersönlichkeit und Werk und damit zugleich die Individualität der Werkschöpfungen zur Rechtfertigung des Urheberrechts anführen³⁷⁰. Um dieser »metaphysischen« Verbindung Ausdruck zu verleihen, hat sich die Urheberrechtslehre mit immer neuen Umschreibungen übertroffen. Die Rede ist von Werken als den »geistigen Kindern« des Urhebers³⁷¹ oder als dem »in die Außenwelt hinausgestellten Teil der eigenen Individualität«³⁷², von »Entäußerungen der Urheberpersönlichkeit«³⁷³ etc. Manifestiert hat sich die Annahme einer solch engen Beziehung zwischen Schöpferpersönlichkeit und Werk u.a. in der Schutzvoraussetzung der »persönlichen geistigen Schöpfung« (§ 2 Abs. 2 UrhG), im Schöpferprinzip (§ 7 UrhG), in den Urheberpersönlichkeitsrechten (§§ 12-14 UrhG) sowie im Unübertragbarkeitsdogma (§ 29 Abs. 1 UrhG).

Grundlagen des Arbeitsrechts und entfernt sich im selben Zuge vom Eigentum, dessen ursprüngliche Rechtfertigung zwar des öfteren ebenfalls in der menschlichen Arbeit gesucht wurde, das im grundsätzlichen Unterschied aber zum Urheberrecht auch andere Arten eines originären Rechtserwerbs zulässt (so Erwerb durch: Ersitzung, Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, Aneignung, Fund (...))«.

368 Oberndörfer, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 120.

369 Fechner, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 130; Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 33, charakterisiert die individuelle geistige Leistung ganz ähnlich, wenn er u.a. den »Einsatz besonderer geistiger Fähigkeiten«, den »Aufwand an seelischer Energie oder an körperlichen Kräften« anführt.

370 Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 114 ff.; Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 40 ff., 73 ff.; weitere Nachweise vorne im historischen Kap. 2 B.

371 Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 118: »Das Werk ist dem Urheber sowohl als wirtschaftlich verwertbares Gut wie als Kind seines Geistes zugeordnet.«; Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 603.

372 Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 76.

373 Peifer, Individualität im Zivilrecht, S. 128: »Die im Werk entäußerte Individualität des Urhebers ist die zentrale Legitimation für den urheberrechtlichen Schutz«.

4. Liberalistische Rechtfertigung

Eine eng verwandte Spielart der personalistischen Begründungsvariante, die aber eher den liberalistischen Schutzgedanken hervorkehrt, knüpft gleichfalls unmittelbar an der Persönlichkeit des Urhebers an. Sie zieht in freiheitlicher Tradition die Sicherung der persönlichen Freiheit, Autonomie und Würde des Urhebers in Bezug auf sein Werk als zentrale rechtsphilosophische und rechtspolitische Begründung urheberrechtlichen Schutzes heran, indem sie u.a. auf die fundamentale Bedeutung des Individuums in der Grundrechtsordnung und der ihm dort gewährten Freiheitsrechte verweist³⁷⁴. So bedeute Freiheit im Sinne der Grundrechte nicht nur Schutz vor hoheitlichen Eingriffen, sondern auch »Schutz des materiellen Substrats der Freiheitsausübung« (s. Art. 14 Abs. 1 GG)³⁷⁵. *Kirchhof* betont besonders die verfassungsrechtliche Garantie der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) und die in Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit, auf denen der Schutz der selbstbestimmten schöpferischen Tätigkeit des Urhebers basiere³⁷⁶. Mit anderen Worten begründet dieser Argumentationsstrang die individualistische Schutzkonzeption – auch in antizipierender Abwehr gegenüber paternalistisch-dirigistischen Einmischungen des Staates – mit der freiheitssichernden Funktion des Urheberrechts.

374 *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 132 ff.; auch *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 90 ff., hebt die Freiheit zu schöpferischem Tun hervor; *Luf*, Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluß auf das Urheberrecht, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. *Dittrich*, S. 9, 15; *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 8: »Das Urheberrecht ist von grundlegender Bedeutung für die Entfaltung der schöpferischen Persönlichkeit«; *Schulte*, GRUR 1985, 772, 774: »Die Schaffung eines Werkes durch eine kreative Persönlichkeit ist geradezu der Idealfall der freien Entfaltung der Persönlichkeit, ist das besonders geglückte Ergebnis von Freiheitsausübung.«; *Troller*, Immaterialgüterrecht, Bd. II, S. 603: »Solange eine Rechtsordnung der Person als selbständigem Wesen im gesellschaftlichen Gefüge Eigenwert zuerkennt, darf sie die Person nicht von ihren geistigen Kindern trennen; sie hat die Beziehung zwischen dem Schöpfer und seinem Werk zu achten.« *Troller* argumentiert hier sowohl personalistisch als auch liberalistisch. Am ehesten in die Nähe des liberalistischen Argumentationsstrangs einordnen lässt sich auch jener Ansatz, der urheberrechtliche Schutzbemühungen nur dann anerkennen möchte, »when and only when they would promote human flourishing by protecting or fostering fundamental human needs or interests«, so *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 189 ff. Im Einzelnen identifiziert *Fisher* im Anschluss an *Waldron*, The Right to Private Property, S. 293 ff., u.a. folgende menschliche Bedürfnisse und Interessen: peace of mind, privacy, self-reliance, self-realization as a social being, self-realization as an individual, security and leisure, citizenship. Die genannten Aspekte verleihen letztlich ebenfalls mit ihrer Betonung von Freiheit, Autonomie (im Sinne von finanzieller Unabhängigkeit) und freier Entfaltung der Persönlichkeit einer liberalistischen Denkrichtung Ausdruck.

375 *Ossenbühl*, GRUR 1984, 841, 846; *Schulte*, GRUR 1985, 772, 774.

376 *Kirchhof*, Der Gesetzgebungsauftrag zum Schutz des geistigen Eigentums, S. 11, 59 ff.: »Die Kunstfreiheit verlangt gerade vom Gesetzgeber, daß er das künstlerische Schaffen verwertbar macht, ihm also die normative Grundlage gibt.«.

II. Kritische Würdigung

Der gemeinsame Nenner all dieser Begründungsansätze ist, dass sie den Urheber in den Mittelpunkt der Betrachtung stellen, ihn in Bezug auf sein Werk zum Ausgangspunkt der Schutzbemühungen machen und damit seinen ideellen und materiellen Schutzinteressen als Individuum grundsätzlich Vorrang gegenüber den Schutzbedürfnissen der Nutzer bzw. der Allgemeinheit einräumen. Diese Prioritätensetzung ist charakteristisch für das bislang dominierende urheberzentrierte – sprich: individualistische – Paradigma. Fraglich ist, inwieweit gleichwohl einzelne Argumentationsstränge der aufgeführten Theorien tragfähig sind und sich in ein multipolares Regelungszweckkonzept integrieren lassen.

1. Naturrechtliche und ontologische Rechtfertigung

Man kann sich die Kritik an naturrechtlich verwurzelten, individualistischen Begründungsansätzen leicht machen, indem man auf deren positivrechtliche Anerkennung durch Gesetzesrecht bzw. Verfassungs- und Menschenrechte verweist³⁷⁷. Zwar ist dadurch dem naturrechtlichen Postulat eines vorstaatlich vorgegebenen – und damit dem demokratischen Rechtssetzungsverfahren entzogenen – geistigen Eigentums an Geisteswerken etwas von seiner Brisanz genommen, denn natürlich untergräbt auch noch so »zutreffende Naturrechtskritik (...) nicht die Berechtigung der mittlerweile positiv-gesetzlich ausgestalteten Rechte«, wie beispielsweise *Ohly* feststellt³⁷⁸. Allein die Tatsache, dass die naturrechtlich basierte, individualistische Konzeption ihren positivrechtlichen Niederschlag und ihre verfassungsrechtliche Absicherung gefunden hat, enthebt den Betrachter aber nicht davon, die zugrundeliegende Rechtfertigung und die tatsächlichen Auswirkungen

377 Die menschenrechtliche Verankerung betont beispielsweise *Dietz*, Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung, in: FS Schricker I, S. 1, 4 f.; *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 135, möchte insoweit im Grundgesetz »eine Maßnahme der Positivierung des Naturrechts« erkennen, übersieht dabei aber – zumindest in dieser sprachlich ungenauen Verkürzung –, dass das »geistige Eigentum« bzw. das Urheberrecht darin (im Gegensatz zur Weimarer Verfassung von 1919) gar nicht auftaucht – Ausnahme: Art. 73 Ziffer 9 GG, also im Rahmen der Aufzählung der Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes. Der Urheberschutzgedanke musste von Rechtsprechung (BVerfG) und Lehre unter Bezugnahme auf Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 1 i. V.m. Art. 2 Abs. 1 GG für die persönlichkeitsrechtlichen Aspekte erst herausgearbeitet werden, s. *Dietz*, a.a.O., S. 5 f.; *Fechner* selber, a.a.O. S. 152 ff., *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 11 f.

378 *Ohly*, JZ 2003, 545, 549: »Auf die naturrechtliche Legitimation des geistigen Eigentums, auf die sich die Kritiker dieses Begriffs nach wie vor häufig konzentrieren, kommt es heute angesichts des verfassungsrechtlich und einfachgesetzlichen Schutzes der einzelnen Immaterialgüterrechte nicht mehr an.«; ähnlich *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 135.

der Normsetzung infrage zu stellen³⁷⁹, denn andernfalls verharnte er in einem selbstreferentiellen Rechtspositivismus, der die Richtigkeit der individualistischen Konzeption allein auf deren Kodifizierung zurückführte. Nur aus dem Umstand, dass das Urheberrecht de lege lata urheberzentriert ausgestaltet ist, kann nicht geschlossen werden, dass es auch unter rechtsethischen, rechtspolitischen, rechtssoziologischen und ökonomietheoretischen Gesichtspunkten so sein sollte³⁸⁰. *Radbruch* bemerkte einmal zutreffend: »In verhängnisvoller Einseitigkeit sah das vergangene Zeitalter des Rechtspositivismus nur die Positivität und Sicherheit des Rechts und bewirkte, daß die planvolle Untersuchung der Zweckmäßigkeit und gar der Gerechtigkeit gesetzten Rechts auf lange Zeit zum Stillstand, Rechtsphilosophie und Rechtspolitik Jahrzehnte hindurch zum Schweigen gebracht waren.«³⁸¹. Einen solchen, durch ein apodiktisches Pochen auf das einmal bestehende Urheberschutzrecht hervorgerufenen Stillstand kann sich die Urheberrechtswissenschaft heute angesichts der obwaltenden Legitimationskrise

- 379 *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 120, Fn. 708, kritisiert *Ohly* dabei zu Unrecht, wenn er ihm ob dieser üblich gewordenen Argumentationsstrategie »Relativierung statt Reflexion« vorwirft. Denn *Oberndörfer* unterschlägt, dass *Ohly*, JZ 2003, 545, 548, die rechtsphilosophische und rechtspolitische Kritik an der naturrechtlichen Legitimierung sehr wohl als »nicht ganz unberechtigt« näher würdigt. Krit. zur Urheberrechtsbegründung mittels des Verfassungsrechts auch *Metzger*, GRUR Int. 2006, 171, 172 (»(...) vermag zur ethischen bzw. ökonomischen und damit außerrechtlichen Begründbarkeit des Urheberrechts wenig beizutragen«).
- 380 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, passim, sei an dieser Stelle mit der von ihm vertretenen rechtspositivistischen »reinen Rechtslehre« mit ihrer kategorialen Trennung von Sein und Sollen im Geiste *Kants*, dem daraus gefolgerten Dualismus von Recht und Moral (sog. »Trennungsthese«, S. 68 ff.) und namentlich der daraus abgeleiteten Beschränkung der Rechtswissenschaft auf die Beschäftigung mit den »seienden« Rechtsnormen (S. 72 f., 112) widersprochen (s.a. S. 71: »(...) die Rechtswissenschaft hat das Recht nicht zu legitimieren, hat die von ihr zu erkennende und zu beschreibende normative Ordnung überhaupt nicht (...) zu rechtfertigen«). 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. Zuzugeben ist, dass sie in ihrem objektiven Erkenntnisstreben dabei unter Umständen nicht immer wertungsfrei bleiben kann (und möglicherweise ohnehin nie vollkommen sein konnte), 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 Rechnung getragen werden kann.
- 381 *Radbruch*, Aphorismen zur Rechtsweisheit, S. 30, Nr. 107. S.a. »Die schlechthinnige Geltung des positiven Rechts ist positivrechtliche – aber eben auch n u r positivrechtliche Wahrheit, der wahre Sinn des positiven Rechts, aber darum noch nicht die Wahrheit.«, a.a.O., S. 29, Nr. 104.

des Urheberrechts nicht leisten³⁸². Denn gerade das naturrechtliche Begründungsbemühen für die Gewährung des Urheberschutzrechts ist massiven rechtsphilosophischen und rechtspolitischen Einwänden ausgesetzt³⁸³. Die Skepsis gegenüber der naturrechtlichen Begründung beruht dabei zum Teil auf der Erkenntnis, dass sich die verschiedensten widersprüchlichen Ansichten ihren vagen Appell an intuitive Gerechtigkeitsvorstellungen zunutze machen wussten³⁸⁴. Sowohl für die noch am Manuskript ansetzende Theorie vom Autoreneigentum, als auch für die Lehre vom geistigen Eigentum, die am Geisteswerk ansetzte, berief man sich gleichermaßen auf das Naturrecht³⁸⁵. Je nachdem, welche geistesgeschichtliche Strömung ihren dominierenden Einfluss entfalten konnte, ob Aufklärung, Liberalismus, Idealismus etc., gediehen auf dem fruchtbaren Boden des Naturrechts mal theoretische Vorstellungen, die die Verbreitung vernunftgeleiteten Denkens zu befördern trachteten, mal Theorien, die den Schutz des individuellen Autors an sich und/oder selbigen in Bezug auf sein Werk in den Vordergrund stellten³⁸⁶. Dieses breite Spektrum setzt das Naturrecht evidenterweise dem Vorwurf der Beliebigkeit aus; es zeigt, dass sich das Naturrecht wie eine Leerformel je nach Bedarf aufladen und für die gewünschte Schutzlegitimierung (bzw. zuletzt vor allem Schutzausdehnung) instrumentalisieren lässt³⁸⁷. Die problematische Unbestimmtheit der naturrechtlichen Lehre vom geistigen Eigentum äußert sich auch darin, dass keineswegs jeder, der eine außergewöhnliche geistige Leistung vollbracht hat, auch mit einem Schutzrecht belohnt wird. *Ohly* bringt als Beispiel für dieses Gerechtigkeitsdefizit wissenschaftliche Theorien, die »als solche allenfalls

- 382 Erinnert sei an das Zitat *Otto von Gierkes*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 3, das dieser Arbeit als Leitspruch vorangestellt ist: »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.«.
- 383 Dies übersieht *Schulte*, GRUR 1985, 772, 774: »Einschränkungen und Kritik daran sind kaum zu finden.«
- 384 *Fechner*, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, S. 124; *Pahud*, *Die Sozialbindung des Urheberrechts*, S. 41.
- 385 Näher dazu vorne im historischen Kap. 2 B.
- 386 Ähnlich *Fechner*, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, S. 124 f., mit weiteren Nachweisen zur Rechtsgeschichte; *Hirsch*, *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge*, S. 49: »Naturrecht ist, wenn man will, nichts weiter als »zeitgerechtes« Recht.«.
- 387 S.a. allgemein *Kelsen*, *Was ist Gerechtigkeit?*, S. 38 f. mit dem Hinweis, dass sowohl Individual- als auch Kollektiveigentum in der Vergangenheit mit dem Naturrecht begründet wurden: »Mit den auf einen Trugschluß gegründeten Methoden der Naturrechtslehre kann man eben alles und daher nichts beweisen.«; *Radbruch*, *Aphorismen zur Rechtsweisheit*, S. 30, Nr. 111: »Das Naturrecht dient bald einer tieferen Befestigung des gesetzten Rechts, bald gerade umgekehrt dem Kampfe gegen das gesetzte Recht.« Kritisch auch *Rigamonti*, *Geistiges Eigentum*, S. 155 ff.

akademische Anerkennung, nicht aber rechtliche Absicherung« über das Urheberrecht erfahren³⁸⁸.

Die Vorstellung vom naturrechtlich begründeten geistigen Eigentum des Urhebers als eine der menschlichen Rechtssetzung vorgegebenen Autorität oder quasinaturgesetzlichen Wahrheit wird zudem in Anbetracht der Erkenntnisse der vergleichenden Kulturanthropologie höchst fragwürdig³⁸⁹. Diese hat nämlich die *Kulturvielfalt* als einzig sichere Gesetzmäßigkeit eruiert und erhebliche Zweifel gegenüber vermeintlichen anthropologischen Konstanten und kulturübergreifenden Gesetzmäßigkeiten bei der Eigentumszuordnung erhoben, deren Existenz das Naturrecht gerade voraussetzt³⁹⁰.

Schlussendlich sind auch nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsphilosophie naturrechtliche A-priori-Begründungen als nicht tragfähig zu bewerten³⁹¹. Danach können wir eine vorgegebene, gute und gerechte Ordnung bzw. »letzte Maßstäbe für praktisches Handeln (...) nicht erkennen, wir müssen uns vielmehr für sie *entscheiden*«³⁹². Aus dem gleichen Grund vermögen daher auch die in der naturrechtlichen Tradition stehenden, ontologischen Begründungen aus der »Natur der Sache« nicht zu überzeugen. Ihr Schluss vom Sein auf das Sollen ist unzulässig; aus bloßen Fakten lassen sich keine Normen herleiten³⁹³. Zwar mag das faktisch gegebene Schutzbedürfnis des Kreativen in Bezug auf sein Werk Anstoß für eine rechtliche Regelung sein. Aus einer möglicherweise bestehenden, tatsächlichen »Vorgegebenheit« allein lässt sich aber nicht *eo ipso* das entsprechende vorstaatliche Recht herleiten oder hineinprojizieren³⁹⁴. Einer Argumentation aus der »Natur der Sache« kann von daher nur insoweit gefolgt werden, als darunter verstanden wird, dass die Legislative bei der urheberrechtlichen Norm-

388 Ohly, JZ 2003, 545, 548; Schricker-Loewenheim, Urheberrecht, § 2, Rn. 61 ff. Mit diesem Argument soll nur die diesbezügliche Widersprüchlichkeit des naturrechtlichen Begründungsansatzes aufgezeigt, aber nicht einem generellen oder stärkeren Schutz wissenschaftlicher Forschungsergebnisse über das Urheberrecht das Wort geredet werden. Insoweit ist ganz im Gegenteil im Interesse der freien wissenschaftlichen Auseinandersetzung die Gemeinfreiheit (zumindest) des gedanklichen Inhalts wissenschaftlicher Lehren und Theorien zu bewahren und darüber hinaus die freie und offene Zugänglichkeit urheberrechtlich einmal geschützter wissenschaftlicher Beiträge auszuweiten, zu letzterer Problematik s. Hansen, GRUR Int. 2005, 378 ff.

389 Pahud, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41.

390 Werder, Eigentum und Verfassungswandel, S. 224 ff., 461 ff.

391 Brugger, Einleitung, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Hg. v. Brugger, S. 7, 14; Habermas, Faktizität und Geltung, S. 135 ff., 166 ff., 527, passim mit einer diskurstheoretischen Begründung von Recht, also einem prozeduralistischen Rechtsparadigma; Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, S. 37 ff.; Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 409 ff.; Oberndörfer, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 131; Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 99 f.

392 So Hilgendorf, Der ethische Utilitarismus, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Hg. v. Brugger, S. 249, 252 (Hervorhebung im Original), der berechtigterweise darauf hinweist, dass uns auch der Utilitarismus diese Aufgabe nicht abzunehmen vermag.

393 Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 409; Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 99.

394 S.a. Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 99.

setzung und Normbegründung auf den naturgegebenen Lebenssachverhalt Rücksicht nimmt und ihn einem gerechten Interessenausgleich zuführt, nicht aber, dass sie aus dem Sachverhalt (oder dem »Wesen geistigen Schöpferturns«³⁹⁵) das Urheberrecht deduziert³⁹⁶. Jedem das Seine, kann nur heißen, das jedem unter Berücksichtigung aller anderen betroffenen Interessen Zukommende³⁹⁷.

2. Arbeitstheoretische Begründung mit der individuellen Schöpferleistung

Im Zuge der allein durch den Gesetzgeber vorzunehmenden Interessenabwägung und Normsetzung vermag daher mit Blick auf den Urheber allenfalls der der Arbeitstheorie zugrundeliegende und auch unabhängig vom naturrechtlichen Postulat denkbare Schutzgedanke, dass nämlich der Urheber für die von ihm erbrachte individuelle Leistung eine Belohnung verdient und daher an der wirtschaftlichen Nutzung seines persönlichkeitsgeprägten Arbeitsergebnisses zu beteiligen ist, ein mögliches *Argument* unter anderen zu sein³⁹⁸. Diese Emanzipation des arbeitstheoretischen Schutzgrundes von seiner naturrechtlichen Herleitung scheint rechtstheoretisch einen prinzipiell gangbaren Weg zu weisen. Problematisch bleibt aber zum einen die Unbestimmtheit des Leistungsbegriffs. So lassen sich neben den rein geistigen Anstrengungen und persönlichen Mühen auch die investierte Zeit des Urhebers sowie allgemein wirtschaftliche Aufwendungen³⁹⁹ darunter subsumieren⁴⁰⁰. Unmittelbare Vorgaben für das materielle Recht lassen sich aus einem solch vagen Schutzgrund schwerlich ableiten. *Fechner*, der in der Leistung nicht nur ein »brauchbares Kriterium«, sondern sogar das »zentrale Element für die Begründung des Schutzes geistigen Eigentums« erkennen möchte⁴⁰¹, kann insoweit nicht gefolgt werden. Die Schutzwürdigkeit geistiger Arbeit bzw. individueller Leistung vermag für den Gesetzgeber vielmehr nur ein möglicher Gesichtspunkt unter vielen zu sein⁴⁰².

395 So *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 6 ff., 74.

396 *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 42: »Schließlich ist auch eine *Argumentation* aus der »Natur der Sache« zulässig (und notwendig), wenn damit eine an den Lebenssachverhalten orientierte Argumentation (nicht Deduktion) gemeint ist.« (Hervorhebung im Original).

397 *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 42.

398 *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 131; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41 f.

399 S. *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 130 f.

400 Kritisch 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, 185.

401 *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 130 ff.

402 *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 131: »Die Arbeit kann für sich selbst genommen nicht zur Rechtfertigung des (geistigen) Eigentums in einer Art naturrechtlichen Automatismus herangezogen werden, sehr wohl aber als ein Kriterium und Motiv der Eigentumszuordnung dienen.«; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41 f.

Zum anderen muss man sich davor hüten, die Schutzlogik der Arbeitstheorie für den Bereich des Urheberrechts unreflektiert zu übernehmen. *Oberndörfer* kritisiert insoweit vollkommen zu Recht, dass die Kritik an der Lehre vom geistigen Eigentum sich in der Regel auf Einwände gegen das Naturrecht kapriziere, vor den Annahmen der Arbeitstheorie aber halt mache und diese vielmehr als selbstverständlich hinnehme⁴⁰³. »Die Richtigkeit des Schlusses, daß mittels Arbeit das Eigentum an der eigenen Person auf die bearbeiteten Dinge ausgedehnt wird und daß Gegenstände, auf die dieses Prinzip angewendet werden kann, materielle wie immaterielle Güter sein können« scheine mittlerweile auch in seiner analogen Anwendung auf die geistige Arbeit über jeden Zweifel erhaben, moniert *Oberndörfer*⁴⁰⁴. Es soll hier nicht näher die Vorstellung vom »self-ownership« des Menschen⁴⁰⁵ oder die Vereinbarkeit des arbeitstheoretischen *Schöpfer*paradigmas mit einem postmodernistischen Kunstverständnis problematisiert werden, welches nämlich die Möglichkeit einer »creatio ex nihilo« gerade negiert⁴⁰⁶. Auch der Gesichtspunkt, dass gemäß der Arbeitstheorie Eigentum gesellschaftlich losgelöst auch dann entsteht, wenn das Arbeitsergebnis einem Dritten noch gar nicht bekannt geworden ist, für die Zuordnung also eigentlich noch gar kein Schutzbedürfnis besteht, soll an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden⁴⁰⁷.

Vielversprechender erscheint ein kritisches Durchleuchten jenes engen Bandes, das die Arbeitstheorie zwischen Eigentumssubjekt und Eigentumsobjekt annimmt. Diese Verknüpfung zwischen dem schöpferisch Tätigen und den Früchten seiner Arbeit hatte – verstärkt durch die personalistischen Theorien – wesentlichen Einfluss auf die Annahme eines unzertrennbaren geistigen Bandes zwischen Urheber und Werk. Warum aber soll sich das Eigentum an der eigenen Per-

403 *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 7, 115: »Wenngleich eine Minderheit sich gegen die naturrechtlichen Konsequenzen zur Wehr setzt, so geschieht dies nicht in der argumentativen Widerlegung der theoretischen Grundlagen der Lockeschen Theorie, sondern zumeist in der pauschalen Verneinung der Möglichkeit der Naturrechtlichkeit des geistigen Eigentums schlechthin.«.

404 *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 115.

405 Dazu *Brocke*, Arbeit und Eigentum, S. 355 ff.; *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 120 f.

406 Zur Postmoderne näher in Kap. 3 A. III.

407 *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 125 f., 128, demzufolge der Schutz schöpferischer Leistung vor dem Zeitpunkt der Veröffentlichung, bis zu dem das Werk noch im Bereich der eigenpersönlichen Sphäre des Urhebers verbleibe und weder der Nutzung oder Veränderung durch Andere ausgesetzt ist, der Funktionalität entbehre. So auch *Delp*, Das Recht des geistigen Schaffens in der Informationsgesellschaft, S. 1. Diese Kritik übersieht jedoch für jenen Zeitraum, ab dem einzelne von der Existenz des Werkes Kenntnis haben bis zur Veröffentlichung des Werkes i.S.v. § 6 Abs. 1 UrhG, die funktionale Bedeutung der negativen Publikationsfreiheit, wie sie durch § 12 Abs. 1 UrhG gewährt wird. Wie sehr diese von aktueller Relevanz ist, bezeugt z.B. ihre Gefährdung durch die von *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436 ff., im Rahmen des Zweiten Korbs der Urheberrechtsreform vorgeschlagene Anbieterspflicht für Urheber an Hochschulen (§ 43 Abs. 2 UrhG de lege ferenda), krit. dazu *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 379 ff. mit einem urhebervertragsrechtlichen Alternativvorschlag, der die Entscheidungsfreiheit des Wissenschaftlers über das Ob einer Publikation wahrt.

son automatisch und vollständig auf die Früchte der geistigen Arbeit in ihrer Gesamtheit, also auch inklusive der Elemente, die während des künstlerischen Schaffensprozesses unbewusst von anderen Werkschöpfungen übernommen oder dem kulturellen Gemeingut entnommen worden sind, erstrecken⁴⁰⁸? Ist es nicht naheliegender, dass das Recht am Ergebnis der (geistigen) Arbeit auf den im Arbeitsergebnis enthaltenen eigenen Anteil, auf das vom Urheber dem Vorbestehenden originär hinzugefügte beschränkt ist⁴⁰⁹? Und warum ist die aufgewandte Arbeit nicht schlicht vergeblich und verloren⁴¹⁰ oder führt allenfalls zu allgemeiner Bewunderung oder Dank für einen Dienst an der Allgemeinheit? Die Arbeitstheorie gibt keine Antwort auf diese Fragen⁴¹¹. Auch ist es bereits für den Bereich des Sacheigentums schwer nachvollziehbar, warum eine tatsächliche Handlung, das Bearbeiten eines Gegenstandes, zu einer dauerhaften intrinsischen Eigenschaft dieses materiellen Gutes mutieren soll⁴¹². Warum soll dann eine rein geistige Arbeit eine solche Macht über flüchtige immaterielle Geisteserzeugnisse besitzen? Hat der »Akt der Schöpfung«, hat die geistige Leistung wirklich eine solch durchdringende Kraft, um eine Zuordnung des Geschaffenen, das zumeist

- 408 Ähnlich auch *Detering*, Ökonomie der Medieninhalte, S. 31: »Wird einem geistigen Eigentümer nicht auch Eigentum an der Leistung einer Vielzahl anderer zugesprochen, die überhaupt erst die Grundlage und die Möglichkeit der schöpferischen Arbeit geschaffen haben?«.
- 409 Die traditionelle Urheberrechtslehre hat diese Schwachstelle der Arbeitstheorie erkannt und versucht, sich mit der Form-Inhalt-Dichotomie zu behelfen, um den Schutz nur in dem Umfang zu gewähren, in dem das Werk durch die konkrete Formgebung des Urhebers geprägt ist. Der Allgemeinheit, so die Hoffnung, werde dadurch nicht mehr genommen als nötig, da der Inhalt schließlich frei bleibe. Problematisch ist dabei, dass sich der urheberrechtliche Schutz im Grundsatz gleichwohl undifferenziert auf das gesamte Werk bezieht. Zwar trägt beispielsweise die Differenzierung zwischen erlaubnispflichtiger Bearbeitung (§ 23 UrhG) und freier Benutzung (§ 24 UrhG) dem kreativ-schöpferischen Nutzer im Allgemeininteresse Rechnung, *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 100. Immer häufiger aber wird durch den Einsatz technischen Schutzes die wohl erwogene Form-Inhalt-Dichotomie eingeebnet, indem der Schutz der Form mithilfe technischen Schutzes faktisch auf eine Kontrolle des Inhalts, der einzelnen Information beispielsweise, ausgedehnt wird, so auch *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 181.
- 410 Grundlegend *Nozick*, Anarchie Staat Utopia, S. 164: »Warum wird man Eigentümer, wenn man seine Arbeit in etwas eingehen läßt? (...) warum führt die Vermischung von Eigentum mit Nichteigentum nicht zum Verlust des Eigentums statt zum Gewinn des Nichteigentums? Wenn mir eine Dose Tomatensaft gehört und ich sie ins Meer ausgieße, so daß sich die (...) Molekeln (österreichisch für Moleküle, Anm. d. Bearb.) mit denen des Meerwassers gleichmäßig vermischen, werde ich dann Eigentümer des Meeres, oder habe ich meinen Tomatensaft vergeudet?«.
- 411 *S. Brocker*, Arbeit und Eigentum, S. 378 ff.; *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 124; Kritisch auch *Hettinger*, 18 Philosophy and Public Affairs 31, 38 ff. (1989) und *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 188 f.
- 412 *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 123 f., spricht von einer fehlerhaften kategorialen Zuordnung, da Arbeit aus Handlungen bestehe, diese sich aber nicht mit Gegenständen mischen lasse; *Waldron*, The Right to Private Property, S. 185: »labour consists of actions not objects.«.

auch viel bewusst oder unbewusst von anderen Übernommenes enthält, an den Urheber dauerhaft zu rechtfertigen? Muss nicht selbst dann, wenn man sich auf die Annahme eines geistigen Individual Eigentums an Werken einlässt, sowohl dem Umstand, dass dieses Individualgut in aller Regel auf vorbestehenden Werken aufbaut, als auch der späteren Verflüchtigung des Individualguts zum Allgemeingut in erheblichem Maße Rechnung getragen werden? *Kirchhof* beschreibt letzteren Vorgang besonders anschaulich: so sei »das schöpferische Werk auf die Publikation, die Nutzung durch die Allgemeinheit angelegt« und werde »mit zunehmender Nutzung mehr und mehr zum Gemeingut (...) Wie in einem Schneeballsystem wird aus dem geschützten Ursprungswerk schließlich ein überall greifbares, weithin bekanntes, von allgemeiner Anerkennung weitergetragenes Werk. Aus dem Individualgut ist ein *Kulturgut*, aus dem Ausdruck höchstpersönlicher Empfindungen und Gedanken ist ein Orientierungspunkt für die geistige und kulturelle Auseinandersetzung der Zeit geworden.«⁴¹³. Durch diesen Prozess löst sich das Werk von der Schöpferpersönlichkeit, wird selbstständiges Kulturgut, und es ist die Allgemeinheit, die es sich im Idealfall zu eigen macht⁴¹⁴. Vor diesem Hintergrund erscheint die arbeitstheoretische Vorstellung, dass sich das Eigentum an der eigenen Person dauerhaft auf die be- bzw. erarbeiteten Güter ausdehne und dass in dem erarbeiteten Gut eine »Stätte geschaffen« werde, »in welcher die von (dem Bearbeiter) erzeugte Kraftfülle ihre dauernde Unterkunft« finde, wie *Kohler* formuliert⁴¹⁵, allzu sehr gefangen in einem schwerfälligen gegenstandsbezogenen Denken, dass den Eigentümlichkeiten des immateriellen Werkes mit seiner Tendenz zur Verflüchtigung zum Allgemeingut nicht gerecht wird.

3. *Personalistischer Rechtfertigungsansatz*

Die Vertreter einer personalistischen Rechtfertigung, die das enge Verhältnis des Urhebers zu seinem Werk betont und die individuelle Urheberpersönlichkeit in den Mittelpunkt der Betrachtung stellt, würden solcherart Einwänden begegnen, indem sie unbeirrt auf den Umstand der individuellen Prägung der Werke durch die Schöpferpersönlichkeit verweisen. Grundlage des urheberrechtlichen Schutzes sei nicht, was der Urheber aus dem vorgefundenen Gemeingut oder den Geisteserzeugnissen anderer erschaffe, sondern lediglich das, was er als Schöp-

413 *Kirchhof*, Der Gesetzgebungsauftrag zum Schutz des geistigen Eigentums, S. 34 ff. Ähnlich *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 29.

414 *Kirchhof*, Der Gesetzgebungsauftrag zum Schutz des geistigen Eigentums, S. 36: »Wenn das Wort des Dichters in aller Munde ist, die Melodie des Musikers in jedermanns Ohr klingt, die Beweisführung des Wissenschaftlers allgemeines Denken prägt, so hat der Urheber sein Werk entäußert. Geistiges Eigentum soll nach dem Willen seines Urhebers und nach den Erwartungen seines Publikums zum Allgemeingut werden.«; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 29.

415 *Kohler*, Autorrecht, S. 98 f. (Einfügung in Klammern durch den Verf.).

ferpersönlichkeit aus sich selbst hervorbringe⁴¹⁶. Bei kreativ-schöpferischen Werken handle es sich um einen »in die Außenwelt hinausgestellten Teil der eigenen Individualität«⁴¹⁷ und verdiene als solcher Schutz⁴¹⁸.

Man muss sich aber auch hier fragen, ob die Vorstellung von einer »Ausgiebung der Schöpferpersönlichkeit« mit dem bzw. in das Werk den tatsächlichen Gegebenheiten (noch) entspricht. Es mag diese Fälle hochartifiziiellen persönlichkeitsgeprägten Werkschaffens weiterhin und keineswegs nur vereinzelt geben – schöngeistige Romane, komplexe Musikkompositionen etc., die dem höchstpersönlichen Seelenleben des Künstlers und seinem individuellen Geist Ausdruck verleihen. Dies vermag aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Vorstellung, der Urheber entäußere mit dem Werk einen Teil seiner Persönlichkeit, zunehmend befremdet. Diese philosophisch durch *Kant* vorbereitete⁴¹⁹ und durch die Lehre vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht⁴²⁰ zugespitzte Annahme erscheint gerade angesichts der gegenwärtigen kulturwirtschaftlichen Produktionsbedingungen reichlich idyllisch. Es kann mit gutem Recht bezweifelt werden, dass es sich bei massenkompatiblen, schnelllebigen »Content-Produkten«, also Geisteserzeugnissen, die in abhängiger Tätigkeit womöglich kollektiv und unter Anweisung – bzw. gewissermaßen »vom Markt diktiert« – zielgruppengerecht hergestellt werden, stets noch um die *geistigen Kinder* ihrer Erzeuger handelt. Manche »kreative Arbeitnehmer« würden dies ob der Oberflächlichkeit oder Fremdbestimmtheit der von ihnen umgesetzten, »entpersönlichten« Inhalte unter Umständen vielleicht sogar weit von sich weisen. Auch die poststrukturalistische Philosophie und der kunsttheoretische Pluralismus der Postmoderne stehen – wie in Kap. 3 A. III. eingehend erörtert wurde – in Widerspruch zu einem rein personalistisch begründeten, urheberfixierten Urheberrecht.

Es ist im Ansatz grundsätzlich richtig, urheberrechtlichen Schutz für den Urheber nur dann zu gewähren, wenn sein Werk eine individuelle Prägung aufweist und es eine »persönliche geistige Schöpfung« im Sinne von § 2 Abs. 2 UrhG darstellt⁴²¹ – nur läuft gerade das Kriterium der Individualität in der Realität der Kul-

416 So *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 76.

417 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 76.

418 *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 128 ff., spricht von »persönlich-individuellen Entäußerungen«.

419 *Kants* Ausführungen zur »Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks«, Nachdruck in UFITA 106 (1987), 137 ff. werden vom weit überwiegenden Teil der Literatur als der Beginn eines personalistischen Urheberrechtsverständnisses gewertet, statt vieler *Rehbinde*r, Urheberrecht, Rn. 29. Zur jüngeren Diskussion, inwieweit *Kants* Begriff des »persönlichen Rechts« möglicherweise gar nichts mit Persönlichkeitsrechten des Urhebers zu tun habe, *Schricker-Vogel*, Urheberrecht, Einl. Rn. 64, m.w.N., der selber zu dem Ergebnis gelangt, dass erst 1824 *Leopold Joseph Neustetel* ein personalistisches Verständnis des Urheberrechts begründete, welches auch mit der Person des Autors verknüpft sei.

420 Dazu vorne Kap. 2 B. VI.

421 *Hirsch*, Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, S. 197; *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 76 ff.; *Schricker-Loewenheim*, Urheberrecht, § 2, Rn. 8 ff.

turwirtschaft immer häufiger leer und ist damit rechtstheoretisch immer weniger geeignet, als zentraler und maßgeblicher Erklärungsansatz für die Gewährung urheberrechtlichen Schutzes zu dienen. Diese Problematik wurde bereits eingehend in Kapitel 3 aufgearbeitet.

Die Konsequenz daraus muss keineswegs lauten, diesen personalistischen Begründungsansatz per se aufzugeben. Im Gegenteil: für den traditionellen Bereich eines stark persönlichkeitsgeprägten Werkschaffens vermag dieser Ansatz weiterhin seine legitimierende Wirkung zu entfalten⁴²². Die Individualität eines Werkes bzw. seine schöpferische Eigentümlichkeit hat zumindest insoweit ungeminderte Legitimationskraft für die urheberrechtliche Schutzgewährung durch den Gesetzgeber. Aber dieser personalistische Ansatz bedarf in jedem Fall der Ergänzung, um rechtstheoretisch auch für jene individuellen Leistungen und Geisteserzeugnisse die Gewährung urheberrechtlichen Schutzes befriedigend erklären zu können, die einen schwächeren bis marginalen Persönlichkeitsbezug aufweisen oder bei denen der Schaffensprozess kollektiv verlaufen ist⁴²³. Eine rein urheberzentrierte Sichtweise mit einer ausschließlich personalistischen Schutzbegründung würde zudem der kulturwirtschaftlichen (d.h. die Amortisationsinteressen der Verwerterindustrie schützenden) Bedeutung des Urheberrechts nicht gerecht und ließe insbesondere die wachsenden Schutzbedürfnisse der Nutzer gänzlich unberücksichtigt.

4. Liberalistische Rechtfertigungsvariante

Zur liberalistischen Begründungsvariante des personalistischen Ansatzes, die die freiheitssichernde Funktion des Urheberrechts betont, ist schließlich festzustellen, dass sie zweifellos ein berechtigtes und wichtiges Anliegen verfolgt. Freie individuelle Selbstbestimmung ist konstitutives Element einer jeden freiheitlichen, demokratischen Ordnung und damit erstrebenswert. Auch die Sicherung der persönlichen Freiheit, Autonomie und Würde des Urhebers in Bezug auf sein Werk findet aber ihre Grenze u.a. in der Freiheit zu kreativ-schöpferischem Tun anderer, die auf sein bestehendes Werk aufbauen wollen. Die isolierte, freiheitliche Betrachtung des nur sich selbst verantwortlichen Individuums, das finanziell unabhängig und damit autonom über die Werknutzung entscheiden möchte, findet, verfassungsrechtlich gesprochen, ihre Beschränkung durch die Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit jeder Person, die es ausschließt, von einer grundsätzlich umfassenden Selbstbestimmung und Entscheidungsfreiheit

422 Pahud, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 47: »Für den autonomen und kreativ schaffenden Urheber, den es nach wie vor gibt, haben die personalen Begründungen noch immer Bedeutung, und für ihn muss das Argument des Persönlichkeitsbezuges auch weiterhin seine legitimierende Kraft entfalten.«.

423 Die Frage, ob Leistungen, die einen geringeren Persönlichkeitsbezug aufweisen, überhaupt dem urheberrechtlichen Schutz zugeführt werden sollten, wird nachstehend in Kap. 5 B. II. 2. noch vertieft.

des Einzelnen in Bezug auf sein Werk auszugehen⁴²⁴. Ein unbegrenztes individualistisches Anspruchsdenken des einzelnen Urhebers auf Kosten der Allgemeinheit ist mit anderen Worten unvereinbar mit dem Sozialstaatsgedanken. Rechtsphilosophisch lässt sich der liberalistischen Begründungsvariante für das Urheberrecht das sog. »Freiheitsparadoxon« entgegenhalten, das *Popper* zufolge bereits *Platon* in ähnlicher Form aufgezeigt hat⁴²⁵. 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 (...)«⁴²⁶. Einer unbegrenzten Freiheitsausübung wohnt also 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 vermag⁴²⁷. 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 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 eine erhebliche Tendenz zur Unfreiheit sowohl für kreativ-schöpferische als auch für rein konsumierende Nutzer. Insofern kann einer liberalistischen Legitimierung des Urheberrechts nur zugestimmt werden, als damit gemeint ist, dass dem Urheberrecht eine freiheitssichernde Funktion nicht nur zugunsten des Urhebers, sondern auch im Allgemeininteresse zugunsten der Verwerter und Nutzer zugrundeliegt.

III. Zwischenergebnis zu individualistischen Rechtfertigungsansätzen

Die kritische Würdigung der einzelnen individualistischen Rechtfertigungsansätze hat ergeben, dass namentlich naturrechtlich und ontologisch basierte Rechtfertigungsansätze angesichts der immensen rechtsphilosophischen, rechtspolitischen, rechtsdogmatischen und kulturanthropologischen Einwände als ungeeignete urheberrechtstheoretische Rechtfertigungsbemühungen ad acta zu legen sind. Auch einer von naturrechtlicher Begründung und metaphysischem Überbau befreiten arbeitstheoretischen Legitimierung mit der individuellen Schöpferleistung als solcher kann nur bedingt gefolgt werden. Die Schutzwürdigkeit geistiger Arbeit bzw. die Belohnung individueller Leistung vermag für die Rechtfertigung

424 *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 133 f. mit Verweis auf BVerfGE 33, 303, 334 – »Numerus-clausus I«.

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

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

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

des Urheberrechts und seiner Regulierungsaufgaben allenfalls ein wichtiger Gesichtspunkt unter vielen zu sein⁴²⁸.

Die streng personalistische Rechtfertigung mit ihrer Betonung eines besonders engen Verhältnisses zwischen Urheberpersönlichkeit und Werk hat angesichts der Tendenz zum entpersönlichten und stärker kollektiv ausgerichteten Werkschaffen erheblich an Überzeugungskraft verloren und weist deutliche Erosionserscheinungen auf. Trotz ihrer nur begrenzten Erklärungskraft für das Urheberrecht in seiner Gesamtheit vermag die personalistische Rechtfertigung aber gerade für ihren angestammten Bereich des stark persönlichkeitsgeprägten und individuell-autonomen Werkschaffens gewichtige Argumente zumindest für den Urheber-Schutz und insbesondere die Gewährung von Urheberpersönlichkeitsrechten beizutragen. Dort, wo die geschaffenen Werke tatsächlich einen ausgeprägten Persönlichkeitsbezug aufweisen und es sich unzweifelhaft um persönliche Schöpfungen von individueller Ausdruckskraft handelt, besteht kein Anlass, die historischen Verbindungslinien und rechtsphilosophischen Wurzeln des deutschen bzw. kontinentaleuropäischen Urheberrechtsdenkens zu kappen. Alleine aber vermag dieser Ansatz die Reichweite der urheberrechtlichen Schutzgewährung nicht mehr zu rechtfertigen. Er bedarf in jedem Fall der Modifizierung und Ergänzung, um auch den Schutz derjenigen individuellen Leistungen und kreativen Erzeugnisse legitimieren zu können, die ein schwächeres Maß an Individualität bzw. einen nur marginalen Persönlichkeitsbezug aufweisen.

Eine rein personalistische Schutz Begründung würde zudem der kulturwirtschaftlichen Bedeutung des Urheberrechts und dem gestiegenen Bedürfnis nach Investitionsschutz nicht gerecht und ließe insbesondere die wachsenden Schutzbedürfnisse der Nutzer unberücksichtigt. Um das gegenwärtige Auseinanderklaffen von tradiertem urheberzentrierten Schutzzweck und tatsächlicher Schutzwirkung zugunsten der Verwerterindustrie zu überbrücken, bedarf es der Hinzuziehung kollektivistisch-konsequentialistischer Begründungsansätze. Denn nur eine solche folgenorientierte, stärker ökonomietheoretisch ausgerichtete Legitimationsverschaffung vermag den Umstand zu rechtfertigen, dass gerade auch im Bereich des »klassischen Urheberrechts«, also für Werke der Literatur, Wissenschaft, bildenden Kunst und Musik, in der Rechtswirklichkeit in erster Linie der Verwerter und gerade nicht der Urheber die urheberrechtlichen Verbotsansprüche benötigt, um seine in die Verwertung getätigten Investitionen zu amortisieren. Auch die Integration des erforderlichen Nutzerschutzes ist allein möglich auf Basis einer folgenorientierten Herangehensweise. Vor diesem Hintergrund ist die Bedeutung des personalistischen Begründungsansatzes zu relativieren und die im Werk entäußerte Individualität des Urhebers zumindest als die

428 Ähnlich *Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 131, demzufolge »das Urheberrecht nicht mehr – wie es immer noch »gebetsmühlenhaft« geschieht – als ein auf Leistung und Arbeit gründendes Naturrecht, sondern als eine spezielle – durch positives Recht geschaffene – Form von Eigentum (...) zu konstruieren und zu verstehen« ist; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41 f.

zentrale Legitimation für das Urheberrecht in seiner Gesamtheit zu verwerfen. Es empfiehlt sich aber gleichwohl, die personalistische Legitimierung als einen überaus wichtigen Argumentationsstrang unter anderen in ein *integratives Rechtfertigungsmodell* einzugliedern, um sich zumindest für den traditionellen Bereich des Urheber-Schutzes seine Legitimationskraft teilweise zunutze zu machen⁴²⁹.

Mit der liberalistischen Begründungsvariante soll im Folgenden ähnlich verfahren werden. Auch sie lässt sich – wie oben ausgeführt – für ein erweitertes urheberrechtstheoretisches Fundament fruchtbar machen. Voraussetzung dafür ist freilich, dass man die freiheitssichernde Funktion des Urheberrechts nicht nur eindimensional und gänzlich unbedingt zugunsten des Urhebers⁴³⁰, sondern auch im Allgemeininteresse zugunsten der Verwerter und Nutzer anerkennt. Eine solche – letztlich bereits kollektivistische – Lesart des freiheitlichen Arguments erscheint erforderlich, da einem absoluten Freiheitsverständnis die Tendenz zur Unfreiheit und zur Selbstaufhebung der Freiheit innewohnt. Sie beruht damit auf der Erkenntnis, dass eine unbegrenzte Entscheidungsfreiheit des Urhebers bzw. Rechteinhabers über die Werknutzung tendenziell zum Gegenteil von Freiheit für andere Urheber, Nutzer und Verwerter führt⁴³¹.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Die Untersuchung der tradierten kontinentaleuropäischen Rechtfertigung für das Urheberrecht hat ergeben, dass die in der Theorie weiterhin dominierenden, individualistischen Begründungsmodelle, die das naturgegebene Recht des Urhebers an seinem »geistigen Eigentum« bzw. die zu belohnende individuelle, persönlichkeitsgeprägte Schöpferleistung ins Zentrum stellen, mit gravierenden Schwächen behaftet sind. Andererseits lassen sich diese individualistischen Ansätze aber angesichts ihrer positivrechtlichen Anerkennung auch nicht einfach hinwegdenken. Sie führen zudem ebenso berechnete wie bereichernde Argumente mit sich, die – ohne ihren naturrechtlichen und idealistischen Überbau – durchaus weitere Verwendung finden können. Insofern geht es bei der hier angestrebten rechtstheoretischen Begründung einer urheberrechtlichen Normzweckerweiterung also darum, den traditionellen Indivi-

429 Auf diesen Gedanken eines integrativen Rechtfertigungsmodells wird unten in Kap. 4 D. noch näher einzugehen sein.

430 So aber *Luf*, Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluß auf das Urheberrecht, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. *Dittrich*, S. 9, 15, der einen unbedingten Freiheitsschutz des Autors einfordert: »Gerade die Anknüpfung der Theorie des geistigen Eigentums an das als unbedingt konzipierte Prinzip menschlicher Freiheit hat die für die Entwicklung des Urheberrechts bedeutsame Konsequenz, daß es unzulässig wäre, den Freiheitsschutz des Autors durch gesamtgesellschaftliche Nutzenerwägungen relativieren zu wollen. (...) Solche Erwägungen müssen an der Unbedingtheit des Freiheitsgebotes scheitern, das sich nicht auf die Ebene von Nutzenkalkülen stellen läßt.«

431 Dieser Gedanke wird bei der nachfolgenden Formulierung eines eigenen Ansatzes im Geiste des Ordoliberalismus erneut aufgegriffen werden.

dualschutzzweck im Geiste *Schrickers*⁴³² auf der Basis überindividueller, gemeinwohlorientierter Schutzerwägungen zu ergänzen. Wenn nachfolgend somit das Hauptaugenmerk der Untersuchung auf eine normativ-ökonomietheoretische Rechtfertigung in der Tradition des Utilitarismus gelegt wird, darf dies nicht den Blick dafür verstellen, dass eine solche Normzweckerweiterung zumindest für den Urheber als Normzwecksubjekt die traditionell individualistischen Begründungsansätze nicht redundant werden lässt. Letztere werden nicht verworfen, sondern ergänzt. Auch aus dem Belohnungsgedanken für die individuelle Leistung und den wie herkömmlich personalistisch hergeleiteten Urheberpersönlichkeitsrechten soll sich in diesem Modell weiter die Legitimität des Urheber-Schutzes speisen. Auf diese Weise ergeben sich letztlich mehrere, unabhängig voneinander bestehende Begründungsschichten für die Gewährung urheberrechtlichen Schutzes (Mehrschichtenansatz)⁴³³.

C. Kollektivistisch-konsequentialistische Rechtfertigungsansätze

Die kollektivistisch-konsequentialistischen Erklärungsmodelle versprechen mit ihrem methodischen Ausgangspunkt einer folgenorientierten gesamtgesellschaftlichen Herangehensweise, die auch die negativen Schutzwirkungen des Urheberrechts auf Nutzerseite berücksichtigt, die vielversprechendste Basis zur rechtstheoretischen Begründung des Urheberrechts im Allgemeinen und einer Normzweckerweiterung um den Nutzerschutz im Besonderen zu sein. Sie sind daraufhin zu überprüfen, welche Erkenntnisse sich auf ihrer Basis für das Warum und das Wie urheberrechtlicher Regulierung gewinnen lassen⁴³⁴. Näher untersucht werden sollen nachfolgend schwerpunktmäßig ökonomietheoretische Rechtfertigungsansätze (I.), aber auch kultur-, sozial- und demokratietheoretische Rechtfertigungsbemühungen (II. und III.). Im Anschluss wird der Versuch unternom-

432 Vgl. das oben ausführlich wiedergegebene Zitat aus GRUR 1992, 242, 246 f.; s.a. *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 22: »Die Suche nach einer ökonomisch sinnvollen Ausgestaltung des Urheberrechts im Sinne der allgemeinen Wohlfahrtsförderung muss daher nicht mit dem Gedanken des Urheberschutzes brechen – im Gegenteil.«.

433 Im Ergebnis wohl auch *Davies*, Copyright and the Public Interest, 2-008, S. 17, hinsichtlich der vier von ihr identifizierten Schutzprinzipien: »These four fundamental principles are, of course, cumulative and interdependent. They are applied in the justification of copyright in all countries, although different countries give varying emphasis to each of them.«; einen ähnlichen Ansatz sich ergänzender und überlagernder theoretischer Schutzbegründungen propagiert auch *Fisher*, 73 Chicago-Kent Law Review 1203, 1212 ff. (1998).

434 In diesem Kap. (wie in dieser Arbeit generell) konzentriert sich das Erkenntnisinteresse freilich vorrangig auf das Warum, also auf die Frage nach Sinn und Zweck urheberrechtlicher Regulierung. (Es sei daran erinnert, dass eingangs mit *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, S. 364, die Frage nach dem Zweck oder den Zwecken eines Gesetzes als die Frage nach dem Warum eines Gesetzes definiert worden ist.) Die Frage nach dem Wie, also nach der Ausgestaltung des Urheberrechts, ist daher von nachgeordnetem Interesse.

men, einen eigenen, auf eine *offene Kultur* abzielenden, ordoliberalistischen Begründungsansatz zu skizzieren (IV.).

1. Ökonomietheoretische Rechtfertigungsansätze

Die zentrale Frage, die diese Arbeit an die ökonomische Analyse des Urheberrechts richtet, ist, inwiefern sie Antworten auf die Frage nach Sinn und Zweck urheberrechtlicher Regulierung zu geben vermag. Da sich seit der Begründung der ökonomischen Analyse durch erste Beiträge von *Coase*⁴³⁵, *Calabresi*⁴³⁶ und *Posner*⁴³⁷ in den 60er und 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts eine große Vielzahl konkurrierender Ansätze und Anwendungsbereiche ausgebildet hat⁴³⁸, ist das Erkenntnisinteresse präziser formuliert darauf gerichtet, *welcher* der zahlreichen ökonomietheoretischen Ansätze insoweit letztlich für das Urheberrecht zu überzeugen vermag⁴³⁹. Besonderes Augenmerk gilt dabei der Suche nach ökonomietheoretischen Erwägungen, die neben der Rechtfertigung für den Schutz von Urheberinteressen namentlich auch den verstärkten urheberrechtlichen Schutz von Nutzerinteressen im digitalen Umfeld legitimieren können.

Die Fülle unterschiedlicher Modelle und Ansätze lässt sich im Wesentlichen in folgende, näher zu untersuchende Gruppen einteilen: in den Mehrebenenansatz (2.), den traditionellen Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung (3.), den

435 *Coase*, The problem of Social Cost, 3 Journal of Law and Economics 1 ff. (1960), als deutsche Übersetzung in: ÖAR, Hg. v. *Assmann/Kirchner/Schanze*, S. 131 ff.

436 *Calabresi*, Ein Ansatz zur nichtverschuldensbezogenen Allokation von Kosten, in: ÖAR, Hg. v. *Assmann/Kirchner/Schanze*, S. 240 ff.

437 *Posner*, Recht und Ökonomie: Eine Einführung, in: ÖAR, Hg. v. *Assmann/Kirchner/Schanze*, S. 79 ff.

438 Einen allgemeinen Überblick geben etwa *Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts; *Cooter/Ulen*, Law & Economics; *Friedman*, Law's order; *Posner*, Economic Analysis of Law; für das Zivilrecht: *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts; einen Überblick für den Bereich des Urheberrechts bieten *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 ff. (2002); *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, 28 ff.; *Detering*, Ökonomie der Medieninhalte, S. 36 ff.; *Gordon/Watt* (Hg.), The Economics of Copyright. Developments in Research and Analysis; *Haller*, Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie, S. 194 ff.; *Handke/Stepan/Towse*, Development of the Economics of Copyright, S. 373 ff., S. 373 ff.; *Landes/Posner*, The economic structure of intellectual property law; *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 15 ff.; *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft; *Towse/Holzhauser* in der Einführung zu dem von ihnen hg. Sammelband »The Economics of Intellectual Property«, Vol. I; *Watt*, Copyright and Economic Theory. S.a. auch die überaus nützliche Bibliographie der Society for Economic Research on Copyright Issues (SERCI), online verfügbar unter <http://www.serci.org/biblio.html>.

439 Vgl. *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 30 f.: »Nicht die Tatsache, dass wirtschaftswissenschaftliche Aussagen ins Recht einfließen, ist problematisch. Wie insbesondere die Ausführungen zum US-amerikanischen Recht zeigen werden, ist entscheidend, *welche* der vielen konkurrierenden Standpunkte herangezogen werden.«.

neoklassischen Property Rights-Ansatz, der rein marktbasiert die Allokationseffizienz steigern möchte (4.) und schließlich die Neue Institutionenökonomik mit Transaktionskostenökonomik und Informationsökonomik (5.)⁴⁴⁰.

Bevor die unterschiedlichen ökonomietheoretischen Erklärungsmodelle dargestellt und im Anschluss kritisch gewürdigt werden, bedarf es der Verständigung über einige Grundlagen der ökonomietheoretischen Betrachtung des Urheberrechts. So gilt es zunächst zu untersuchen, auf welche philosophische und gesell-

440 Darüber hinaus existieren freilich zahlreiche andere ökonomietheoretische Ansätze zur Begründung des Urheberrechts, die hier aber nicht vertieft werden sollen. Eine erschöpfende Auseinandersetzung mit sämtlichen Ansätzen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. So wird für die Rechtfertigung urheberrechtlicher Regulierung etwa auch die *Spieltheorie* (allgemein dazu *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, S. 38 ff. m.w.N.; *Friedman*, *Law's order*, S. 84 ff.; *Varian*, *Gründzüge der Mikroökonomik*, S. 510 ff.; instruktiv *Rieck*, *Spieltheorie*) herangezogen, siehe zum Beispiel *Gordon*, 17 U. Dayton L. Rev. 853, 863 ff. (1992). Die Spieltheorie modelliert verschiedenste Situationen mit strategischen Handlungsoptionen als ein Spiel und beschäftigt sich mit der formalisierten Analyse der strategischen Interaktion mehrerer rational agierender Spielbeteiligter. In einer »Auszahlungsmatrix« wird dabei erfasst, wie sich ein bestimmter Spielausgang für den jeweiligen Spieler (nicht nur monetär) auszahlt. Nach *Gordon* würde es in Abwesenheit urheberrechtlicher Regulierung unter Annahme bestimmter Bedingungen zur »dominanten Strategie« der Beteiligten, nicht selber Werke zu produzieren, sondern die Werke anderer zu kopieren. Ein denkbarer Zweck urheberrechtlicher Regulierung ist es aus spieltheoretischer Sicht damit vereinfacht gesagt, dafür zu sorgen, dass sich diese Strategie nicht mehr auszahlt. Dies soll mittels der Gewährung urheberrechtlichen Schutzes erreicht werden, weil der Kopist dann regelmäßig anstelle von Gewinnen mit Rechtsstreitigkeiten rechnen muss. Als Erklärungsmodell für die Zwecke urheberrechtlicher Regulierung ist die Spieltheorie gleichwohl nur von begrenztem Wert. Problematisch ist zum einen die der Spieltheorie zugrundeliegende Prämisse, dass die Beteiligten in den modellierten Entscheidungssituationen stets rational und widerspruchsfrei agieren (vgl. demgegenüber die Annahme einer nur eingeschränkten Rationalität, wie sie verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse nahelegen, näher dazu unten im Rahmen der kritischen Würdigung des traditionellen Anreizparadigmas in Kap. 4 C. I. 3. b)). Zum anderen droht durch die Fokussierung der Spieltheorie auf vereinfachte Entscheidungssituationen, in denen die Spieler die Realisierung eines möglichst hohen individuellen Zielerreichungsgrades anstreben, also strategisch ihre eigenen Interessen verfolgen, die Komplexität des im Urheberrecht nicht zuletzt auch unter Gemeinwohlgesichtspunkten vorzunehmenden Interessenausgleichs nicht in hinreichendem Maße abgebildet zu werden. Im Ergebnis ist auch *Gordon*, 17 U. Dayton L. Rev. 853, 867 f. (1992) kritisch: »(...) model captures only the welfare of the two participant players, while in real copyright cases the public interest is affected in ways not fully reflected in the revenues earned by creators and copyists.« – Abgesehen von der Spieltheorie ist insbesondere die *Industrial Organization-Lehre* zu nennen (dazu *Scherer*, 30 *Journal of Economic Literature* 1416 ff. (1992); *Scherer*, *Industrial market structure and economic performance*; *Tirole*, *Industrieökonomik*). Im Mittelpunkt der Industrial-Organization-Lehre steht die Analyse der Beziehungen zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis (= Structure-Conduct-Performance). Die Marktstruktur wirke über die Strategie (Marktverhalten) auf das Marktergebnis. Im Ergebnis sieht dieser Ansatz somit eher die Marktstruktur als maßgeblichen Faktor für die Investition in Innovationen (bzw. allgemeiner für »information production activity«), denn die Anreizwirkung von Ausschließlichkeitsrechten, siehe *Benkler*, 22 *Int'l Rev. L. & E.* 81, 82 (2002) m.w.N., der diesen Ansatz

schaftstheoretische Grundlage sich eine normative Ökonomik⁴⁴¹ des Urheberrechts stützen kann. Daran schließt sich eine Differenzierung zwischen ökonomischer Analyse im positiven und im normativen Sinne an, um sodann die zentralen Theoriebausteine einer ökonomietheoretischen Sichtweise, nämlich das ökonomische Verhaltensmodell und das ökonomische Effizienzziel, zu erläutern.

1. Grundlagen der ökonomietheoretischen Betrachtung

a) Utilitarismus als philosophische Grundlage

Hauptanwärter für die philosophische Begründung einer normativen Ökonomik des Urheberrechts ist der Utilitarismus, denn schließlich hat sich auch die Wohlfahrtsökonomik, auf deren Effizienzkriterien bei der Bewertung der durch das Urheberrecht ausgelösten Folgen im Rahmen der ökonomischen Analyse zurückgegriffen wird, historisch aus dem vor allem im anglo-amerikanischen Raum besonders wirkungsmächtigen Utilitarismus heraus entwickelt⁴⁴².

Eine Verständigung über die konzeptionellen Grundlagen des Utilitarismus erscheint daher erforderlich, auch um das Verhältnis zwischen Utilitarismus und ökonomietheoretischer Betrachtungsweise zu klären. Eine Gleichsetzung beider

als »neo-Schumpeterian economics of innovation« bezeichnet. Anwendung gefunden hat dieser Ansatz im Immaterialgüterrecht bislang vor allem im Bereich technischer Schutzrechte, s. *Kirchner*, Patentrecht und Wettbewerbsbeschränkungen, in: *Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen*, Hg. v. *Ott/Schäfer*, 157, 160 ff. Von Bedeutung für die Urheberrechtstheorie ist er gleichwohl u.a. insofern, als dass er das traditionelle Anreizparadigma (dazu unten) insbesondere hinsichtlich der Herstellung von Informationsgütern zu relativieren vermag. Normzweckrelevante Aussagen für das Urheberrecht lassen sich aus diesem Ansatz aber nur bedingt ableiten, weshalb er hier auch nicht weiter vertieft werden soll.

441 Im Anschluss an *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 3, Fn. 6, wird nachfolgend die Disziplin, die wirtschaftstheoretische Kriterien und ökonomische Analyseinstrumente u.a. auf das Recht anwendet, als Ökonomik bezeichnet. Der missverständliche Begriff »Ökonomie« wird bewusst vermieden, da – so *Eidenmüller* – »mit diesem Begriff zumeist der Gegenstandsbereich einer auf den Bereich des Wirtschaftens eingegengten Wirtschaftswissenschaft bezeichnet wird und insofern eine Verwechslung zwischen einer wissenschaftlichen Disziplin und ihrem Gegenstandsbereich möglich ist.«

442 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 173 ff. sowie die nachfolgenden Ausführungen. »Der« Utilitarismus ist freilich keineswegs die einzige Theorie, die als philosophische bzw. gesellschaftstheoretische Grundlage für effizienzorientiertes Denken in Betracht käme. Als Gegenentwürfe und potentielle alternative Fundierungen sind auch konsens-theoretische Ansätze zu nennen, wie wir sie insbesondere bei *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, finden, und auch pragmatische Argumentationsstränge, wie namentlich durch *Posner*, The Problems of Jurisprudence, S. 382 ff., formuliert; krit. dazu *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 264 ff. *Rawls* hat die von ihm verfolgte »Theorie der Gerechtigkeit« sogar als expliziten Gegenentwurf zum Utilitarismus entwickelt, a.a.O., S. 40: »Ich möchte eine Theorie der Gerechtigkeit ausarbeiten, die eine Alternative zum

Ansätze wäre nämlich nicht nur ungenau, sondern falsch⁴⁴³, geht es doch dem Utilitarismus um Nutzenmaximierung, während es der ökonomischen Analyse des Rechts um Effizienzsteigerung geht⁴⁴⁴. Fraglich ist allein, ob beide nicht gleichwohl in die gleiche Richtung streben, ob das ökonomische Effizienzziel mit anderen Worten nicht aus utilitaristischer Sicht erstrebenswert ist⁴⁴⁵.

Eine nähere Auseinandersetzung mit den philosophischen Grundlagen der Ökonomik ist dabei keineswegs nur von abstraktem, historischem Interesse, denn viele der Einwände, die heute gegen die ökonomische Analyse des Urheberrechts erhoben werden, namentlich gegen das ökonomische Verhaltensmodell und das Gerechtigkeitsdefizit des ökonomischen Effizienzprinzips, wurden bereits in ähnlicher Form in der mittlerweile über zweihundert Jahre andauernden Diskussion gegenüber Menschenbild und Nützlichkeitsprinzip des Utilitarismus geltend gemacht⁴⁴⁶.

aa) Begriffsbestimmung und Inhalt

Der Utilitarismus (von lateinisch »utilis« = nützlich) ist eine normative Ethik, die im Wesentlichen zurückgeht auf *Jeremy Bentham* und *John Stuart Mill*⁴⁴⁷. Als konsequentialistische Ethik versucht sie, moralische Normen und gesell-

utilitaristischen Denken im allgemeinen und damit zu allen seinen Schattierungen ist.«. Zu diesem Zwecke hat er die Figur des Gesellschaftsvertrags, wie man sie von *Rousseau* kennt, wiederbelebt. Ohne auf *Rawls* Theorie der Gerechtigkeit und ihre Annahmen (»Schleier des Nichtwissens« etc.) im Detail einzugehen, würde die Frage, die *Rawls* sich stellt, auf das Urheberrecht übertragen in etwa folgendermaßen lauten: »Für welche urheberrechtliche Ausgestaltung würden sich freie und vernünftige Menschen in einer Art Urstand entscheiden, in dem sie nicht wüssten, ob sie Urheber, Nutzer oder Verwerter sind? Wäre für sie nicht am ehesten ein effizienzorientierter Interessenausgleich konsensfähig?«. Auch wenn dieser konsenstheoretische Ansatz mit seiner strikten Ausrichtung an der Gerechtigkeit als oberstem Prinzip und seiner Rückführung gesellschaftlicher Institutionen auf einen hypothetischen Gesellschaftsvertrag besticht, operationalisierbar erscheint er nicht. Ausführlich zu den philosophischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts auch *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 142 ff.

443 Auch *Posner*, Recht und Ökonomie: Eine Einführung, in: ÖAR, Hg. v. *Assmann/Kirchner/Schanze*, S. 79, 88, weist auf die häufige Verwechslung des ökonomischen Effizienzprinzips mit dem »Lustprinzip« *Benthams* hin.

444 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 173.

445 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 177 ff.

446 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 22.

447 Instruktiv *Höffe*, in: Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 7 ff.; in dem Band finden sich auch zahlreiche klassische und zeitgenössische Texte zum Utilitarismus (u.a. von *Jeremy Bentham*, *John Stuart Mill*). Prominentester und zugleich wohl wegen seiner bioethischen Positionen umstrittenster zeitgenössischer Vertreter einer modernen Variante des Utilitarismus, des sog. »Präferenzutilitarismus«, ist *Singer*, Praktische Ethik, S. 30 f. und passim, demzufolge im Kontrast zum klassischen Utilitarismus die beste Konsequenz »das bedeutet, was per saldo die Interessen der Betroffenen fördert, und nicht bloß das, was Lust vermehrt und Unlust verringert«. Eine für deutsche Verhältnisse vergleichsweise frühe

schaftliche Institutionen nach dem Nutzen zu beurteilen, den sie für den Einzelnen und für die Gesellschaft haben⁴⁴⁸. Das zentrale Kriterium dieser normativen Theorie ist damit das Prinzip der Nützlichkeit als ein Angebot zur rationalen Normenbegründung und -bewertung⁴⁴⁹.

Der klassische, hedonistische Utilitarismus bei *Bentham* verfolgte dabei »das größte Glück der größten Zahl«⁴⁵⁰. Diese programmatische Vorstellung wird oft als *Maxime* missverstanden nur für individuelles, nicht aber auch für politisch-altruistisches Handeln. Neutilitaristen betonen daher, dass Glück bzw. Nutzen nicht gleichzusetzen ist mit Egoismus oder Eigennutz⁴⁵¹. Zwar sei der unmittelbare Träger des Nutzens im Utilitarismus stets das Individuum. Ausschlaggebend sei bei der anzustellenden Folgenbeurteilung aber nicht das Wohlergehen des Einzelnen oder bestimmter Gruppen, »sondern das aller von der

Auseinandersetzung mit dem Utilitarismus, die Rezeption erfolgte hier aufgrund der Prägung durch Idealismus und deontologische Ethik insbesondere in der Nachfolge *Kants*, der jede eudämonistische Ethik radikal ablehnte, so *Höffe*, a.a.O., S. 7, 8, äußerst zögerlich, ist beispielsweise die Arbeit von *Hoerster*, Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung, S. 9 ff. Einen historischen Aufriss bietet *Düppen*, Der Utilitarismus: Eine theoriegeschichtliche Darstellung von der griechischen Antike bis zur Gegenwart, S. 7 ff.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 21 ff. und 174 ff., widmet sich indes v.a. dem Zusammenhang von Utilitarismus und Ökonomik; *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, unternimmt derweil den zeitgenössischen Versuch, die gewichtigen Einwände gegen den Utilitarismus zu entkräften; eher kritisch: *Hilgendorf*, Der ethische Utilitarismus, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Hg. v. *Brugger*, S. 249 ff.

448 Im Einzelnen ist dabei zwischen Handlungs- und Regelutilitarismus und der modernen Variante des Präferenzutilitarismus (*Singer*, Praktische Ethik, S. 168 ff./passim) zu unterscheiden. Beim Handlungsutilitarismus wird eine Handlung unmittelbar nach ihren Konsequenzen beurteilt, während der maßgebliche Wertungsmaßstab beim Regelutilitarismus diejenigen Handlungsregeln sind, deren Befolgung im Vergleich zu alternativen Handlungsregeln die nützlichsten Folgen hervorruft.

449 *Höffe*, in: Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 7, 9; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 23 ff., der drei Erscheinungsformen des Nützlichkeitsprinzips differenziert. Danach trete es auf »als *individuelle Verhaltensmaxime*, das heißt als deskriptive Beschreibung des tatsächlichen Verhaltens von Individuen (...), als *ethischer Maßstab*, das heißt als Leitlinie richtigen individuellen Handelns (...) und schließlich als *kollektive Entscheidungsregel*, das heißt als Grundlage einer vernünftigen staatlichen Gesetzgebung«.

450 *Bentham*, in: Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 55 f. v.a. Anm. 1. »Ziel ist die maximale Bedürfnis- und Interessenbefriedigung bzw. die minimale Frustration« so *Höffe*, in: Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 7, 10 f.

451 *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, S. 10: »So hängen manche immer noch der absurden Vorstellung an, der Utilitarismus sei eine Ethik, die sich am »Nutzen« – verstanden als egoistische Nutzenmaximierung des Einzelnen – orientiere, weshalb es die Ellenbogenethik der kapitalistischen Eliten sei. Das ist natürlich Unfug. Der Nutzen, um den es im Utilitarismus geht, ist der »größte Nutzen der größten Zahl«. Dieser und nicht der egoistisch verstandene Nutzen von Einzelpersonen oder Interessengruppen ist das Ziel.« Auf die weitere Ausdifferenzierung zwischen einem empirischen Nutzenbegriff und einem eher analytischen Nutzenbegriff soll hier verzichtet werden.

Handlung Betroffenen«⁴⁵². Vor diesem Hintergrund bringt *Höffe* den Utilitarismus auf die treffende Maxime: »Handle so, daß die Folgen deiner Handlung bzw. Handlungsregel für das Wohlergehen aller Betroffenen optimal sind.«⁴⁵³. In dieser Maxime wird die Orientierung des Utilitarismus auf das Gemeinwohl in prägnanter Form deutlich. Sie erklärt, warum das anglo-amerikanische Copyrightsystem, in dem im Gegensatz zum traditionell individualistisch begründeten, kontinentaleuropäischen *droit d'auteur*-System nicht das Wohl des einzelnen Urhebers im Vordergrund steht, sondern – zumindest in der Theorie – die übergeordnete Förderung von Kreativität und wissenschaftlichem Fortschritt im Allgemeininteresse⁴⁵⁴, gemeinhin als utilitaristisch bezeichnet wird⁴⁵⁵. Zugleich erhellt diese Maxime, warum der Utilitarismus zu einer der philosophischen Quellen der normativen Ökonomik bzw. deren wichtigstem Teilgebiet, der Wohlfahrtsökonomik, wurde. Denn Anliegen der Wohlfahrtsökonomik ist gerade die Maximierung der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt⁴⁵⁶. Der Zusammenhang zwischen utilitaristischer Nutzenmaximierung zum Wohle aller und effizienzbasierter gesamtgesellschaftlicher Wohlfahrtssteigerung leuchtet intuitiv ein⁴⁵⁷. Es bleibt aber die Frage, warum gerade das Ziel ökonomischer Effizienzsteigerung aus utilitaristischer Sicht erstrebenswert sein soll. Hierzu ist festzustellen, dass die Steigerung von

452 *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, S. 10; *Höffe*, in: Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 7, 11; *Singer*, Praktische Ethik, S. 30, der verlangt »den Handlungsverlauf (zu) wählen, der per saldo für alle Betroffenen die besten Konsequenzen hat.«.

453 *Höffe*, in: Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 7, 11. Diese Maxime führt zu der Frage, ob nicht der vom Utilitarismus eingeforderte, permanent zu übende Altruismus sein eigentliches Problem sei; gerade das sog. Unparteilichkeitsprinzip (»Jeder zählt als einer, keiner mehr als einer«) kann hier zu einer Überforderung führen, wenn ein Handelnder beispielsweise die Interessen seiner Familie gleich mit den Interessen aller Betroffenen behandeln soll. Eingehend zur Überforderungsproblematik *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, S. 10 f. sowie 98 ff., der zu dem Ergebnis gelangt, dass die Pflichten im Utilitarismus begrenzt werden müssen.

454 Diese Gemeinwohlausrichtung des amerikanischen Copyrights ist immer wieder hervorgehoben worden, siehe exemplarisch die Supreme Court-Entscheidung *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975): »Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and the other arts. The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an 'author's' creative labor. But the ultimate aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good.«; *Wagner-Silva Tarouca*, Der Urheberschutz der ausübenden Künstler und der Tonträgerproduzenten in den USA, S. 7 f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

455 Siehe dazu näher oben (Kap. 4 A.) im Rahmen der Vorüberlegungen zur Unterscheidung der verschiedenen Begründungsansätze.

456 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 21 f.

457 Siehe aber *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 178 ff., der diesen Zusammenhang näher problematisiert. Er weist grundsätzlich zu Recht darauf hin (S. 180), »daß die Auswirkungen einer effizienzsteigernden Maßnahme auf das gesamtgesellschaftliche Nutzenniveau davon abhängen, bei wem und in welcher Höhe Vor- und Nachteile anfallen«. So kann es wegen sogenannter »Einkommenseffekte« sogar zu einer Verringerung des Gesamtnutzens kommen, da »für die meisten Menschen der zusätzliche Nutzen (Grenz-

ökonomischer Effizienz und von monetärem Wohlstand freilich nur ein Gesichtspunkt unter anderen im Rahmen einer umfassenderen utilitaristischen Nutzenmaximierung sein kann. Die Wohlfahrtsökonomik reduziert den komplexen und breit angelegten Nutzenbegriff des Utilitarismus auf monetär messbaren Nutzen⁴⁵⁸. Dieser ist in der Welt des Utilitarismus durchaus ein erstrebenswertes, legitimes Ziel. Der ökonomische Nutzenbegriff erschöpft aber das normative Programm des Utilitarismus bei weitem nicht. Die effizienzorientierte, allein in monetären Kategorien fassbare Herangehensweise der Wohlfahrtsökonomik kann deshalb nur Teil einer umfassenderen utilitaristischen bzw. gemeinwohlorientierten Nutzenmaximierung sein⁴⁵⁹. Unabhängig davon, inwieweit sich die nutzenorientierte Sichtweise des Utilitarismus als philosophischer Ausgangspunkt der weiteren Ausführungen anbietet, stellt sich indes die Frage, ob der Utilitarismus selbst überhaupt überzeugen und ein belastbares Fundament liefern kann. Die Anknüpfung an den Utilitarismus wäre wertlos, würde dieser als philosophische Position als solche nicht zufrieden stellen.

bb) Kritische Würdigung

Rechtsphilosophisch genießt der Utilitarismus heute gerade in Deutschland keineswegs intuitive Zustimmung⁴⁶⁰. *Gesang* hat die Kritik so zusammengefasst,

nutzen) von zusätzlichem Einkommen (Grenzeinkommen) sinkt, über je mehr Einkommen sie bereits verfügen. Der Nutzen einer zusätzlich verdienten Mark ist geringer als derjenige der Mark, die man bereits hat.«. Da sich dieser Effekt jedoch – wie *Eidenmüller*, a.a.O., selber ausführt – annäherungsweise durch die Einführung von »Gewichtungssystemen« kompensieren lässt, bei denen »Vor- und Nachteile je nachdem, ob sie bei Beziehern hoher oder niedriger Einkommen anfallen, unterschiedlich gewichtet werden«, soll dieser Einwand, den *Eidenmüller* nicht als einen »wirklich grundlegend(en)« betrachtet, nicht weiter vertieft werden.

- 458 Siehe *Pigou*, Part I Chapter I § 5, S. 11: »Hence, the range of our inquiry becomes restricted to that part of social welfare that can be brought directly or indirectly into relation with the measuring-rod of money. This part of welfare may be called economic welfare«. Eingehend zum Ganzen *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 176 ff.; *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Kap. 2 A. I. 1. a) bb) (1.) a): »Eine Politik, die wie das ökonomische Effizienzziel allein auf die Verbesserung des monetären Wohlstands ausgerichtet ist, ist aus utilitaristischer Sicht unvollständig. Die Freuden des Reichtums sind nur ein Bestandteil des Glücks, das eine Person empfinden kann.«.
- 459 Aus diesem Grund beschränkt sich diese Arbeit auch nicht auf die Untersuchung ökonomietheoretischer Ansätze, sondern weitet den Blick explizit für sozial- und kulturpolitische Nutzenerwägungen.
- 460 *Düppen*, Der Utilitarismus: Eine theoriegeschichtliche Darstellung von der griechischen Antike bis zur Gegenwart, S. 2, kommt noch 1996 zu dem Ergebnis: »Im Gegensatz zu Amerika und England ist der Utilitarismus im deutschsprachigen Sprachraum keine dominierende Philosophierichtung. Der idealistisch und historistisch gestimmten deutschen Philosophie ist die empiristisch geprägte utilitaristische Ethik weitgehend fremdgeblieben.«; *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, S. 7: »Der Utilitarismus hat hierzu-

dass der Utilitarismus als »inhumane und am allgemeinen ökonomischen Effizienzdenken orientierte Ethik« betrachtet werde, »die den menschenverachtenden Umgang mit Individuen in unserer hoch technisierten Leistungsgesellschaft« legitimiere⁴⁶¹.

Die größte Schwäche des Utilitarismus ist neben der problematischen Quantifizierbarkeit des angestrebten maximalen Gesamtnutzens aller Betroffenen⁴⁶² gewiss die unzureichende Berücksichtigung von Gerechtigkeitsvorstellungen. So lässt sich in einem utilitaristischen Modell die Unterdrückung von Minderheiten oder die Tötung eines unschuldigen Menschen rechtfertigen, vorausgesetzt sie dient dem maximalen Wohlergehen aller anderen⁴⁶³. Individualrechte drohen mit anderen Worten dem Allgemeinwohl zum Opfer zu fallen⁴⁶⁴. Die Interessen beispielsweise des einzelnen Urhebers auf Integritätsschutz oder Namensnennung laufen Gefahr, angesichts des kollektiven Egoismus der Allgemeinheit, der tendenziell eher ungehinderte Werkverbreitung und -nutzung verlangt, unter die Räder zu kommen.

Diesen Einwänden lässt sich entgegenhalten, dass sich das Spannungsverhältnis zumindest zwischen (Verteilungs-) Gerechtigkeit und Nutzenprinzip auf den ersten Blick weitaus dramatischer darstellt als es sich bei näherer Betrachtung

lande einen schlechten Ruf, nicht zuletzt bei vielen Mediziner*innen und Jurist*innen.«. Auf die kritische Rezeption *Singers*, *Praktische Ethik*, S. 168 ff. passim, bioethischer Forderungen wurde bereits hingewiesen.

461 *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, S. 7. Seine Aussage ist freilich insoweit unpräzise, als sich natürlich historisch das »ökonomische Effizienzdenken« am Utilitarismus orientiert hat und nicht andersherum. Es ist aber anzunehmen, dass *Gesang* diese häufig anzutreffende, fälschliche Vermengung von utilitaristischem und effizienzorientiertem Denken in dem Kontext, aus dem das Zitat stammt, bewusst aufgreift, um die problematische Rezeption des Utilitarismus in Deutschland zu illustrieren.

462 Der dafür zu ermittelnde individuelle Nutzen lässt sich nicht präzise kardinal, also mit einem Zahlenwert bestimmen. Grundlegend für diese Kritik an der vom Utilitarismus angestrebten Nutzenmessung, die auf der Addition kardinal bestimmbarer und interpersonell vergleichbarer individueller Gratifikationswerte beruht, *Robbins*, *An essay on the nature and significance of economic science*; s.a. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 26 f. Zur Problematik der allenfalls ordinal (also der Rangfolge nach), aber kaum kardinal ermittelbaren Nutzeneinschätzung und zum interpersonellen Nutzenvergleich auch *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 40 f.

463 Auch steht das Prinzip der Nützlichkeit z.B. in Konflikt mit dem Prinzip der distributiven Gerechtigkeit: »Wenn von zwei möglichen Handlungen, die den gleichen kollektiven Gesamtnutzen hervorbringen, die eine den Nutzen auf eine kleine Zahl von Personen, die anderen ihn auf viele oder alle verteilt, so sind utilitaristisch gesehen beide Handlungen gleichwertig. Nach unseren Gerechtigkeitsüberzeugungen würden wir dagegen die eine als ungerecht verurteilen und nur die andere als gerecht hervorheben.«, so *Höffe*, in: *Einführung in die utilitaristische Ethik*, S. 7, 44 f.

464 Zu diesem Einwand gegen den Utilitarismus *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, S. 51 ff.

erweist. Denn im Endeffekt erfährt dieser »Gegensatz« eine systemimmanente Korrektur durch das Prinzip des abnehmenden Grenznutzens⁴⁶⁵.

Einleuchtend ist zudem der beispielsweise von *Gesang* unternommene Versuch, mittels einer »Rückkoppelung des Utilitarismus an weitverbreitete Intuitionen« und der Einbeziehung sog. »externer Präferenzen« einen humaneren Utilitarismus zu gewinnen⁴⁶⁶. Externe Präferenzen definiert er dabei als »Präferenzen, deren Inhalt (...) die Befriedigung oder Frustration der Präferenzen anderer Leute enthält«⁴⁶⁷. Als Beispiel nennt er die Präferenzen, die Abtreibungsgegner gegen die Abtreibung haben. Auf diese Weise möchte er mit dem Bekenntnis des Utilitarismus ernst machen, dass *alle* Interessen, die bei Interessenkonflikten berührt werden, also auch die Interessen der durch eine Handlung nicht unmittelbar Betroffenen⁴⁶⁸, gemäß ihrer Stärke berücksichtigt werden. »Ein humaner Utilitarist muss auch die Interessen von nicht direkt betroffenen Menschen in seine Berechnungen einbeziehen«, seien diese externen Präferenzen auch irrational, weil sie beispielsweise religiös-metaphysisch motiviert sind⁴⁶⁹. Die dadurch erzielte »Annäherung utilitaristischen Urteilens an die moralischen Intuitionen der Mehrheit«⁴⁷⁰ mindert beispielsweise im brisanten bioethischen Kontext die Radikalität des Utilitarismus und steigert somit die Überzeugungskraft dieses rechtsphilosophischen Ansatzes als solchem.

Übertragen auf das Urheberrecht bedeutet ein solcher »gerechter Utilitarismus« die ethische Forderung, das Urheberrecht so auszugestalten, dass es per saldo die Interessen *aller* Betroffenen befördert. Von dieser Maxime hin zu dem

465 *Höffe*, in: Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 7, 46, gibt dafür folgendes plastisches Beispiel: »Wenn man (...) 100 Äpfel auf 100 Personen verteilen soll, so ist der kollektive Gesamtnutzen sehr wohl davon abhängig, ob man jedem einen Apfel, jedem zehnten zehn oder einem alle 100 Äpfel gibt. Denn nach dem Gesetz des abnehmenden Grenznutzens – einer Folge der begrenzten Kapazität von Bedürfnissen und Interessen – wird das Verspeisen des ersten Apfels mehr Freude machen als das des dritten oder vierten.«

466 *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, S. 13 f. und 56 ff. Kritisch gegenüber einer Einbeziehung externer Präferenzen in die Nutzenabwägung insbesondere *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, S. 382 ff.

467 *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, S. 14. Dazu auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 209 und 220 ff.

468 Im Beispiel also die Interessen der Abtreibungsgegner in Abgrenzung zu den Präferenzen von Eltern und Embryo als den Primärbetroffenen. Vgl. demgegenüber *Singer*, Praktische Ethik, S. 177 ff., dem *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, S. 14 und 53 ff., vorwirft, angesichts der von ihm ethisch befürworteten Abtreibungen oder der Kindstötung lebensfähiger behinderter Neugeborener nicht *alle* Interessen zu berücksichtigen, auch wenn er dies im Grundsatz selber vertrete, s. *Singer*, a.a.O., S. 30 f.

469 *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, S. 57, s.a. S. 73: »Gerechtigkeit ist im humanen Utilitarismus eine Art von Nutzen, denn sie verschafft vielen Präferenzen Befriedigung.«.

470 *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, S. 14.

in der jüngeren deutschen Urheberrechtslehre⁴⁷¹ in Abkehr vom »in dubio pro auctore-Denken« propagierten programmatischen Ansatz des »gerechten Interessenausgleichs im Urheberrecht« ist es evidenterweise nicht mehr weit. Bei der Gewährung rechtlichen Schutzes für den Urheber als dem Primärbetroffenen sind dabei auf Grundlage des wie vorstehend verstandenen Utilitarismus auch die externen Präferenzen der nicht unmittelbar Betroffenen zu berücksichtigen. Dies können, um in der Terminologie *Gesangs* zu bleiben, »weitverbreitete Intuitionen« der Mehrheit sein, wie sie sich beispielsweise in den Menschenrechten niedergeschlagen haben; Art. 27 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte formuliert insoweit das Recht für jeden, »am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und dem wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben«⁴⁷².

Im Übrigen öffnet der Konflikt zwischen dem Prinzip der Nützlichkeit und ethischen Vorstellungen, die sich mit dem Begriff der Gerechtigkeit verbinden, den Blick für eine Problematik, auf die wir auch beim Effizienzprinzip im Rahmen der ökonomischen Analyse des Urheberrechts stoßen. Im Rahmen der kritischen Würdigung des Effizienzziels wird, so viel kann vorweggenommen werden, ausführlich auf eine mögliche Lösung im Wege einer stets erforderlich bleibenden normativen Korrektur eingegangen werden. Wie eingangs bereits angedeutet, existiert noch eine weitere Parallelproblematik zwischen Utilitarismus und ökonomischer Analyse, die an das jeweils zugrundeliegende, ähnliche Menschenbild anknüpft. So liegt der Ökonomik die Annahme des »homo oeconomicus« zugrunde, ein Menschenbild also, das auf den Verhaltensprämissen der Rationalität und egoistischen Nutzenmaximierung (sog. »REM-Hypothese«) beruht⁴⁷³. Auf den gerade im urheberrechtlichen Kontext zu hinterfragenden Inhalt dieser Prämissen wird unten noch einzugehen sein⁴⁷⁴. Das Menschenbild des Utilitarismus basiert indes auf der – wie unschwer zu erkennen ist – eng verwandten Annahme, dass der Mensch stets nach der Maximierung von Glück bzw.

471 S. den gleichnamigen Tagungsband Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. von *Hilty/Peukert; Geiger*, GRUR Int. 2004, 815 ff.; sowie v.a. *Hilty*, GRUR Int. 2003, 201, 204: »Soll nun der Denkansatz eines *Interessenausgleichs* seine Berechtigung haben, der Schutz also nicht über jenen Rahmen hinaus gehen, der fördernd wirkt, ohne die Allgemeinheit länger als nötig vom freien Zugang auszuschließen – oder schützen wir ohne solche Reflexionen? Den USA gibt die »Copyright and Patent Clause« die Antwort eigentlich vor. Wir Europäer sollten uns solche Fragen aber wohl ebenso stellen.« (Hervorheb. nicht im Original); *Hilty*, GRUR 2005, 819, 822.

472 Art. 27 Abs. 2 der Allg. Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948 schreibt – das soll der Vollständigkeit halber nicht unerwähnt bleiben – indes den Urheber-Schutz fest: »Jeder hat das Recht auf Schutz der geistigen und materiellen Interessen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur und Kunst erwachsen.«.

473 *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 58 ff.

474 Siehe Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (3).

Nutzen strebe⁴⁷⁵. Hier lässt sich mit gutem Recht die Frage aufwerfen, ob eine solche Sichtweise nicht zu eindimensional und möglicherweise realitätsfern ist, schließlich sind manche unserer Handlungen reiner Selbstzweck. Und was bedeutet überhaupt der utilitaristische Terminus technicus »Glück«? *Gesang* formuliert diese Zweifel am utilitaristischen Wertmonismus treffend wie folgt: »Haben Menschen nicht auch andere Zwecke als ihre bloße Befriedigung, z.B. einfach den, dass ihnen ihre wohlervorgenen Wünsche erfüllt werden? Betreibt der Künstler z.B. seine Kunst, um ein Befriedigungsgefühl zu erhalten, oder wünscht er es einfach als Selbstzweck, gute Kunst zu machen?«⁴⁷⁶. Diese Fragen hinsichtlich der zugrundeliegenden Verhaltensannahmen sollen hier nicht weiter vertieft werden, denn es bietet sich an, sie im Zuge der kritischen Auseinandersetzung mit dem ökonomietheoretischen Anreizparadigma wesentlich konkreter für den eingegrenzten Bereich des kreativen Schaffens aufzugreifen.

Eine am Menschenbild anknüpfende rechtsphilosophische Fragestellung soll gleichwohl an dieser Stelle zumindest angerissen werden, die Frage nämlich, inwiefern der Utilitarismus in Konflikt steht mit dem ethischen Menschenbild des Grundgesetzes. Letzteres verbietet bekanntlich die Ver zweckung von Menschenleben⁴⁷⁷. Danach darf der Mensch nicht zum bloßen Objekt, zu einem bloßen Mittel anderer herabgestuft werden. Dieser letztlich auf *Kant* zurückgehende Schutzgedanke wurde aber bereits von *Schopenhauer* überzeugend relativiert: der »von allen Kantianern so unermüdlich nachgesprochene Satz, »man dürfe den Menschen immer nur als Zweck, nie als Mittel behandeln«, ist zwar ein bedeutend klingender und daher für alle die, welche gern eine Formel haben mögen, die sie alles ferneren Denkens überhebt, überaus geeigneter Satz; aber beim Lichte betrachtet, ist es ein höchst vager, unbestimmter, seine Absicht ganz indirekt erreichender Ausspruch, der für jeden Fall seiner Anwendung erst besonderer Erklärung, Bestimmung und Modifikation bedarf«⁴⁷⁸. Angesichts dieser Unbestimmtheit des Ver zweckungsverbots ist auf dem Boden des Verfassungsrechts bei der Normenbegründung der Berücksichtigung auch utilitaristischer Erwägungen zum Wohle der Allgemeinheit als der Summe einzelner Menschenwürdesub-

475 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 28, charakterisiert denn auch den homo oeconomicus als »Nachfahre« des bereits von *Bentham* zugrundegelegten Individuums, wobei er darauf hinweist, vgl. Fn. 19, dass sich das ökonomische Verhaltensmodell nicht ausschließlich auf *Bentham* zurückführen lässt: »In der einen oder anderen Form tauchte der homo oeconomicus auch schon vor *Bentham* etwa bei *Bernard de Mandeville*, *Ferguson* und *Adam Smith* auf.«.

476 *Gesang*, Eine Verteidigung des Utilitarismus, S. 13 und 17 ff., der nach Untersuchung zweier Kandidaten zur Füllung des Glücksbegriffs, nämlich der Befriedigungs- und der Wunschtheorie, im Ergebnis gleichwohl zur Verteidigung einer wertmonistischen Konzeption auf Basis der Befriedigungstheorie (Mehrung positiv empfundener mentaler Zustände) gelangt, die letztlich auf einen weiten Glücksbegriff hinausläuft.

477 *Sachs-Höfling*, Grundgesetz, Art. 1, Rn. 13, wonach im Sinne der von *Dürig* geprägten »Objektformel« die Menschenwürde dann betroffen ist, »wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.«.

478 Zitiert nach *Hilgendorf*, Der ethische Utilitarismus, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Hg. v. *Brugger*, S. 249, 262.

jekte nicht von vornherein Tür und Tor verschlossen⁴⁷⁹. Natürlich lässt sich über diese Problematik trefflich streiten – und muss auch gestritten werden –, hier ist nur nicht der Ort, dies erschöpfend zu tun. Immerhin kann man sich aber die Frage stellen, ob es in einem demokratischen Gemeinwesen nicht pure Selbstverständlichkeit sein sollte, dass es der Gesetzgeber als seine vornehmste und primäre Pflicht begreift, bei seiner tunlichst folgenorientiert ausgeübten legislativen Tätigkeit und deren Begründung das Wohl aller Betroffenen befördern zu wollen⁴⁸⁰. Nichts anderes wird durch eine Verpflichtung auf das Gemeinwohl verlangt.

Fraglich ist zudem, ob die Menschenwürde nicht generell ein zu grober Keil ist für ein rechtstheoretisches Legitimierungsbemühen für das Urheberrecht. Die im Grundgesetz angestrebte Sicherung der unantastbaren Würde des Menschen findet ihre berechnete und notwendige Anwendung beispielsweise in Fällen des therapeutischen Klonens, des Embryonenschutzes etc. Eine utilitaristische Letztbegründung des Urheberrechts verfassungsrechtlich in die Nähe solcher Eingriffe zu stellen, erscheint fragwürdig. Freilich stellt die verfassungsrechtliche Wertordnung den einzelnen Menschen in seiner Würde und personalen Individualität als obersten Wert an ihre Spitze⁴⁸¹. Man muss sich aber die Frage stellen, ob diese Wertkonzeption tatsächlich aus den Angeln gehoben wird, wenn man verlangt, dass das Urheberrecht nicht mehr allein dem individuellen Urheber in Bezug auf sein Werk als Schutzinstrument dienen, sondern zusätzlich auch dem Wohl aller Betroffenen zugute kommen soll.

Aus dem Grundrechtskatalog und insbesondere dem Sozialstaatsprinzip, wie es sich als Gemeinschaftsgebundenheit aller individuellen (Grund-) Rechte aus den Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1, 79 Abs. 3 GG herleitet⁴⁸², lässt sich jedenfalls der Schluss ziehen, dass ein überindividueller utilitaristischer Begründungsansatz unserer Rechtsordnung keineswegs vollkommen fremd ist. Auch die gegenwärtige Diskussion um die Aufnahme eines Staatsziels Kultur in das Grundgesetz unterstreicht, dass das Ziel einer überindividuellen Kulturförderung

479 Hilgendorf, Der ethische Utilitarismus, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Hg. v. Brugger, S. 249, 262, kommt zu der Schlussfolgerung: »Damit wird die »Menschenwürde« zu einem fast inhaltsleeren Topos, mit dem sich nahezu beliebige weltanschauliche Positionen und rechtspolitische Präferenzen vereinbaren lassen.«.

480 So auch Hilgendorf, Der ethische Utilitarismus, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Hg. v. Brugger, S. 249, 262 f. Dass es oft genug anders ist und weniger das Gemeinwohl denn der Einfluss der Lobbyverbände den Ausschlag bei der Gesetzgebung geben, steht auf einem anderen Blatt.

481 Peifer, Individualität im Zivilrecht, S. 10 ff.

482 Jarass-Pieroth-Jarass, GG, Art. 20, Rn. 112 ff.

unserem Rechtsdenken durchaus vertraut ist⁴⁸³. Es lassen sich zudem zahlreiche Beispiele z.B. aus dem Umweltrecht anführen, in denen das Individuum gesellschaftlichen Interessen und dem Wohl aller Betroffenen untergeordnet wird und damit die Vorstellung vom Individuum als höchstem und absolutem Wert relativiert wird⁴⁸⁴. Allein rechtsphilosophisch und geistesgeschichtlich kann man nicht darüber hinwegsehen, dass der Paradigmenwechsel weg von einer ausschließlich individualistisch-liberalistischen Urheberrechtskonzeption hin zu einem auch utilitaristischen Begründungsansatz einen gewissen Kontinuitätsbruch erzeugt, der in Ermangelung durchgreifender verfassungsrechtlicher Bedenken aber hinzunehmen ist. Es wäre mutlos, es nicht zu wagen, die personalistisch begründete individualistische Konzeption des Urheberrechts zu kritisieren, nur weil darin der zweifelsohne bedeutende, maßgeblich durch die Aufklärung geprägte und verfassungsrechtlich abgesicherte westlich-abendländische Wert der Individualität⁴⁸⁵ zum Ausdruck kommt. Die Furcht vor einer Kritik dieses mit dem geistesgeschichtlichen Erbe eng verknüpften urheberrechtlichen Paradigmas kann nämlich die Aushöhlung des ganzen Systems zur Folge haben, indem durch eine eindimensionale Schutzeskation die aktive künstlerische und wissenschaftliche Partizipation der Nutzer erschwert bzw. sogar vereitelt wird und damit einem letztlich auf Individuen gründenden kulturellen Schaffen zunehmend die Grundlage entzogen wird.

cc) Zusammenfassung

Die kritische Würdigung des Utilitarismus hat deutlich werden lassen, dass der Utilitarismus keine umfassend befriedigende Theorie ist. Fragen bleiben insbe-

483 Die BT-Enquête-Kommission »Kultur in Deutschland« hat in ihrem Zwischenbericht, BT-Drucks. 15/5560, S. 2, vom 01.06.2005 vorgeschlagen, Kultur als Staatsziel im GG zu verankern und das GG um einen neuen Art. 20b GG mit folgender Formulierung zu ergänzen: »Der Staat schützt und fördert die Kultur.«. Der Zwischenbericht findet sich unter <http://dip.bundestag.de/btd/15/055/1505560.pdf>. Der Vorschlag einer entsprechenden Grundgesetzänderung hat auch in der 16. Legislaturperiode die einmütige Unterstützung aller kulturpolitischen Sprecher der BT-Fraktionen erhalten, s. die entsprechende Pressemitteilung des Deutschen Kulturrats vom 20.02.2006 unter <http://www.kulturrat.de/detail.php?detail=688&rubrik=47>. Im Übrigen ist bereits in nahezu allen Bundesländern der Schutz, die Pflege bzw. die Förderung von Kunst und Kultur eine staatliche Aufgabe von Verfassungsrang, s. Zwischenbericht, a.a.O., S. 4 und 13 f., mit Auszügen aus den Landesverfassungen.

484 Dies räumt auch *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 11, ein. So dürfe z.B. »das Individuum kollektive Güter nicht grenzenlos durch Verbrauch oder Verschmutzung nutzen.«.

485 Zu den geistesgeschichtlich prägenden Einflüssen auf das Konzept und sittliche Ideal der Individualität – auch im Kontrast zum islamischen, buddhistischen und hinduistisch geprägten Kulturkreis – *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 9 ff., der neben dem Menschenbild der Aufklärung und des Idealismus (s. die Nachweise zu *Herder* und *Hegel*) insbesondere »die in der christlich geprägten Welt herausgebildeten Überzeugungen (als) die entscheidende Triebfeder für die Entwicklung von Individualität als Wert« sieht.

sondere offen hinsichtlich der konkreten Nutzenmessung und des zugrundeliegenden Menschenbilds. Zudem führt die zur Erreichung eines humanen oder »gerechteren« Utilitarismus erforderliche Integration externer Präferenzen zu einer Annäherung an deontologische Konzeptionen⁴⁸⁶, die mit dieser Arbeit für den Bereich des Urheberrechts methodologisch gerade überwunden werden sollen. Im Ergebnis schmälert dies aber nicht die Überzeugungskraft des zentralen, gemeinwohlorientierten Anliegens dieser normativen Ethik, nämlich Normen nach der Nutzenmaximierung für alle Beteiligten zu beurteilen⁴⁸⁷. Der klare Vorzug des Utilitarismus als konsequentialistischer, normativer Theorie liegt darin, dass er – zumindest im Grundsatz – auf der Folgenbewertung von Normen beruht und nicht, wie etwa bei der naturrechtlichen Herleitung, auf der Annahme natürlicher, der menschlichen Rechtssetzung vorgegebener Rechte basiert, die auf diese Weise nämlich dem politischen Diskurs und dem demokratischen Rechtssetzungsverfahren entzogen sind⁴⁸⁸. Der Utilitarismus als solcher ist im Ergebnis ein geeigneter rechtsphilosophischer Ausgangspunkt nicht nur für die ökonomische

486 Die »Deontologie« versteht die »Ethik als Pflichtenlehre«, s. Duden. Das große Fremdwörterbuch, Hg. vom Wissenschaftlichen Rat der Dudenredaktion, S. 313, also als eine Lehre von dem, was sein solle; Beispiel: Annahme eines vorgegebenen Rechts zum Schutz der Urheberleistung oder die Forderung des Rechts für jeden, »am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und dem wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben« (s. Art. 27 Abs. 1 Allg. Erklärung der Menschenrechte). Im Gegensatz zu einer konsequentialistischen Herangehensweise sieht die Deontologie nicht die Folgen, sondern die einer Handlung oder Regelung zugrundeliegenden Erwägungen als maßgeblich an.

487 Im Ergebnis ähnlich *Höffe*, in: Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 7, 49 f: »Durch solche Einschränkungen (gemeint sind die Grenzen des Utilitarismus, Anm. d. Verf.) wird die grundsätzliche Intention des Utilitarismus aber nicht diskreditiert: die Verpflichtung der Normen und Ziele menschlichen Handelns auf das Wohlergehen der Betroffenen; gerechtfertigt ist kein globales Verwerfen, wohl eine tiefgreifende Modifikation. Nennen wir das Resultat einen *kritischen Utilitarismus*.« Auch *Hilgendorf*, Der ethische Utilitarismus, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Hg. v. *Brugger*, S. 249, 272, kommt trotz zahlreicher Einwände und mit Blick auf den Utilitarismus *Singerscher* Prägung zu dem Ergebnis: »Vielleicht ist die Legitimation staatlichen Handelns aus den Interessen der Betroffenen die letzte gemeinsame Basis, die angesichts des Scheiterns aller geschlossenen Moralsysteme und der heutigen Pluralität unterschiedlichster Weltanschauungen verbleibt.«

488 *Ohly*, JZ 2003, 545, 548. Wie die im Rahmen des historischen Kapitels vorgenommene Untersuchung von Nützlichkeitsabwägungen in Urheberrechtsgesetzgebung und -lehre gezeigt hat, finden utilitaristische Schutzbegründungen konsequenterweise auch in der deutschen Lehre wachsenden Zuspruch. Jüngere Denkansätze wie der vom »Interessenausgleich im Urheberrecht« (siehe den gleichnamigen Tagungsband »Interessenausgleich im Urheberrecht«, Hg. von *Hilty/Peukert*; *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815 ff.; sowie v.a. *Hilty*, GRUR Int. 2003, 201, 204) fügen sich dabei – ohne dass dies immer von seinen Vertretern expliziert wird – nahtlos in utilitaristische Erwägungen ein, wonach bei der Beurteilung einer urheberrechtlichen Regelung die Interessen aller Betroffenen zu berücksichtigen und zu befördern sind.

Analyse des Urheberrechts⁴⁸⁹, sondern auch für eine Neujustierung des Urheberrechts allgemein. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Utilitarismus und ökonomischer Analyse ist dabei entscheidend, dass zwischen Nützlichkeits- und Effizienzprinzip keineswegs Zielidentität besteht, denn die im Rahmen des Utilitarismus verfolgte Nutzenmaximierung ist das umfassendere und komplexere Konzept, in der die ökonomische Effizienzsteigerung nur als eine von mehreren möglichen Nutzenmaximierungen aufzugehen vermag⁴⁹⁰. Die Steigerung ökonomischer Effizienz macht nur einen Teil dessen aus, worum es dem Utilitarismus geht. Mit ihr hört die utilitaristische Nutzenmaximierung mithin nicht auf, bei ihr fängt sie gewissermaßen erst an⁴⁹¹. Der Utilitarismus wird deshalb nicht als philosophische Basis für einen effizienzorientierten Ansatz unbrauchbar. Der Umstand, dass utilitaristische Nutzenmaximierung weitaus mehr bedeuten kann als ökonomische Effizienzsteigerung, macht aber deutlich, dass das ökonomische Effizienzziel nur Teil einer umfassenderen utilitaristischen bzw. gemeinwohlorientierten Nutzenmaximierung sein kann.

b) Die Unterscheidung zwischen ökonomischer Analyse im positiven und im normativen Sinne

Die ökonomische Analyse des Rechts, die in Deutschland zunächst nur sehr zögerlich, zuletzt aber verstärkt rezipiert worden ist⁴⁹², ist ein überaus facettenrei-

489 Auch *Posner*, *Recht und Ökonomie: Eine Einführung*, in: *ÖAR*, Hg. v. *Assmann/Kirchner/Schanze*, S. 79, 95, sieht den Utilitarismus als philosophische Grundlage der Ökonomik, wobei er betont, dass die »Tauglichkeit der ökonomischen Analyse, unsere Kenntnis über das gegenwärtige Funktionieren des Rechtssystems zu erweitern, (...) durch die Angriffe auf den Utilitarismus nicht untergraben« werde. Dass *Posners* Position zum Utilitarismus eine zeitlang von einer gewissen Distanzierung und einer anschließenden Wiederannäherung an den Regelutilitarismus gekennzeichnet war, führt *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, S. 176, Fn. 13, näher aus.

490 So auch *Reich*, *Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, Kap. 2 A. I. 1. a) bb) (1.) a); *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, S. 181 ff.

491 *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, S. 181 f.

492 Siehe den Sammelband zur *Ökonomischen Analyse des Rechts*, hg. v. *Assmann/Kirchner/Schanze*; *Drexler*, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, S. 162 ff.; *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*; *Fezer* JZ 1986, 817 ff., *ders.*, JZ 1988, 223 ff.; *Heinemann*, *Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung*, S. 15 ff.; *Koboldt*, *Property Rights und Urheberschutz*, in: *Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen*, Hg. v. *Ott/Schäfer*, S. 69 ff.; *Lehmann*, *Bürgerliches Recht und Handelsrecht – eine juristische und ökonomische Analyse*; *ders.*, IIC 1985, 525 ff.; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*; Speziell für das Urheberrecht in jüngerer Zeit: *Bechtold*, *Vom Urheber- zum Informationsrecht*, S. 282 ff.; *Bing*, *Die Verwertung von Urheberrechten*, S. 28 ff.; *Haller*, *Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie. Eine ökonomische Analyse*, S. 173 ff. (sowohl *Bing* als auch *Haller* sind bezeichnenderweise beide Ökonomen und nicht Juristen); *Peukert*, *Der Schutzbereich des Urheberrechts*

ches, pluralistisches Phänomen⁴⁹³. *Schäfer/Ott* weisen ihr im Kern vier Aufgaben zu. Danach fragt »die« ökonomische Analyse »(1) nach dem Zustandekommen einer bestehenden Rechtsstruktur, nach Art und Verteilung von rechtlichen Handlungsbefugnissen, (2) nach den Auswirkungen, die die Rechtsstruktur auf das Ziel der Allokationseffizienz hat, (3) nach den tatsächlichen Voraussetzungen für die Herausbildung einer effizienten Rechtsstruktur, (4) wie die Rechtsstruktur im Hinblick auf das Ziel der Allokationseffizienz beschaffen sein sollte.«⁴⁹⁴. Abstrakter gefasst lässt sich zwischen der ökonomischen Analyse im positiven und im normativen Sinne unterscheiden⁴⁹⁵. Die ökonomische Analyse im positiven Sinne beschäftigt sich dabei mit den Folgen, die eine bestehende gesetzliche Regelung in der Rechtswirklichkeit hervorruft. Die ökonomische Analyse im normativen Sinne geht über diese Folgenanalyse und die dadurch ermöglichte Kritik am geltenden Recht hinaus. Sie trifft normative Aussagen darüber, wie das Recht beschaffen sein sollte und warum es überhaupt einer bestimmten gesetzlichen Regulierung bedarf⁴⁹⁶. Aus juristischer Sicht ist die ökonomische Analyse des Rechts im normativen Sinne daher der Rechtsphilosophie zuzuordnen⁴⁹⁷. Im Endeffekt bietet sie insofern eine Hilfestellung beim Verständnis und bei der Erklärung von Recht. Sie ist ein Angebot zur ökonomietheoretischen Normenbegründung und -analyse und kann dadurch maßgeblich zur Reform, Rechtsgestaltung

und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 12 ff., der in Fn. 5 einen Eindruck vermittelt, inwieweit in jüngeren Beiträgen zum deutschen Urheberrecht die ökonomische Analyse nur eine untergeordnete Rolle gespielt hat; *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Diss. München 2003.

493 *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 163, stellt fest: »Die Volkswirtschaftslehre ist keine exakte Wissenschaft. Über die Gesetze des Marktes und über die Grundannahmen ökonomischer Modelle besteht Unstimmigkeit. Entsprechend gibt es auch keine einheitliche Schule der ökonomischen Analyse des Rechts.«.

494 Vgl. die Aufgabenbeschreibung der ökonomischen Analyse des Rechts bei *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 10.

495 Differenzierung nach *Posner*, Recht und Ökonomie: Eine Einführung, in: *ÖAR*, Hg. v. *Assmann/Kirchner/Schanze*, S. 79, 92 ff.; *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 163 ff.

496 Siehe auch die Aufgabenbeschreibung der ökonomischen Analyse im normativen Sinne bei *Lehmann*, Bürgerliches Recht und Handelsrecht, S. 29: »Das Recht muß durch kritische Untersuchungen und Anpassung an die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten so effizient ausgestaltet werden, daß es geeignet ist, daß nach ökonomischen Erkenntnissen Erreichbare so weit wie möglich in die Realität umzusetzen.«; *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588 f.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 1, erkennen einen »Hauptgegenstand der normativen Ökonomie darin, Regelungen und Institutionen vorzuschlagen, deren Vorhandensein die Effizienz der Mittelverwendung fördert.«. *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 167, betont den fließenden Übergang zwischen ökonomischer Analyse im positiven und im normativen Sinne. Er verweist zu Recht darauf, dass das »Ergebnis der ökonomischen Analyse des Rechts im positiven Sinne im Hinblick auf bestimmte gesetzliche Vorschriften tendenziell zu einem an den Gesetzgeber gerichteten Reformvorschlag« führt.

497 *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 165.

und Rechtfertigung von Recht durch die Rechtswissenschaft bzw. letztlich den Gesetzgeber beitragen⁴⁹⁸. Es ist somit die ökonomische Analyse im normativen Sinne, die im Folgenden herangezogen werden soll, um aus rechtlicher Sicht zu Aussagen über die Zwecke urheberrechtlicher Regulierung zu kommen.

c) *Das ökonomische Verhaltensmodell*

Um zu normativen Aussagen über das Recht zu gelangen, braucht die ökonomische Analyse Kriterien und Modellannahmen. Als Maßstab dient das Effizienzkriterium (dazu unten d)), während das ökonomische Verhaltensparadigma zur Verhaltensprognose herangezogen wird. Das zunehmend in Frage gestellte Verhaltensmodell des »homo oeconomicus« ist zunächst auch Ausgangspunkt der nachfolgend untersuchten ökonomietheoretischen Ansätze. Es basiert auf der Annahme, dass der Mensch sich unter Berücksichtigung der von Normen ausgehenden Anreize rational und eigennützig nutzenmaximierend verhält (sog. REM-Hypothese⁴⁹⁹) und sein Verhalten sich wandelnden Umständen entsprechend anpasst⁵⁰⁰. Die ökonomische Analyse des Rechts benutzt dieses ökonomische Verhaltensmodell, um Aussagen über die Folgen treffen zu können, die beispielsweise urheberrechtliche Regelungen in der Rechtswirklichkeit auslösen. Auf die Fragwürdigkeit dieses Verhaltensparadigmas, insbesondere im kreativen Schaffenskontext, wird im weiteren Verlauf noch einzugehen sein.

d) *Das ökonomische Effizienzziel*

Weiteres Kernelement der traditionellen ökonomischen Analyse ist das Effizienzkriterium. Die Effizienzkriterien der Wohlfahrtsökonomik dienen ihr als Bewertungsmaßstab für die mithilfe des ökonomischen Verhaltensmodells ermittelten Folgen rechtlicher Regeln. Zwei Effizienzkriterien sind zu unterscheiden: die sog. »Pareto-Effizienz« und die »Kaldor-Hicks-Effizienz«.

Ersteres Kriterium ist benannt nach dem italienischen Ökonom und Soziologen *Vilfredo Pareto*. Es bezeichnet einen Zustand dann als »pareto-optimal«, wenn kein Mitglied der Gesellschaft besser gestellt werden kann, ohne dass gleichzeitig

498 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 490 f., will die ökonomische Analyse des Rechts deshalb in erster Linie als »Gesetzgebungstheorie« verstanden wissen, bei der er die Rolle der Rechtswissenschaft darin sieht, sich von einer »Rechtsprechungswissenschaft« hin zu einer »Wissenschaft von der *Rechtssetzung*« zu entwickeln.

499 Im Englischen spricht man demgegenüber von REMM (= resourceful, evaluating, maximizing man).

500 *Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts, S. 25 f.; *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 169 ff.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 28 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 58 ff.

ein anderes schlechter gestellt wird⁵⁰¹. Vorzuziehen ist danach derjenige Zustand, den entweder alle Mitglieder der Gesellschaft persönlich präferieren oder den mindestens ein Individuum präferiert, und dem zugleich alle anderen zumindest indifferent gegenüberstehen⁵⁰². Die Praktikabilität dieses Kriteriums wird insbesondere wegen seines sog. »Einstimmigkeitspostulats« als äußerst begrenzt kritisiert. Bereits die abweichende Präferenz eines einzelnen Beteiligten torpediert nämlich die Entscheidung darüber, ob ein sozialer Zustand ökonomisch effizienter und damit vorzugswürdiger ist als ein anderer⁵⁰³. Indem das Pareto-Kriterium gewissermaßen jedem Mitglied der Gesellschaft ein Vetorecht gibt, mit dem es seinen Präferenzen zuwiderlaufende Maßnahmen vereiteln kann, ist es als Entscheidungsmaßstab für die staatliche Wirtschafts- und Rechtspolitik wenig geeignet⁵⁰⁴.

Hier versucht das auf die englischen Ökonomen *Kaldor* und *Hicks* zurückgehende Kaldor-Hicks-Kriterium Abhilfe zu schaffen. Im Gegensatz zum Pareto-Kriterium ermöglicht es unter bestimmten Umständen eine Änderung auch dann als vorzugswürdig zu qualifizieren, wenn ein oder mehrere Individuen den status quo vorziehen bzw. ihm indifferent gegenüberstehen. Voraussetzung dafür ist, dass die Vorteile der Bessergestellten insgesamt größer sind als die Nachteile der Schlechtergestellten⁵⁰⁵. In dieser Konstellation nämlich können die durch eine Änderung Bessergestellten die Schlechtergestellten kompensieren – und sie auf diese Weise gegenüber dem ursprünglichen Zustand indifferent werden lassen – und wären danach immer noch bessergestellt⁵⁰⁶. Dass eine solche Kompensation tatsächlich stattfindet, ist nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium nicht erforderlich, sie muss nur (unter Aufrechterhaltung eines Restvorteils für die Begünstigten) prinzipiell möglich sein⁵⁰⁷. Eine Änderung wird somit schon dann als positiv bewertet, wenn sie insgesamt mehr Gewinne als Verluste hervorruft. Relevant ist das Kaldor-Hicks-Kriterium daher vor allem bei Kosten-/Nutzen-Analysen zur

501 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 48; *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Kap. 1, A. I. 2.a); *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 26.

502 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 48; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 25.

503 *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 25.

504 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49, verweist darauf, dass dadurch »die staatlichen Handlungsspielräume sehr eingeengt« werden. »Es ist schwer, sich ein konkretes Vorhaben vorzustellen, daß sich nicht mindestens für ein Individuum nachteilig auswirkt.«.

505 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 51; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 32.

506 *Cooter/Ulen*, Law & Economics, S. 48; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 51; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 32.

507 *Cooter/Ulen*, Law & Economics, S. 48; *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 134, der unterstreicht, dass ohne einen tatsächlichen Ausgleich der »Gerechtigkeitsgehalt dieses Effizienzkriteriums – im Sinne von Verteilungsgerechtigkeit – in Frage« stehe; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 51. Käme es tatsächlich zu einer Entschädigung der Schlechtergestellten, läge bereits Pareto-Effizienz vor, *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 32.

Evaluierung staatlicher Maßnahmen⁵⁰⁸. Dabei erfüllt eine staatliche Maßnahme das Kaldor-Hicks-Kriterium und ist damit unter Effizienzgesichtspunkten wohlfahrtsökonomisch zu befürworten, wenn der in Geld bewertete Gesamtnutzen die in Geld gemessenen Gesamtkosten überwiegt⁵⁰⁹. Weiterer und hier vorrangig interessierender Anwendungsfall des Kaldor-Hicks-Kriteriums ist im Rahmen der ökonomischen Analyse des Rechts die Beurteilung rechtlicher Regeln. Auch diese werden im Zuge einer Kosten-/Nutzen-Analyse daraufhin überprüft, ob der Saldo ihrer in Geldeinheiten zu errechnenden Vor- und Nachteile positiv ist oder ob gegebenenfalls andere Regeln aus ökonomietheoretischer Sicht zu einem besseren Ergebnis, d.h. zu einem vergleichsweise höheren Gesamtnutzen führen⁵¹⁰. Es ist evident, dass sich hier vor allem bei dem in Geldeinheiten zu quantifizierenden Gesamtnutzen ein ähnliches Problem ergibt wie bei der kardinalen (also in einem Zahlenwert anzugebenden) Nutzenmessung im Utilitarismus⁵¹¹. Die erforderliche monetäre Bewertung von Vor- und Nachteilen führt mithin zu einem erheblichen Wertungs- und Messungsproblem⁵¹².

Die vorstehend skizzierte Anwendung der Effizienzkriterien auf das Recht ist deshalb – natürlich auch wegen des teilweise vertretenen ausschließlichen Geltungsanspruchs und des dadurch hervorgerufenen Gerechtigkeitsdefizit des Effizienzziels – auf massive Kritik gestoßen⁵¹³. Auf diese Kritik an der effizienzorientierten ökonomischen Analyse des Rechts wird im Zuge der Diskussion der nachfolgend vorzustellenden ökonomietheoretischen Rechtfertigungsansätze einzugehen sein.

508 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 51; Schäfer/Ott, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 34.

509 Schäfer/Ott, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 34.

510 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 52.

511 Kritisch auch Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 54 und Reich, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Kap. 1, A. I. 2. b); Schäfer/Ott, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 39, die den entscheidenden Unterschied zwischen Nutzeneinheiten und Geldeinheiten betonen.

512 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 54.

513 Namentlich Vertreter der Neuen Institutionenökonomik haben den neoklassischen Effizienzansatz ganz grundsätzlich in Frage gestellt. So möchten ihn Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, S. 553 ff. und 570 ff., gänzlich verwerfen und auf eine quantitative Effizienzmessung verzichten. Sie erwägen stattdessen eine vergleichende Institutionenanalyse und erörtern die Möglichkeit, Effizienz nur als Näherungsgröße zu begreifen und »die Effizienzkriterien lose, qualitativ zu definieren«.

2. Mehrebenenansatz

Ein mögliches ökonomietheoretisches Erklärungsmodell für die Aufgaben urheberrechtlicher Regulierung ist der auf *Carl Christian von Weizsäcker* zurückgehende sog. Mehrebenenansatz.

a) Inhalt und normzweckrelevantes Programm

Der Mehrebenenansatz ist Ausdruck einer sehr abstrakten, wirtschaftstheoretischen Betrachtungsweise. Er unterscheidet drei hierarchische Ebenen des Wirtschaftsgeschehens: als unterste Ebene die des Konsums, als mittlere Ebene die der Produktion und als höchste Ebene die der Innovation⁵¹⁴. Die Aufgabe des Rechts wird in diesem Modell als Mittel zum Schutz von Aktivitäten höherer Ebene gegen solche niedrigerer Ebene verstanden. Insofern erkennt dieser Ansatz an, dass das Urheberrecht auf der Konsum- bzw. Produktionsebene eine partikuläre Wettbewerbsbeschränkung darstellt, um aber auf diese Weise auf der jeweils höheren Hierarchieebene Wettbewerb zu initiieren⁵¹⁵.

b) Kritische Würdigung

Das normzweckrelevante Programm des Mehrebenenansatzes verdient im Prinzip Zustimmung. Zu seinen Vorzügen gehört, dass es den Zusammenhang zwischen statischen Effizienzverlusten, beispielsweise durch die Beschränkung der Produktionsebene (z.B. den verbotenen Nachdruck von Büchern), und dem mittel- bis langfristig zu erwartenden Zugewinn auf der Innovationsebene (dynamische Effizienz) erhellt⁵¹⁶. Ohne auf die einzelnen modelltheoretischen Prämissen näher

514 C. C. v. Weizsäcker, Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftslehre, Eugen von Böhm-Bawerk-Vorlesung gehalten am 02.12.1980 an der Universität Innsbruck, 34 Kyklos, S. 345 ff., 348 ff. (1981). V. Weizsäckers Ansatz prinzipiell folgend: Heinemann, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 14 f.; Lehmann, GRUR Int. 1983, 356, 360; Quaedvlieg, IIC 1998, 420, 428 (»The exclusive right provides a legal monopoly, the aim of which is to stimulate cultural (and scientific) innovation. Copyright from an economic law perspective is thus a restriction of competition at a lower level of production in order to further competition at the higher level of (cultural) innovation.«); Wiebe, GRUR 1994, 233, 242.

515 Lehmann, GRUR Int. 1983, 356, 360 (»Property Rights als Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs«); in diesem Sinne auch Peukert, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Hilty/Peukert, S. 11, 16 f.

516 Dies betont auch Heinemann, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 15.

einzugehen⁵¹⁷, erscheint bereits die Verwendung des »Innovationsbegriffs« nur bedingt übertragbar auf den Bereich des Urheberrechts⁵¹⁸. Der Innovationsbegriff mag für den Bereich der gewerblichen Schutzrechte wie das Patentrecht Anwendung finden, für das Urheberrecht erweist er sich grundsätzlich als zu eng. Schließlich ist hier nicht die Neuheit Schutzvoraussetzung, sondern das Vorliegen einer persönlich-geistigen Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG)⁵¹⁹. Eine Anknüpfung an die Innovation ist dabei auch deshalb problematisch, weil zumindest bei einem postmodernistischen Kunstverständnis nicht ein Fortschrittsziel und damit die Realisierung von etwas Neuem oder Modernem im Mittelpunkt des künstlerischen Bemühens steht⁵²⁰, sondern die radikal pluralistische Rückbesinnung und nicht selten collagehafte Kombination oder auch ironische, zitierende Verwendung bestehender Werke, Traditionen und Stile. Das Innovationsstreben der Moderne lehnt »die« Postmoderne gerade ab; sie ist geprägt von der Annahme, dass in der Kunst nichts Neues mehr zu schaffen ist⁵²¹. Diese Sichtweise lässt sich freilich mit einem kulturoptimistischen Denken kontrastieren, das auch die Schaffung von etwas noch nie Dagewesenem für erreichbar hält. Auch diskutiert man, wie ausgeführt, bereits die Ablösung »der Postmoderne« durch die sog. »Zweite Moderne«⁵²². Folgt man aber einem postmodernistischen Kunstverständnis, der bei aller inhaltlichen Unschärfe wohl vorherrschenden kulturtheoretischen Strö-

- 517 Weitere Voraussetzungen des Mehrebenenansatzes sind etwa freier Marktzutritt und die Möglichkeit des Tauschs. Problematisieren lässt sich gerade für den Bereich des Urheberrechts auch das implizite Anreizparadigma. Letzteres wird unten in Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (3) ohnehin noch zu vertiefen sein.
- 518 Diese Problematik deutet sich bei v. Weizsäcker, Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftslehre, Eugen von Böhm-Bawerk-Vorlesung gehalten am 02.12.1980 an der Universität Innsbruck, 34 Kyklos, S. 345 ff., 358 (1981), an, wenn er feststellt: »Innovationen und technischer Fortschritt sind wohl universelle, in allen Wirtschaftsbereichen auftretende Phänomene; aber sie sind doch nicht gleichmäßig über die Branchen verteilt.«.
- 519 Um dem Vorwurf eines Zirkelschlusses zu entgehen (dass nämlich im Zuge einer Revision der urheberrechtlichen Regelungszwecke auf die geltende Dogmatik abgestellt wird), lässt sich auch rein sachbezogen deskriptiv argumentieren, dass es im Urheberrecht im Gegensatz zum Patentrecht nicht um den Schutz neuartiger technischer Lösungen geht, sondern insoweit um den Schutz des kulturellen Schaffens Kreativer.
- 520 Welsch, Unsere postmoderne Moderne, S. 6, sieht in dieser Abgrenzung zur Moderne des 20. Jahrhunderts ein zentrales Charakteristikum der Postmoderne: »Sie führt die Moderne fort, aber sie verabschiedet den Modernismus. Sie läßt die Ideologie der Potenzierung, der Innovation, der Überholung und Überwindung, sie läßt die Dynamik der Ismen und ihrer Akzeleration hinter sich.«.
- 521 Theoretiker der Postmoderne sind u.a. Lyotard, Das postmoderne Wissen, S. 13 ff. und Foucault, Schriften zur Literatur, passim, instruktiv Fink-Eitel, Foucault zur Einführung, S. 1 ff., der zumindest als einer ihrer Wegbereiter gilt; eine überblicksartige Darstellung zum problematisch diffusen Begriff der Postmoderne findet sich u.a. bei Welsch, Unsere postmoderne Moderne, S. 1 ff. Näher dazu auch vorne in Kap. 3 A. III.
- 522 Klotz, in: Die Zweite Moderne, Eine Diagnose der Kunst der Gegenwart, S. 9 ff., möchte insbesondere in den Medienkünsten mit ihren erweiterten Darstellungsmöglichkeiten den Aufbruch zu einer neuen Avantgarde erkennen; in dem auch von Klotz hg. Sammelband finden sich zahlreiche weitere Diskussionsbeiträge zum Begriff der »Zweiten Moderne«.

mung der vergangenen Jahrzehnte⁵²³, dann erweist sich der Innovationsbegriff als denkbar ungeeignet für den Bereich des Urheberrechts.

Andererseits ist der Innovationsbegriff natürlich über die Maßen dehnbar⁵²⁴. So lässt sich rein semantisch aus dem vom lateinischen »innovatio« (= Erneuerung, Veränderung) abgeleiteten wirtschaftlichen oder soziologischen Innovationsbegriff, also der Realisierung einer neuartigen, fortschrittlichen Lösung für ein bestimmtes Problem (beispielsweise der Einführung eines neuen Produkts oder der Anwendung eines neuen Verfahrens), der Bogen spannen zu Fortschritt und allgemeiner Erneuerung, also auch kultureller Neuerung und Veränderung. Und selbstverständlich lässt sich den angeführten Einwänden theoretisch durch eine terminologische Erweiterung der höchsten Hierarchieebene begegnen, so dass dann neben die Innovation das pluralistische kreative Schaffen träte. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Einfachheit dieses Modells zugleich seine größte Schwäche ist. Die für das Urheberrecht nur bedingt belastbare Terminologie⁵²⁵ und die holzschnittartige Differenzierung bieten zwar ein anschauliches Erklärungsmodell für die Gewährung gewillkürter Immaterialgüterrechte insbesondere im technischen Bereich, erweisen sich aber – ganz abgesehen von der fehlenden Operationalisierbarkeit des Modells für die konkrete Ausgestaltung des UrhG – als zu unspezifisch und grob für das Urheberrecht⁵²⁶. Der in dem Paradoxon »Wettbewerbsbeschränkung zur Wettbewerbsförderung« bereits implizit vorausgesetzte Anreizgedanke (der freie Konsum und die freie Produktion werden beschränkt, damit sich erwünschte innovative Tätigkeit entfaltet⁵²⁷) ist indes Kernelement des klassisch zu nennenden Anreizparadigmas, das nachfolgend als eigenständiger Rechtfertigungsstrang einer näheren Untersuchung zugeführt wird.

523 Die zeitliche Eingrenzung ist umstritten, *Welsch*, Unsere postmoderne Moderne, S. 10: »In den USA, wo die Debatte begann, bezog sie sich ursprünglich auf Phänomene der fünfziger Jahre. Als man in Europa nachzog – so ab 1970 und im Blick auf Phänomene der siebziger Jahre –, da stand im *New Yorker* bereits zu lesen, der Postmodernismus sei out (...)«.

524 Ausführlich zur Bedeutungsvielfalt des Innovationsbegriffs *Hauschildt*, Facetten des Innovationsbegriffs, in: Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, Hg. v. *Hoffmann-Riem/Schneider*, S. 29 ff.

525 Die Begriffe Produktion und Konsum lassen sich gleichfalls problematisieren, blenden sie doch einerseits das Moment der Verbreitung und andererseits die aktiv-schöpferische Partizipation neben dem passiven Konsum aus.

526 Vgl. *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 15; auch *Wiebe*, GRUR 1994, 233, 242, mahnt eine weitere Differenzierung des Modells an.

527 *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356, 361.

3. Traditioneller Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung

a) Inhalt und normzweckrelevantes Programm

Vor allem die US-amerikanische Literatur hat lange Zeit – bedingt durch Art. I, Section 8, Clause 8 der US-Verfassung – die unmittelbare Anreizfunktion des Patent- und Urheberrechts in den Vordergrund gestellt (Anreizparadigma)⁵²⁸. Zweck urheberrechtlicher Regulierung ist es danach, einen unmittelbaren Anreiz zur Schaffung neuer Werke zu setzen. Das Bemühen, durch die in Aussicht gestellte wirtschaftliche Partizipation an der Werknutzung die Unterproduktion von schöpferischen Werken zu vermeiden, korrespondiert auf der anderen Seite mit dem Bestreben, Unternutzung zu verhindern (Verbreitungs- bzw. Nutzungsoptimierung).

aa) Unmittelbarer Anreiz zur Schaffung neuer Werke

Ökonomietheoretischer Hintergrund dafür, dass es überhaupt einer Anreizsetzung bedarf, sei letztlich der Umstand, dass es sich bei kreativ-schöpferischen Geisteswerken um öffentliche Güter handelt⁵²⁹. Öffentliche Güter seien charakterisiert durch ihre »Nicht-Rivalität« und »Nicht-Exklusivität«⁵³⁰.

Nicht rivalisierend sind sie insofern, als dass die Nutzung von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst im Sinne von § 2 UrhG durch eine Person dessen

528 Arrow, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Innovation, in: The Rate and Direction of Inventive Activity, Hg. v. Nelson, S. 609, 614 ff.; Cohen, 97 Mich. L. Rev. 462, 471 (1998); Depoorter/Parisi, 21 Int'l Rev. L. & Econ. 453, 454, Fn. 4 (2002) m.w.N.; Elkin-Koren/Salzberger, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 559 (1999); Gordon, 82 Columbia L. Rev. 1600, 1610 ff. (1982); Lemley, 75 Tex. L. Rev. 989, 993 f. (1997); Netanel, 106 Yale L. J., 283, 308 (1996): «The incentive approach seeks to explicate intellectual property's traditional incentive rationale in economic terms.»; Nimmer-Nimmer, Nimmer on Copyright, Vol. 1, Chapter 1, § 1.03, 1-88 f.; Peukert, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Hilty/Peukert, S. 11, 16; Prosi, Ökonomische Theorie des Buchs, S. 18; Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151, 156 (1975); Valkonen/White, NYU, Law and Economics Research Paper No. 06-15, online verfügbar unter: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=895554>; FormularbeginnFormularendeWatt, Copyright and Economic Theory, S. 3.

529 Statt vieler Gordon, 82 Columbia L. Rev. 1600, 1611 (1982).

530 Allgemein Cooter/Ulen, Law & Economics, S. 46 f. mit dem klassischen Beispiel der Landesverteidigung; Schäfer/Ott, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 108 und 559 mit den Beispielen Leuchtturm und Straßennetz. Teilweise findet sich auch die Auffassung, dass bei der Charakterisierung öffentlicher Güter allein deren Nicht-Rivalität, nicht aber zusätzlich auch deren Nicht-Exklusivität maßgeblich sein soll, so Demsetz, 13 J. L. & Econ. 293, 295 (1970); oder Boyle, 53 Vand. L. Rev. 2007, 2015 (2000). Vorliegend soll gleichwohl der weiten Definition öffentlicher Güter gefolgt werden, die Nicht-Rivalität und Nicht-Exklusivität verlangt.

parallele Nutzung durch eine andere Person nicht ausschließt⁵³¹. Durch eine Nutzung wird dieses immaterielle Gut nicht aufgebraucht und sein Nutzwert für Dritte nicht beeinträchtigt⁵³². Anders ist dies bei körperlichen Gütern. Bei diesen kann die gleichzeitige Nutzung durch mehrere Personen den Nutzwert schmälern und das Gut verbrauchen. Klassisches Beispiel ist die von mehreren Personen unreguliert genutzte Allmende (also z.B. die von einer Dorfgemeinschaft gemeinsam genutzte Weidefläche), die zu einer stärkeren Ausbeutung, sprich: Übernutzung, führen kann, als dies ökonomisch sinnvoll sein mag (sog. »Tragedy of the Commons«)⁵³³.

Das Merkmal der »Nicht-Exklusivität« trifft auf Geisteswerke demgegenüber dann zu, wenn es nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten möglich ist, diejenigen Nutzungswilligen auszuschließen, die für die Nutzung nicht zahlen⁵³⁴. Jedenfalls im analogen Bereich wird dieses Kriterium durch Geisteswerke erfüllt. Sobald der Urheber sein Geistesprodukt der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hat, hat er, solange ihm keine rechtlichen Kontrollmöglichkeiten gegeben sind, faktisch kaum noch die Möglichkeit, andere von der Nutzung auszuschließen. Anders mag sich unter Umständen die Situation im digitalen Bereich darstellen. Hier kann der Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen dazu führen, dass der Urheber bzw. der Verwerter eine stärkere Zugangs- und Nutzungskontrolle erreichen kann und sich digitale Inhalte zunehmend von einem nicht-exklusiven zu einem exklusiven Gut wandeln⁵³⁵. Auf diese durch den technischen Wandel ausgelöste Infragestellung des zentralen Theoriebausteins der Nicht-Exklusivität wird im Rahmen der kritischen Würdigung einzugehen sein. Ein Unterschied zu

531 Voraussetzung dafür ist freilich, dass man zwischen dem immateriellen Geisteswerk und dessen Verkörperung z.B. in einem Buch differenziert. Anders ist die Situation dann zu beurteilen, wenn das immaterielle Geisteswerk beispielsweise nur in einem Originalwerkstück verkörpert ist. In diesem Fall ist die Nicht-Rivalität faktisch irrelevant. Gerade im digitalen Umfeld lässt sich aber die umgekehrte Tendenz beobachten. Hier sind geistige Schöpfungen immer weniger an ein bestimmtes Trägermedium gebunden. Die durch die digitalen Vervielfältigungsmöglichkeiten erleichterte potentielle Ubiquität von Geisteswerken führt in Zeiten des Internet vielmehr zu einer allgegenwärtigen, vom Trägermedium losgelösten Nutzungsoption; dazu auch *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ., 553, 559 (1999); *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 13, Fn. 9.

532 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 284 ff.; *Cooter/Ulen*, Law & Economics, S. 46 f., definieren »nonrivalrous consumption« so: »consumption of a public good by one person does not leave less for any other consumer«; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 108.

533 *Hardin*, The Tragedy of the Commons, 162 Science, 1243 ff. (1968); *Lehmann*, Bürgerliches Recht und Handelsrecht, S. 35 ff. mit einem weiteren Beispiel.

534 *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 108 und 559.

535 Eingehend dazu *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 289 ff.; *Benkler*, 53 Vand. L. Rev. 2063, 2065 (2000); *Burk*, 21 Cardozo L. Rev. 121, 168 (1999); *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 560 (1999); *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 14.

körperlichen Gütern, an dem nicht zu rütteln ist und der im Übrigen einer Gleichsetzung des »Geistigen Eigentums« mit dem Sacheigentum entgegensteht, ist in jedem Fall aber die Nicht-Rivalität, also die »unerschöpfliche« parallele Nutzbarkeit immaterieller Güter⁵³⁶.

Im Ergebnis führt der Umstand, dass Dritte das Geisteswerk als öffentliches Gut nutzen können, ohne dafür zu zahlen, zu einem Marktversagen⁵³⁷. Denn wenn zahlungsunwillige Dritte nur schwierig oder unter hohem Kostenaufwand von einer Nutzung ausgeschlossen werden können, tauchen sog. »free rider« auf. Je mehr dieser Trittbrettfahrer ein (immaterielles) Gut aber nutzen, ohne dafür zu bezahlen bzw. ohne ihre Präferenz für dieses Gut kundzutun, desto weniger öffentliche Güter werden nach Maßgabe des ökonomischen Verhaltensmodells angeboten⁵³⁸. Um dem entgegenzuwirken, bedürfte es der Gewährung einer Ausschlussmöglichkeit, also eines Ausschließlichkeitsrechts, das die unerwünschten Folgen der Nicht-Exklusivität minimiert. Dieses Recht solle Urhebern die wirtschaftliche Partizipation an der Werknutzung durch die Einforderung von Nutzungsentgelten ermöglichen und sie so zur Produktion neuer Werke anspornen⁵³⁹. Zugleich böte erst dieses Ausschließlichkeitsrecht Verwertern die Aussicht, die von ihnen in die Produktion und Distribution von immateriellen Gütern getätigten Investitionen zu amortisieren. Dieser monetäre Anreiz sei somit erforderlich, um solche Investitionen zu stimulieren. Inwieweit ein solches Anreizinstrumentarium funktioniert und überhaupt erforderlich ist und ob nicht möglicherweise auch andere Refinanzierungsstrategien und damit Anreizsysteme existieren, wird im Rahmen der kritischen Würdigung dieses Ansatzes zu untersuchen sein.

536 Dazu *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 14.

537 Der Begriff »Marktversagen« bezeichnet Konstellationen, in denen der Markt alleine nur suboptimale, unvollkommene Ergebnisse zeitigt. Ursachen für ein solches Marktversagen können sein: das Vorhandensein von Monopolstellungen bzw. allgemein von Marktmacht, das Bestehen externer Effekte, öffentlicher Güter oder asymmetrischer Informationslagen, *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, S. 44 ff.; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 107 ff.

538 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 286 f.; *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 *Int'l Rev. L. & Econ.*, 553, 559 (1999); *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 108, *Watt*, *Copyright and Economic Theory*, S. 3 ff.

539 *Cohen*, 97 *Mich. L. Rev.* 462, 471 (1998); *Depoorter/Parisi*, 21 *Int'l Rev. L. & Econ.* 453, 454, Fn. 4 (2002) mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 *Int'l Rev. L. & Econ.*, 553, 559 (1999); *Gordon*, 82 *Columbia L. Rev.* 1600, 1602 und 1610 ff. (1982); *Lemley*, 75 *Tex. L. Rev.* 989, 993 ff. (1997).

Zuvor ist jedoch der Blick zu richten auf die von den meisten Vertretern dieses Ansatzes hervorgehobene Kehrseite der Anreizgewährung⁵⁴⁰. So verringert sich durch die vom Urheberrecht erhoffte Anreizwirkung zwar möglicherweise der Wohlfahrtsverlust durch Unterproduktion, dieser positive Effekt korrespondiert aber mit einem Wohlfahrtsverlust durch Unternutzung, weil für einige potentielle Nutzer das für die Werknutzung geforderte Entgelt zu hoch sein mag⁵⁴¹. Dadurch unterbleiben zusätzliche Nutzungen, obwohl diese aufgrund der Nicht-Rivalität immaterieller Güter den Nutzwert für Dritte an sich nicht schmälern würden⁵⁴². Potentielle Nutzer werden durch das Urheberrecht also ineffizienter Weise daran gehindert, voll von der Nicht-Rivalität immaterieller Güter zu profitieren⁵⁴³. Dies ist der Preis für die erhofften positiven Schutzwirkungen des Urheberrechts. Das Urheberrecht beseitigt mit anderen Worten also das auf der Nicht-Exklusivität immaterieller Güter beruhende Marktversagen nur unter Inkaufnahme einer sub-optimalen Verbreitung bestehender Werke.

Abgesehen davon führt die urheberrechtliche Schutzgewährung zu weiteren Nachteilen. Zum einen entstehen Kosten durch die Errichtung, Durchsetzung und Revision des urheberrechtlichen Schutzsystems⁵⁴⁴. Weitaus bedeutsamer aber noch sind die sogenannten »costs of expression«⁵⁴⁵. Dies sind die Kosten, die bei der Erzeugung neuer sowie der Nutzung und Bearbeitung bestehender Werke auftreten. Diese Vorgänge fallen häufig zusammen, denn kreatives Werkschaffen erfolgt nicht aus dem Nichts, vielmehr baut der kreativ Tätige in aller Regel bewusst

- 540 Fisher, 101 Harv. L. R. 1659, 1700 ff. (1988); *Koboldt*, Property Rights und Urheberschutz, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Hg. v. *Ott/Schäfer*, S. 69, 76; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 996 ff. (1997); *Landes/Posner*, 18 Journal of Legal Studies 325, 326 (1989); *Sterk*, 94 Mich. L. Rev. 1197, 1204 ff. (1996); *Watt*, Copyright and Economic Theory, S. 11 ff.
- 541 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 298 f.; *Cohen*, 53 Vand. L. Rev. 1799, 1801 (2000); *Koboldt*, Property Rights und Urheberschutz, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Hg. v. *Ott/Schäfer*, S. 69, 76: »Der urheberrechtliche Schutz verringert den »social welfare loss due to underproduction« unter Inkaufnahme eines »social welfare loss due to underutilization«; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 996 (1997); *Novos/Waldman*, 92 The Journal of Political Economy, 236, 240, 244 (1984).
- 542 *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 17.
- 543 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 298, Fn. 1562; *Gordon*, Systemische und fallbezogene Lösungsansätze für Marktversagen bei Immaterialgütern, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Hg. v. *Ott/Schäfer*, S. 328, 334.
- 544 *Benkler*, Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Landes/Posner*, 18 Journal of Legal Studies 325, 326 (1989); *Landes/Posner*, The Economic Structure of Intellectual Property Law, S. 18 ff.
- 545 Dieser Terminus wurde geprägt durch *Landes/Posner*, 18 Journal of Legal Studies 325, 326 f. und 335 (1989).

oder unbewusst auf bestehenden Werken auf⁵⁴⁶. Das Urheberrecht schränkt den dafür erforderlichen Zugang zu bestehenden Werken ein und macht etwaige Umgestaltungen oder Bearbeitungen von der Einwilligung des Urhebers abhängig⁵⁴⁷. Auf diese Weise entstehen Such-, Informations- und Verhandlungskosten zu Lasten Nutzungswilliger, die diese von einer potentiellen Nutzung respektive Bearbeitung abhalten können bzw. sie in ihrem kreativen Schaffensprozess behindern. Hierin besteht das zentrale Dilemma urheberrechtlicher Regulierung⁵⁴⁸. Je höher das Schutzniveau und je größer dadurch (zumindest theorieimmanent) der Anreiz zur Werkproduktion, desto stärker wird der Zugang zu bestehenden Werken und deren kreativ-schöpferischer Nutzung eingeschränkt⁵⁴⁹.

Vor diesem Hintergrund kommen die Vertreter dieses Ansatzes einhellig zu der Schlussfolgerung, dass es stets die zentrale Aufgabe urheberrechtlicher Regulierung sein müsse, die Anreiz- und Zugangsgewährung auszubalancieren⁵⁵⁰. Urheberrechtlicher Schutz für Urheber und Verwerter ist deshalb nach dieser Auffassung nur insoweit gerechtfertigt, wie die positiven Effekte der Anreizgewährung die damit verbundenen Nachteile der Zugangsbeschränkung überwiegen. Aus Sicht der Vertreter des »incentive-access-Paradigmas« verbietet es sich daher, von einem *per se* hohen Schutzniveau auszugehen⁵⁵¹. Vielmehr sind auf der Basis dieses Ansatzes bei der Ausgestaltung des Urheberrechts stets auch die Belange der kreativ-schöpferischen Nutzer als künftigen Urhebern ausreichend zu berücksichtigen.

546 Häufig wird in diesem Zusammenhang eine *Newton* zugeschriebene (bzw. zumindest auch von ihm verwendete) Äußerung bemüht: »If I have seen further it is by standing on the shoulder of giants.« (zitiert nach *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 997, Fn. 30 (1997)). Dazu auch *Landes/Posner*, 18 Journal of Legal Studies 325, 332 f. (1989).

547 Siehe etwa § 23 UrhG. Dazu *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 18; *Sterk*, 94 Mich. L. Rev. 1197, 1207. (1996).

548 *Koboldt*, Property Rights und Urheberschutz, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Hg. v. *Ott/Schäfer*, S. 69, 76; *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 20.

549 Vgl. *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 20: »In dem Maße, wie die Schaffung künftiger Werke gefördert wird, wird die Verbreitung bestehender und mittelbar auch die Erzeugung neuer Geistesprodukte gehemmt.«

550 *Benkler*, Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Cohen*, 53 Vand. L. Rev. 1799, 1801 (2000); *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 100 (1997); *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1659, 1703 (1988); *Kreiss*, 43 UCLA L. Rev. 1, 4 (1995); *Landes/Posner*, 18 Journal of Legal Studies 325, 326 und 335 (1989); *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 996 f. (1997); *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 20; *Watt*, Copyright and Economic Theory, S. 12.

551 *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 20.

sichtigen, die Verbreitung und kreativ-schöpferische Nutzung bestehender Werke also zu optimieren⁵⁵².

b) Kritische Würdigung

Der große Vorzug dieses Ansatzes ist zweifelsohne, dass er von vornherein die negativen Schutzwirkungen des Urheber-Schutzes berücksichtigt und dem Schutz der Nutzerinteressen eine hervorgehobene Bedeutung beimisst. Auf Grundlage dieses Ansatzes lässt sich mithin ohne Weiteres ein erweitertes Normzweckkonzept rechtfertigen, das nicht nur den Schutz der Interessen von Urhebern und Rechteinhabern, sondern gleichberechtigt auch der kreativ-schöpferischen Nutzer einfordert. Allerdings weist das traditionelle incentive-access-Paradigma erhebliche Schwächen auf, auf die näher einzugehen ist, da sie den Rückgriff auf dieses Erklärungsmodell in Frage stellen. Die vielfältige Kritik am traditionellen Ansatz der Anreiz- und Zugangs- bzw. Nutzungsoptimierung lässt sich gliedern in Kritikpunkte, die sich konkret auf einzelne Theorieprämissen beziehen wie zum Beispiel das ökonomische Effizienzziel und methodologische Kritikpunkte, die eher auf die problematische Operationalisierbarkeit und den Stellenwert der ökonomischen Analyse des Urheberrechts als Gesetzgebungstheorie abzielen.

aa) Kritik an Theorieprämissen

Die Kritik an den einzelnen modelltheoretischen Annahmen lässt sich weiter unterteilen in kritische Stimmen, die in Frage stellen, ob es überhaupt urheberrechtlichen Schutzes zur Anreizschaffung bedarf, oder ob nicht möglicherweise alternative Anreizmechanismen (dazu unter (1)) und Möglichkeiten des Urheber- bzw. Verwerter-schutzes (z.B. in Gestalt technischen Schutzes, dazu unter (2)) existieren, die den urheberrechtlichen Schutz überflüssig werden lassen. Weitere Kritik nährt sich aus dem Zweifel, ob das Urheberrecht überhaupt die von ihm erhoffte Anreizwirkung entfaltet (dazu unter (3)) sowie den Bedenken, die durch den normativen Geltungsanspruch des ökonomischen Effizienzziels ausgelöst werden (dazu unter (4)).

552 *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1083 f. (1997); *Watt*. Copyright and Economic Theory, S. 13: «It is of extreme importance to point out clearly that the debate on efficient copyright protection takes explicitly into account the welfare of copyright users (...) and the utility that consumption of the creations implies for the final consumers, and not only the financial interests of the creators.».

(1) *Erforderlichkeit des Urheberrechts angesichts alternativer Anreizmechanismen*

In der Literatur finden sich zahlreiche kritische Stimmen, die die Notwendigkeit urheberrechtlichen Schutzes aus den verschiedensten Gründen *per se* oder teilweise ablehnen⁵⁵³. Viele von ihnen bestreiten, dass eine Anreizschaffung mittels der Gewährung urheberrechtlichen Schutzes überhaupt erforderlich ist, denn ihrer Ansicht nach existieren andere Strategien, Anreizmechanismen und generelle Alternativen zum Urheberrecht, um auf das (zudem in Frage gestellte) Charakteristikum der Nicht-Exklusivität immaterieller Güter zu reagieren.

Früh wurde etwa für den Büchermarkt die Frage aufgeworfen, ob das Urheberrecht an sich oder zumindest mit einer hohen Schutzintensität als Anreiz für kreatives Werkschaffen benötigt werde. So brachte *Plant* bereits 1934 den Gedanken in die urheberrechtliche Diskussion ein, dass ein gewisser Zeitvorsprung bei der Werkverwertung grundsätzlich ausreichend sei, um Urhebern und Verlegern ein Einkommen zu ermöglichen und damit einen Anreiz zur Werkproduktion zu geben⁵⁵⁴. Urheber und Verleger seien nicht zwingend auf einen speziellen urheberrechtlichen Schutz angewiesen, wie auch das Beispiel englischer Schriftsteller belege, die mit ihren Werken im 19. Jahrhundert in den USA offenbar teilweise höhere Einnahmen erzielten als in ihrem Heimatland, obwohl sie für ihre Werke in den USA – im Gegensatz zu ihrem Herkunftsland – seinerzeit keinen urheberrechtlichen Schutz erhielten⁵⁵⁵. *Plant* kam im Ergebnis zu einer überaus kritischen Beurteilung des Copyright-Systems und forderte namentlich eine erhebliche Ver-

553 *Breyer*, 84 Harv. L. Rev. 281, 321 ff. (1970), der nur schwache Argumente für den Erhalt des urheberrechtlichen Schutzsystems sieht und sich bereits 1970 gegen dessen weitere Expansion wandte; *Hurt/Schuchman*, 56 The American Economic Rev. 421, 425 ff. (1966); *Palmer*, 12 Hamline L. Rev. 261, 303 f. (1989), der Urheber- und Patentrecht als »unjustifiable interventions into voluntary market processes« qualifiziert; *Plant*, 1 *Economica* 167, 191 f. (1934); *Yen*, 52 Ohio St. L. J. 1343 ff. (1991).

554 *Plants*, 1 *Economica* 167, 171 (1934), Beitrag kann als die erste (historisch-) ökonomietheoretische Untersuchung urheberrechtlichen Schutzes bezeichnet werden, so auch *Haller*, Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie, S. 196 und *Handke/Stepan/Towse*, Development of the Economics of Copyright, S. 373, 375. Zu ihren Vorzügen gehört, dass sie zwischen den nicht selten divergierenden Interessen von Urhebern und Verwertern differenziert, ein Aspekt, der in der jüngeren ökonomietheoretischen Literatur oft vernachlässigt wurde, wie auch *Haller*, Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie, S. 196, beklagt.

555 *Plant*, 1 *Economica* 167, 172 f. (1934). Dies war u.a. dadurch möglich, dass amerikanische Verleger von ausländischen Autoren vorab Originalmanuskripte (»advance sheets«) erwarben, um auf diese Weise den entscheidenden Zeitvorsprung gegenüber ihren Konkurrenten zu sichern. Dieses verlegerische Geschäftsmodell wurde weiter gestützt durch stillschweigende Absprachen unter den großen Verlagshäusern, die von einem anderen Verlag veröffentlichten Werke nicht zu kopieren. Bei Zuwiderhandlungen wurden deutlich billigere Kampfausgaben (»fighting editions«) auf den Markt geworfen, um den Konkurrenten auszuschalten.

kürzung der Schutzfrist⁵⁵⁶. *Breyer* nahm *Plants* »lead-time-Argumentationsstrang« auf und gelangte gleichfalls zu dem Resultat, dass Urheber und Verleger auch in Abwesenheit urheberrechtlichen Schutzes aufgrund des zeitlichen Vorsprungs gegenüber ihren Kopisten finanzielle Gewinne aus der Verwertung eines Werkes erzielen könnten⁵⁵⁷. Diese Gewinnaussicht genüge in vielen Fällen als Anreiz für kreativ-schöpferisches bzw. verlegerisches Tätigwerden⁵⁵⁸. Laut *Breyer* würde eine Abschaffung des Urheberrechts im Ergebnis nur zu einem geringfügigen Gewinnrückgang der Verleger führen. Die in einigen Marktsegmenten zurückgehende Bücherproduktion würde für die Nutzer durch geringe Preise und bessere Verbreitung aufgewogen, weshalb aus *Breyers* Sicht nur schwache Argumente für den Erhalt des Urheberrechts sprächen⁵⁵⁹.

Letztlich kann dieses von *Plant*, *Breyer* und anderen vorgebrachte »lead-time-Argument« gegen die Notwendigkeit der Anreizschaffung mittels des Urheberrechts nicht überzeugen⁵⁶⁰. So begründet *Breyer* den seiner Auffassung nach Ausschlag gebenden Zeitvorsprung im Jahr 1970 im Einzelnen damit, dass der (»Raub«)-Kopierer sechs bis acht Wochen für Auswahl, Druck und Distribution des von ihm nachgedruckten Buchs benötige⁵⁶¹. In Zeiten von digitalen Vervielfältigungsmöglichkeiten und Online-Vertriebswegen wird dieser Zeitvorsprung des Erstveröffentlichenden aber marginalisiert und bietet nur unzureichende Gewinnrealisierungschancen für Urheber und Verleger⁵⁶². Auch lassen sich die für die Verwertung von Sprachwerken getroffenen Aussagen nur begrenzt auf

556 *Plant*, 1 *Economica* 167, 194 f. (1934), schlug (bezogen auf den urheberrechtlichen Schutz von Sprachwerken bzw. »Büchern«) anstelle von seinerzeit 25 Jahren post mortem auctoris eine Schutzdauer von fünf Jahren ab Erstveröffentlichung vor.

557 *Breyer*, 84 *Harv. L. Rev.* 281, 299 ff. (1970). Allgemein zu *Breyers* früher Kritik an der urheberrechtlichen Schutzexpansion *Gordon*, 41 *Stan. L. Rev.* 1343, 1401 f. (1989) und *Haller*, Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie, S. 196 ff. Eine ähnliche Argumentation bemühen *Hurt/Schuchman*, 56 *The American Economic Review* 421, 427 (1966); *Palmer*, 12 *Hamline L. Rev.* 261, 295 (1989) sowie in jüngerer Zeit auch *Boldrin/Levine*, 92 *The American Econ. Rev.* 209 ff. (2002); Dazu auch *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 30.

558 Dies kann freilich kaum für Publikationen mit hohen Fixkosten und langen Amortisationszeiträumen gelten, siehe dazu aber *Breyer*, 84 *Harv. L. Rev.* 281, 302 ff. (1970).

559 *Breyer*, 84 *Harv. L. Rev.* 281, 309 ff., 321 ff. (1970), der insgesamt gleichwohl eine Abschaffung des Urheberrechts nicht für erforderlich hält. Als Gründe führt *Breyer* (a.a.O., S. 322) u.a. an: fehlende empirische Belege für seine Thesen, verbleibendes Schutzbedürfnis für »high cost, high volume books« sowie die bei Urhebern und Verlegern zu befürchtenden »demoralization costs«, da diese ihr Verhalten auf das bestehende Schutzsystem ausgerichtet hätten. *Breyer*: »(...) the case for copyright in books rests not upon proven need, but rather upon uncertainty as to what would happen if protection were removed.«.

560 So im Ergebnis auch *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Diss. München 2003, 1. Kap. B. I. 3. a) aa) (1). Kritisch auch *Haller*, Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie, S. 198.

561 *Breyer*, 84 *Harv. L. Rev.* 281, 300 (1970).

562 *Breyers* Argument ablehnend auch *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 7, Rn 14, Fn. 21; *Towse*, Creativity, Incentive and Reward, S. 11: »What Plant could not foresee was that lead time in copying, which in his day (1934) no doubt lasted months for books,

andere Werkarten übertragen und können deshalb auch nicht pauschal gegen die urheberrechtliche Schutzgewährung verwendet werden⁵⁶³. Das urheberrechtliche Anreizparadigma wird also zumindest durch diesen Einwand nicht erschüttert.

Palmer ist in seiner Kritik am Anreizparadigma noch einen Schritt weiter gegangen⁵⁶⁴. Er kritisiert die dem »incentive-access-Ansatz« zugrundeliegende Annahme⁵⁶⁵, dass der »Verkauf von Kopien« typischerweise die einzige Einnahmequelle und damit Anreizmöglichkeit für Urheber und Verwerter darstelle⁵⁶⁶. Seiner Ansicht nach bieten sich diverse alternative Strategien an, um auch in Abwesenheit urheberrechtlichen Schutzes auf potentielle »Free-Rider« und die dadurch hervorgerufene Anreizproblematik zu reagieren. *Palmer* verweist insbesondere auf werbefinanzierte Refinanzierungsstrategien, die Option einer technisch oder rein vertraglich abgesicherten Verwertung nicht-exklusiver Güter oder die Vermarktungsmöglichkeit, nicht-exklusive Güter mit exklusiven Gütern zu koppeln⁵⁶⁷. In Anbetracht dieser Alternativen stellt *Palmer* die Notwendigkeit urheberrechtlicher Anreizgewährung ganz grundsätzlich in Frage⁵⁶⁸.

Positiv zu bewerten ist *Palmer*s urheberrechtskritischer Beitrag insofern, als dass er die bisweilen sehr theoretisch und nicht selten losgelöst vom tatsächlichen Marktgeschehen geführte, urheberrechtliche Incentive-Debatte um zu Unrecht vernachlässigte alternative Anreizmechanismen bereichert hat⁵⁶⁹. Sein Pochen darauf, dass es zahlreiche andere Refinanzierungs- und Vermarktungsstrategien

would, 30 years later, be reduced to hours and 50 years later to minutes, even seconds. The acceleration of developments of copying technology of all kinds (...) has completely wiped out the possibility of relying on lead time as a barrier to entry and an advantage in the market.«. Zwei Jahre später formuliert dieselbe Autorin interessanterweise zurückhaltender, *Towse*, Copyright and Cultural Policy for the Creative Industries, in: Economics, Law and Intellectual Property, Hg. v. *Granstrand*, S. 419, 436: »Although the development of copying technologies has considerably reduced lead time as an effective business strategy in the creative industries, it nevertheless still has a role to play«.

563 *Haller*, Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie, S. 196 und 198.

564 *Palmer*, 12 *Hamline L. Rev.* 261, 287 ff. (1989).

565 *Landes/Posner*, 18 *Journal of Legal Studies* 325, 327 (1989): »For a new work to be created the expected return – typically, and we shall assume exclusively, from the sale of copies – must exceed the expected cost«.

566 *Palmer*, 12 *Hamline L. Rev.* 261, 277 (1989).

567 *Palmer*, 12 *Hamline L. Rev.* 261, 287 ff. (1989). Letztere Variante ist natürlich dann besonders erfolgsversprechend, wenn sie mit einer vertikalen Integration von Unternehmen der Unterhaltungs- und Geräteindustrie einhergeht. Auch *Varian*, 19 *Journal of Economic Perspectives* 121, 134 ff. (2005), führt diverse »business models« an, »that might work in a world without effective copyright.«.

568 *Palmer*, 12 *Hamline L. Rev.* 261, 303 f. (1989): »Patents and copyrights, (...), are unjustifiable interventions into voluntary market processes.«.

569 *Palmer*, 12 *Hamline L. Rev.* 261, 286 (1989), merkt treffend an: »Decisions regarding the proper method of providing goods for markets, including the appropriate means of exclusion of potential free riders, are, fortunately, made by entrepreneurs, who are alert to finding ways of exploiting such profit opportunities, rather than by economists, whose interest is often merely academic.«.

gibt, mittels derer Urheber sowie die Kultur- bzw. Unterhaltungsindustrie Einnahmen erzielen können, die wiederum neues Werkschaffen und Investitionen stimulieren, ist auf den ersten Blick durchaus geeignet, berechnete Zweifel an der Notwendigkeit einer Anreizgewährung durch das Urheberrecht aufkommen zu lassen. Aus den verschiedensten Gründen kann *Palmer* mit seiner Kritik dennoch nicht überzeugen. So steht beispielsweise sein Argument der werbebasierten Bereitstellung von Inhalten zumindest im Bereich der traditionellen Medien auf tönernen Füßen, denn diese haben mit einem enormen Rückgang der Werbeeinkünfte zu kämpfen⁵⁷⁰. Zugleich ist das Geschäftsmodell vieler werbefinanzierter Fernsehsender zunehmend durch technisch verbesserte Filtermöglichkeiten in Gefahr. Digitale Festplatten- oder Onlinerecorder erlauben eine zeitliche versetzte (sog. »time-shifting«) und von Werbeunterbrechungen »bereinigte« Wiedergabe der gesendeten Programminhalte⁵⁷¹. Dies ist einer der Gründe dafür, warum gegenwärtig in Deutschland bislang werbefinanzierte Fernsehsender auf eine Verschlüsselung ihres digital per Satellit ausgestrahlten Programms drängen, um so in Zukunft Nutzungsentgelte erheben zu können. Der offensichtlich angestrebte Einstieg ins Bezahlfernsehen (»Pay-TV«) ist ein klares Signal, dass eine allein auf Werbeeinnahmen gestützte Bereitstellung kreativer Inhalte von den betroffenen Unternehmen als wenig zukunftssträftig eingestuft wird. Inwieweit werbefinanzierte Refinanzierungsmodelle beispielsweise im Zusammenhang mit Internet-Plattformen wie YouTube⁵⁷², MySpace⁵⁷³ oder Flickr⁵⁷⁴ zukunftsweisend sein können, ist bislang schwer abzuschätzen. Hier bleibt mit Spannung abzuwarten, ob und inwieweit Urheber bzw. Rechteinhaber an den durch Werbeanzeigen generierten Einnahmen der Plattformbetreiber beteiligt werden (können), um sie für sowohl ohne als auch mit ihrer Zustimmung eingestellte Inhalte nutzungsabhängig zu kompensieren. Im Übrigen darf man aber nicht aus den Augen verlieren, dass auch solch werbefinanzierte Refinanzierungsmodelle eine rechtliche Zuweisung des »user generated content« an den Urheber (und sei es auch nur in

570 Die Hauptursache dafür ist, dass sich ein großer Teil der Werbeanzeigen ins Internet verlagert hat. Hinzu kommen konjunkturelle Schwankungen. Einen Überblick über die entsprechenden Branchendaten liefert das vom Verband Deutscher Zeitschriftenverleger (VDZ) angebotene Zahlenmaterial zur Entwicklung der Netto-Werbeeinnahmen (in Mio.) für die Bereiche Publikumszeitschriften, Fachzeitschriften, Zeitungen, TV, Radio und Internet im Zeitraum von 1998-2004, online verfügbar unter <http://www.vdz.de/pages/static/1814.aspx> (zuletzt aufgerufen am 29.08.2006).

571 Allgemein zu diesem Problem »that advertisement-supported content faces a questionable future due to the proliferation of advertisement-deletion technologies in several media« (S. 1788) *Scherb*, 98 Nw. U. L. Rev. 1787, 1794 ff. (2004).

572 Siehe <http://www.youtube.com/>.

573 Siehe <http://www.myspace.com/>.

574 Siehe <http://www.flickr.com/>.

Gestalt eines Vergütungsanspruchs⁵⁷⁵) nicht ersetzen können. Zwar ist durchaus denkbar, dass in den Fällen, in denen die Inhalte mit ausdrücklicher Zustimmung des Kreativen eingestellt werden, eine vertragliche Einigung mit dem Plattformbetreiber für eine wirtschaftliche Partizipation an den Werbeeinnahmen genügt. Problematisch wären evidenterweise aber die voraussichtlich zahlreichen Fälle, in denen Inhalte ohne oder gegen den Willen des Kreativen eingestellt würden. Ohne irgendeine Form urheberrechtlichen Schutz hätte er kaum eine Aussicht auf wirtschaftliche Beteiligung an den durch Werbeanzeigen generierten Einnahmen. Diese Form von Anreizmechanismus könnte das Urheberrecht mithin künftig allenfalls ergänzen, aber nicht vollends substituieren.

Hinsichtlich der von *Palmer* erörterten Koppelung nicht-exklusiver Güter mit exklusiven Gütern ist festzustellen, dass dies zwar in einigen wenigen Bereichen ein Weg sein mag, um Free-Rider auszuschließen⁵⁷⁶. Für die weit überwiegende Zahl geistig-schöpferischer Werke bestehen solche Kombinationsmöglichkeiten jedoch nicht. Auch die Koppelungsstrategie bietet damit keinen vollwertigen Ersatz für die urheberrechtsbasierten Alimentations- und Amortisationsmöglichkeiten. Auf *Palmer*s verbleibendes – und zugleich stärkstes – Gegenargument, nämlich die verbesserten technischen Möglichkeiten der Ausschließbarkeit zahlungsunwilliger Nutzer, wird unten noch näher einzugehen sein (siehe (2)).

Die Anreizschaffung durch Gewährung urheberrechtlichen Schutzes ist aber auch aus anderen Gründen keineswegs die einzig mögliche Antwort, wie auf das durch die Nicht-Exklusivität immaterieller öffentlicher Güter hervorgerufene Marktversagen reagiert werden kann. Eine denkbare Alternative zur urheberrechtlichen Lösung ist beispielsweise die staatliche Subventionierung kreativen Schaffens oder die private Förderung durch Mäzene⁵⁷⁷.

Als klassisches Beispiel für die staatliche Bereitstellung öffentlicher Güter wird gemeinhin die Landesverteidigung bemüht⁵⁷⁸. Aber auch für den Bereich des kreativen Schaffens ist eine »staatliche« Lösung keineswegs fernliegend. In einigen Bereichen geistig-schöpferischen Tätigseins ist eine solche staatliche Unterstützung oder Belohnung sogar ein alltägliches Phänomen. Man führe sich nur die mit öffentlichen Geldern finanzierte Grundlagenforschung oder das System der

575 Vergütungsansprüche versprechen im Gegensatz zu Verbotsrechten zweifellos eher eine flächendeckende Realisierung des hier skizzierten Refinanzierungsmodells. Warum aus diesem und anderen Gründen die Zukunft des Urheberrechts möglicherweise in einem Paradigmenwechsel weg von Property Rules und hin zu Liability Rules zu suchen ist, wird nachfolgend unter Kap. 4 C. I. 4. b) aa) (2) noch vertieft werden.

576 *Varian*, 19 *Journal of Economic Perspectives* 121, 135 (2005), erörtert beispielsweise die Möglichkeit, Musikwerke bzw. den Verkauf von Tonträgern zu koppeln mit Band-Postern, Fanclub-Mitgliedschaften, Band-T-Shirts etc., die jeweils für denjenigen, der einen Song auf illegalem Wege erwirbt, nicht erhältlich sind.

577 Zu den verschiedenen Förderungsmöglichkeiten *Croskery*, 68 *Chi.-Kent L. Rev.* 631, 636 ff. (1993). Befürworter eines staatlichen Belohnungssystems ist etwa *Calandrillo*, 9 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, 301, 355 ff. (1998).

578 *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, S. 46 f.

staatlichen Literaturförderung mit seinen Preisen und Stipendien vor Augen⁵⁷⁹. *Shavell/van Ypersele* haben daher versucht zu zeigen, dass die Subventionierung von Werken bzw. Erfindungen durch den Staat einem Urheber- bzw. Patentrechtssystem überlegen sein kann⁵⁸⁰. Sie untersuchen dafür u.a. ein von ihnen sogenanntes »optional reward system«, bei dem der Urheber oder Erfinder die Option hat, zwischen staatlicher Belohnung (»reward«) und Inanspruchnahme herkömmlicher Urheber- bzw. Patentrechte zu wählen⁵⁸¹. Der Vorzug einer über die Einkommenssteuer finanzierten staatlichen Vergütung sei, dass sich die negativen Effekte

579 Aufschluss darüber, welchen erheblichen Stellenwert die staatliche Literaturförderung in Deutschland einnimmt, gibt eine in der Süddeutschen Zeitung, S. 16, am 8./9. April 2006 unter der Überschrift »Wovon unsere Dichter leben« erschienene Sammlung von 19 Selbstausagen mehr oder weniger etablierter, deutschsprachiger Schriftsteller (darunter *Ingo Schulze, Peter Stamm, Julia Franck, Martin Mosebach, Katja Lange-Müller, Georg Klein, Brigitte Kronauer* u.a.). Diese Umfrage, die freilich kaum als repräsentativ im engeren Sinne bezeichnet werden kann, vermittelt durchaus einen bemerkenswerten Überblick darüber, wie Schriftsteller von oder trotz ihrer urheberrechtlich geschützten Werke leben. Das nur literaturferne Kreise überraschende Ergebnis lautet: Die ganz überwiegende Mehrheit der Befragten lebt nicht von der in aller Regel geringen Beteiligung am Erlös ihrer verkauften Bücher, sondern von Preisen, Stipendien und Lesungen. *Peter Stamm* etwa gab an, dass sich sein Einkommen der letzten sechs Jahre nur zu einem Drittel aus dem Verkauf seiner Bücher generiere, zu einem Drittel aus (zumeist öffentlich finanzierten) Stipendien- und Preisgeldern und zu einem Drittel aus Lesungen. *Ingo Schulze* machte vergleichbare Angaben. Fast ausnahmslos betonten die befragten Schriftsteller die Sinnhaftigkeit und die Bedeutung der staatlichen Literaturförderung für ihr Schreiben. Dieser Befund wird bestätigt durch die jüngsten Ergebnisse einer stichprobenartigen Befragung von 141 deutschen Schriftstellern und literarischen Übersetzern (s. *Dangel/Piorkowsky/Stamm*, Selbstständige Künstlerinnen und Künstler in Deutschland – zwischen brotloser Kunst und freiem Unternehmertum?, hg. v. Deutscher Kulturrat, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, S. 38). Danach haben sich immerhin 80 % der Befragten um verschieden geartete Förderung ihrer schriftstellerischen Tätigkeit bemüht. Unter den Fördermöglichkeiten nehmen die Bemühungen um Stipendien (55,0 %) und Preise (51,4 %) eine klare Spitzenstellung ein. Fazit: Die teils staatliche, teils private Förderung literarischen Schaffens durch Preise und Stipendien ist als ein das Urheberrecht ergänzendes, wenn nicht sogar teilweise überlagerndes und im Zweifel ausschlaggebendes Anreizinstrumentarium bundesdeutsche Realität und von erheblicher Bedeutung für das literarische Schreiben in Deutschland (vgl. nur die Äußerung *Albert Ostermaiers*, Süddeutsche Zeitung, 8./9. April 2006, S. 16, wonach er das Münchener Literaturstipendium als »Ermutigungstreibstoff« in einem Moment erhielt, »als es sich zu entscheiden galt, für oder gegen das Risiko, nicht nur in, sondern auch durch die Literatur und mit ihr zu leben.«).

580 *Shavell/van Ypersele*, 44 J. L. & Econ. 525 ff. (2001).

581 Da erstere Option mit einem vollständigen Verzicht auf die herkömmlichen Rechte einherginge, ist dieser Ansatz nicht zu verwechseln mit der Diskussion um Property und Liability Rules (s. *Calabresi/Melamed*, 85 Harv. L. Rev. 1089 ff. (1972), dazu noch näher unten), denn auch bei einem Liability-Rule-Regime, bei dem der Urheber kein Verbotsrecht, dafür aber einen Vergütungsanspruch erhält, ist die Nutzung der weiterhin geschützten Werke zwar zustimmungsfrei möglich, aber für den einzelnen Nutzer weiter unmittelbar vergütungspflichtig. Durch Pauschalisierung dieser, durch den Nutzer zu entrichtenden Vergütung (z.B. durch Geräteabgaben oder die Etablierung einer »Kultur-« oder »Content

von Ausschließlichkeitsrechten (»deadweight loss«) vermeiden ließen, die geschaffenen Werke bzw. Erfindungen unmittelbar gemeinfrei würden und damit für alle frei zugänglich seien. Ein schier unüberwindbares Problem stellt bei diesem Ansatz freilich die Festsetzung der Vergütungshöhe durch den Staat dar, der im Regelfall schlicht nicht über die dafür erforderlichen Informationen verfügen dürfte⁵⁸². Zudem erfordert ein solches »reward-System« einen nicht unerheblichen administrativen Aufwand, durch den neue Kosten entstehen. Aus diesen Gründen kommt der von *Shavell* und *van Ypersele* diskutierte Ansatz nicht als Alternative für das urheberrechtliche Anreizsystem in Betracht. Ein generelles Problem bei der staatlichen Förderung kreativen Schaffens ist ferner, dass objektive Maßstäbe zur Bewertung ästhetischer Fragen fehlen und damit unklar ist, welche Werke für förderungswürdig zu erachten sind und welche nicht. Auch wäre zu klären, *wer genau* – zum Beispiel in Fällen der Miturheberschaft oder bei Werken, die im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses geschaffen worden sind – die staatliche Belohnung erhalten sollte. All diese Probleme eröffnen bei der Verteilung staatlicher Mittel Raum für nur schwer kontrollierbare subjektiv-geprägte Vergabemuster und persönliche Seilschaften⁵⁸³. Zugleich ist das Instrument der staatlichen Kulturförderung natürlich überaus anfällig für die Gefahr der Zensur und staatlich gelenkter Kulturproduktion⁵⁸⁴. Deshalb scheint eine völlige Umstellung auf ein System staatlicher Förderung kreativen Schaffens wenig erstrebenswert – ganz abgesehen davon, dass ein solcher Paradigmenwechsel

Flatrate«, also einer Pauschalabgabe auf Breitband-Internetzugänge bzw. für die Nutzung von Filesharing-Plattformen oder ggf. sogar mittels einer denkbaren »Copytax« (allg. dazu *Fisher*, *Promises to keep*, S. 199 ff.; *Hughenoltz*, *The Future of Copyright Levies in the Digital Environment*, in: *Creators' Right in the Information Society*, ALAI Congress 2003, S. 295 (»If we are going to pay levies for acts of piracy, is that not really a tax?«); *Huuskonen*, *Copyright, Mass Use and Exclusivity*, S. 204 f.; *Koelman*, 4 *Entertainment L. Rev.* 75 ff. (2005); *Peukert*, 28 *Hastings Comm. & Ent. L. J.* 1 ff. (2005) m.w.N. (19 ff.) und seinem Vorschlag (52 ff.) eines bipolaren Modells) sowie *Runge*, *GRUR Int.* 2007, 130 ff.) kann sich eine Liability Rule-Lösung freilich dem Modell einer über die Einkommenssteuer finanzierten, staatlichen Vergütung stark annähern. Sämtlichen zuletzt genannten Ansätzen ist denn auch mit dem von *Shavell/van Ypersele* diskutierten Modell ein ähnliches Verteilungsproblem gemein.

582 Dieses Problem sehen *Shavell/van Ypersele*, 44 *J. L. & Econ.* 525, 526, 541 (2001), und verweisen zur Abhilfe – wenig überzeugend – auf »sales and other ex post data«. Zu diesem Kritikpunkt auch *Calandrillo*, 9 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, 301, 346 ff. (1998), der ab S. 344 ff. eine Vielzahl weiterer denkbarer Einwände gegen ein staatliches Belohnungssystem erörtert; *Stallberg*, *Urheberrecht und moralische Rechtfertigung*, S. 264.

583 *Gordon*, 41 *Stan. L. Rev.* 1343, 1411 (1989): »(...) dangers both in patronage and in leaving it to government to choose works »worthy« of sponsorship or to set prices.«.

584 *Bechtold*, *Vom Urheber- zum Informationsrecht*, S. 287, Fn. 1504; *Breyer*, 84 *Harv. L. Rev.* 281, 308 (1970); *Gordon*, *Systemische und fallbezogene Lösungsansätze für Marktversagen bei Immaterialgütern*, in: *Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen*, Hg. v. *Ott/Schäfer*, S. 328, 331; *Gordon*, 82 *Colum. L. Rev.* 1600, 1612 (1982); *Netanel*, 106 *Yale L. J.* 283, 353 ff., 358 (1996), s. dazu auch Kap. 4 C. III. 1. b). Vgl. aber auch *Calandrillo*, 9 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, 301, 351 f. (1998),

rechtspolitisch voraussichtlich kaum eine Chance hätte, realisiert zu werden. Angesichts der zu befürchtenden Nachteile, die eine rein staatliche Subventionierung kreativen Schaffens mit sich brächte, erscheint die gegenwärtige Marktlösung mittels des Urheberrechts als das vergleichsweise kleinere Übel⁵⁸⁵. Nichtsdestotrotz sind die staatliche wie private Unterstützung kreativen Schaffens als *ergänzende* Instrumentarien in einem gewissen Umfang durchaus zu begrüßen⁵⁸⁶, zumal anzunehmen ist, dass die finanzielle Unterstützung, insbesondere dann, wenn sie sich während lange dauernder Recherche- und Schaffensphasen und nicht erst nach deren erfolgreichen Abschluss einstellt, kreatives Tun wirkungsvoller stimulieren kann als das Urheberrecht⁵⁸⁷.

- der die Gefahr staatlicher Einflussnahme auch bei einem rein staatlichen Belohnungssystem aufgrund denkbarer Schutzvorkehrungen (»safeguards against significant political influence (...) For instance, using formulas based upon sales and use volume to determine rewards«) für weniger gravierend hält, als dies häufig dargestellt wird.
- 585 Um abschließend beurteilen zu können, inwieweit die im Zusammenhang mit der optimalen Bereitstellung öffentlicher Güter diskutierten Lösungen dem urheberrechtlichen Anreizmechanismus überlegen sind, wäre ein eingehender, sämtliche Alternativen zum Urheberrecht (also neben der staatlichen Subventionierung kreativen Schaffens etwa auch die technischen Möglichkeiten der Ausschließbarkeit) einbeziehender Institutionenvergleich erforderlich, der im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden kann (siehe aber zumindest die nachfolgende Auseinandersetzung mit der Bedeutung technischer Schutzmöglichkeiten). Die Forschung steckt hinsichtlich dieses übergreifenden Institutionenvergleichs noch eher in ihren Anfängen, obwohl bereits *Koboldt*, Property Rights and Urheberschutz, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Hg. v. *Ott/Schäfer*, S. 69, 111, auf dieses Defizit hingewiesen hat. *Koboldt* folgend *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 287, Fn. 1504. Siehe aber *Gordon*, 41 Stan. L. Rev. 1343, 1394 (1989), mit ihrer Analyse möglicher Alternativen zu Urheber- und Patentrecht; *Boyle*, 53 Vand. L. Rev. 2007, 2015 f. (2000); *Breyer*, 84 Harv. L. Rev. 281, 287 und 307 f. (1970); *Palmer*, 12 Hamline L. Rev. 261, 287 ff. (1989); *Towse*, 54 Kyklos 473, 485 ff. (2001) sowie *Varian*, 19 Journal of Economic Perspectives 121, 134 ff. (2005).
- 586 In diesem Sinne auch *Towse*, 54 Kyklos 473, 485 ff. (2001). Es sei zudem erneut auf die in der Süddeutschen Zeitung vom 8./9. April 2006, S. 16, gesammelten Selbstzeugnisse deutschsprachiger Schriftsteller verwiesen, die überwiegend die positiven Anreizwirkungen der staatlichen Literaturförderung zum Ausdruck bringen. Dass diese Form des Geldsegens für literarisch Tätige gleichwohl auch ihre – hier nicht weiter zu vertiefenden – Schattenseiten hat und deshalb möglicherweise nicht Überhand nehmen sollte, zeigt u.a. das Phänomen der förderungskompatiblen sowie glatt, unerlebt und erfahrungsarm wirkenden »Stipendiatenliteratur«, dazu auch *Uwe Tellkamp*, a.a.O.
- 587 *Hurt/Schuchman*, 56 The American Economic Rev. 421, 426 (1966): «If we wish to encourage works which require long periods of research or high costs of creation before they reach the publishing stage, it may be preferable to support authors during the period of production rather than during the moment of potential income protected by the copyright laws.«.

(2) *Erforderlichkeit des Urheberrechts angesichts technischer Schutzmöglichkeiten*

Fragwürdig geworden ist das Paradigma der Anreiz- und Nutzungsoptimierung und mit ihm die Notwendigkeit des Urheberrechts nicht zuletzt durch die technischen Möglichkeiten des Urheber- bzw. Verwerter selbstschutzes. So erlaubt der Einsatz technischer Schutzmöglichkeiten zumindest theoretisch eine verbesserte Zugangs- und Nutzungskontrolle, mit anderen Worten also mittels des Ausschlusses zahlungsunwilliger Nutzer in zunehmendem Maße die Überwindung der Nicht-Exklusivität immaterieller Werke. Lässt sich mittels DRM die Nicht-Exklusivität digitaler Inhalte aber beseitigen und über Nutzungsentgelte Einkommen generieren, fällt die Argumentationskette des »incentive/access-Ansatzes« in sich zusammen. Staatliche Intervention in Gestalt einer Anreizgewährung über das Urheberrecht könnte insoweit überflüssig werden. In einem gewissen Umfang ist genau dies im digitalen Bereich heute bereits der Fall⁵⁸⁸. Viele Urheber und vor allem Verwerter können sich schließlich zunehmend vom Problem der Nicht-Exklusivität der von ihnen angebotenen Inhalte mehr oder weniger befreien. Sie benötigen den urheberrechtlichen Schutzmechanismus im Grunde genommen nicht mehr bzw. allenfalls noch als »Sicherheitsnetz« für den Fall, dass der vertragliche oder technische Schutz versagt⁵⁸⁹. Zu berücksichtigen ist dabei aber, dass der allmähliche Wandlungsprozess digitaler Inhalte von einem nicht-exklusiven zu einem exklusiven Gut immer abhängig ist vom Stand der Technik⁵⁹⁰ – und dieser ist bekanntlich einem rasanten Wandel unterworfen. Das Ausmaß, in dem digitale Inhalte noch oder schon nicht mehr als nicht-exklusive Güter zu qualifizieren sind, ist dementsprechend in stetem Fluss. Vor diesem technischen Hintergrund ist *Elkin-Koren* und *Salzberger* darin zuzustimmen, dass für den Gesetzgeber das Kriterium der tatsächlichen Nicht-Exklusivität generell ein wenig aufschlussreiches Kriterium bei der Entscheidungsfindung ist, ob und wann staatliche Intervention, d.h. urheberrechtliche Regulierung, erforderlich ist⁵⁹¹. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt lässt sich denn auch allenfalls die unpräzise Aussage treffen, dass es angesichts der Lückenhaftigkeit und der immer wieder erreichten Umgehungen des mitunter auch kostenaufwendigen technischen Schutzes wohl verfrüht wäre, davon auszugehen, dass das Merkmal der Nicht-Exklusivität in jedem Fall für digitale Inhalte leer läuft⁵⁹².

Zuverlässig gestützt wird der hier diskutierte Begründungsansatz indes durch die auch in Zukunft unverändert analog verbreiteten Inhalte, für die DRM-

588 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 384 f.

589 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 263 ff.

590 *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 561 (1999).

591 *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 561 (1999).

592 Auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 289, Fn. 1510, räumt ein: »Die These, daß DRM-Systeme digitale Inhalte zum exklusiven Gut machen, hängt allerdings stark von der Sicherheit des betreffenden DRM-Systems ab.«; in diesem Sinne auch *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ., 553, 560 f. (1999).

Systeme nicht in Betracht kommen. Auch darf nicht vernachlässigt werden, dass nicht wenige Urheber im Gegensatz zu professionellen Verwertern finanziell oder von ihren technischen Kenntnissen und Befähigungen her überfordert sein mögen, selber technische Schutzmaßnahmen zum Einsatz zu bringen. Sie bleiben insofern auch künftig auf das Urheberrecht angewiesen, um sich zahlungsunwilliger Nutzer zu erwehren. Dieser Gesichtspunkt kommt in der Debatte um die verbleibende Bedeutung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter bisweilen zu kurz⁵⁹³.

Eine Erörterung der Konsequenzen, die aus den verbesserten technischen Schutzmöglichkeiten für den traditionellen urheberrechtstheoretischen Begründungsansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung zu ziehen sind, wäre gleichfalls unvollständig, führte man nicht auch das Problem der Unternutzung einer Neubewertung im Lichte des technischen Wandels zu. Das entscheidende Schlagwort heißt hier *Preisdiskriminierung*⁵⁹⁴. Zur Erinnerung: Das Urheberrecht führt dadurch zu einer suboptimalen Nutzung, dass das für eine Werknutzung verlangte Entgelt für manche zu hoch ist und sie deshalb von der Nutzung ausgeschlossen werden. Aufgrund des urheberrechtlichen Schutzes kommen Nutzungswillige also nicht in den Genuss, voll von der Nichtrivalität als Charakteristikum öffentlicher Güter zu profitieren. Dies führt zu Effizienz- und Wohlfahrtsverlusten, die gemeinhin als »deadweight loss« bezeichnet werden⁵⁹⁵. DRM-Systeme und die durch sie ermöglichte, im Vergleich zum analogen Bereich effektivere Preisdiskriminierung⁵⁹⁶ haben möglicherweise das Potential,

593 Dies mag auch damit zusammenhängen, dass diese Diskussion besonders intensiv in den USA geführt wird und sich dort ohnehin zumeist eine undifferenzierte Gleichsetzung von Urhebern und Rechtsinhabern beobachten lässt. Zu Recht kritisiert daher auch *Peukert*, UFITA 2002/III, 689, 691, dass *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, in seiner Arbeit dieser Differenzierung nicht genügend Aufmerksamkeit gewidmet habe.

594 Zu diesem Begriff *Posner*, *Economic Analysis of Law*, S. 283 f.

595 Der Begriff bezeichnete ursprünglich Effizienzverluste bei Monopolmärkten, *Posner*, *Economic Analysis of Law*, S. 278 f. Die ökonomische Analyse des Urheberrechts hat sich diesen Begriff zunutze gemacht, um vergleichbare Phänomene im Bereich des Urheberrechts zu beschreiben, *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 290 ff.; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1236 (1998); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 293 (1996), der in Fn. 32 anknüpfend an die Wohlfahrtsökonomik die beiden maßgeblichen Faktoren zur Bestimmung eines »deadweight loss« benennt: »(1) the extent of the lost satisfaction experienced by each consumer who is unable to purchase the product because of its monopolistic price; and (2) the number of consumers who experience such loss.«.

596 Auch im analogen Bereich existieren zahlreiche Formen der Preisdiskriminierung, siehe nur die im Zeitungs- bzw. Zeitschriftenmarkt praktizierte Differenzierung zwischen Einzel- und (Studenten-) Abonnementpreisen. Der Vorteil einer auf DRM-Systeme gestützten Preisdiskriminierung liegt darin, dass der Einsatz der Technik eine automatisierte Reaktion auf Schwankungen bei Angebot und Nachfrage erlaubt. Auch kann dem Anbieter (durch die Erstellung individueller Nutzungs- und Nutzerprofile) die als Grundlage für eine Preisdiskriminierung erforderliche Identifizierung unterschiedlicher Konsumentengruppen erleichtert bzw. sogar teilweise abgenommen werden. Auch ist es im digitalen Bereich ver-

hier Abhilfe zu schaffen⁵⁹⁷. Sie erlauben es den Urhebern bzw. Rechteinhabern im Idealfall etwa mittels einer (nicht durch unterschiedlich hohe Selbstkosten begründeten) Ausdifferenzierung der für eine Werknutzung geforderten Entgelte, auch diejenigen Nutzer zu erreichen, die gerade noch willens oder in der Lage sind, den jeweils verlangten Preis zu entrichten⁵⁹⁸. Theoretisch können auf diese Weise mehr Konsumenten in die Lage versetzt werden, ein Werk gegen Entgelt zu nutzen, als dies ohne verfeinerte Preisdiskriminierung der Fall ist⁵⁹⁹. Zugleich ermöglichen es DRM-Systeme erheblich besser als das Urheberrecht, eine die jeweiligen Preisunterschiede ausnutzende Weiterveräußerung erworbener Werkexemplare zu erschweren (sog. »Arbitrage-Geschäfte«⁶⁰⁰). Dadurch lässt sich ein Unterlaufen der differenzierten Preispolitik des Erstanbieters unterbinden, und die Preisdiskriminierung kann im Ergebnis wirksam zur erwünschten Minderung des »deadweight loss« beitragen⁶⁰¹.

Was bedeutet dies für den hier diskutierten Begründungsansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung? Wird durch die technische Entwicklung etwa nicht nur das urheberrechtstheoretische Anreizparadigma fragwürdig, sondern auch die über das Urheberrecht vorzunehmende Nutzungsoptimierung? Zu diesem Schluss kommen im Ergebnis diejenigen Vertreter einer ökonomietheoretischen Betrachtung des Urheberrechts, die DRM-Systeme im Verein mit den Möglichkeiten des Vertragsrechts im Hinblick auf die durch sie zu erreichende Anreizwirkung und Allokationseffizienz als weit überlegen gegenüber dem herkömmlichen Urheber-

gleichsweise einfacher, einzelne Parameter der angebotenen Inhalte für einen bestimmten Markt zu ändern (z.B. Umfang, Qualität, Veröffentlichungsdatum etc., sog. »Versioning«). Zudem sind die sog. »Menükosten«, also die Kosten, die durch eine Änderung des Preises entstehen, im digitalen Umfeld regelmäßig niedriger und machen die Preisdiskriminierung hier deshalb wirtschaftlicher. Zum Ganzen *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 307 ff. und *Meurer*, 45 Buff. L. Rev. 845, 877 f. (1997).

597 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 300 ff.; *Bell*, 76 N. C. L. Rev. 557, 588 Fn. 142 (1998); *Benkler*, 53 Vand. L. Rev. 2063, 2071 ff. (2000); *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1236 ff. (1998); *Meurer*, 45 Buff. L. Rev. 845 ff. (1997); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 293 Fn. 30 (1996).

598 Man spricht dann von einer »perfekten Preisdiskriminierung« oder einer »Preisdiskriminierung ersten Grades«, bei der der verlangte Preis der individuellen Zahlungsbereitschaft entspricht. Bei einer Preisdiskriminierung zweiten Grades demgegenüber wird der Preis mit dem jeweiligen Konsumentenverhalten verknüpft (Beispiel: Mengenrabatte). Als Preisdiskriminierung dritten Grades bezeichnet man eine Preispolitik, bei der für divergierende Personengruppen (Schüler, Student, Erwachsener, Rentner) unterschiedliche Preise verwendet werden, *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 301, Fn. 1577; *Benkler*, 53 Vand. L. Rev. 2063, 2072 f. (2000); *Meurer*, 45 Buff. L. Rev. 845, 869 ff. (1997); *Posner*, Economic Analysis of Law, S. 283 f.; *Tirole*, Industrieökonomik, S. 291 ff.

599 *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1239 f. (1998).

600 Dazu *Posner*, Economic Analysis of Law, S. 283; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1237 (1998); *Meurer*, 45 Buff. L. Rev. 845, 874 (1997).

601 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 307 ff.; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1238 ff. (1998).

rechtssystem einstufen⁶⁰². Beide Argumente, die erhöhte Anreizwirkung aufgrund des im Vergleich zum Urheberrecht höheren Schutzpotentials und die durch den Einsatz von DRM-Systemen erhoffte Verringerung von Effizienzverlusten durch Unternutzung, sehen sich aber Kritik ausgesetzt.

So muss man sich hinsichtlich der (zumindest für die Kultur- und Unterhaltungsindustrie nicht zu Unrecht⁶⁰³) erhofften, stärkeren Anreizwirkung die Frage stellen, ob eine solche tatsächlich notwendig und per se wünschenswert ist⁶⁰⁴. Hier bestehen berechtigte Zweifel. *Lunney* etwa weist darauf hin, dass in einer Welt begrenzter Ressourcen ein Mehr an geschützten Werken gesamtgesellschaftlich ein Weniger in anderen Bereichen bedeuten müsse: »more works of authorship must mean less of something else«⁶⁰⁵. Diese von *Lunney* mit Blick auf den expandierenden Copyright-Schutz getroffene Aussage lässt sich auf die durch den Einsatz von DRM-Systemen ermöglichte Schutzexpansion übertragen⁶⁰⁶. Ein erhöhtes Schutzniveau – sei es rechtlich oder technisch bedingt – und die damit verbundene stärkere Anreizwirkung können zum »overinvestment« und zur »overproduction« im Bereich der Unterhaltungsindustrie führen, wodurch wünschenswerten Bemühungen in anderen gesellschaftlichen Bereichen (Erziehung, Grundlagenforschung, gesellschaftliches Engagement) die erforderlichen Ressourcen in

602 *Bell*, 76 N. C. L. Rev. 557 ff. (1998), der als Begründung insbesondere auch die Möglichkeit der Transaktionskostensenkung durch DRM-Systeme anführt (586 ff.); *Hardy*, 1996 U. Chi. Legal F. 217, 259 f. (1996); *Merges*, 12 Berkeley Tech. L. J. 115 ff. (1997); eingeschränkt auch *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1238 ff. und 1249 ff. (1998), der die Vorzüge eines im Grundsatz vertrags- und technikgestützten Schutzsystems – und dabei insbesondere die positiven Wirkungen der Preisdiskriminierung – betont (1238 ff.), zugleich aber »the set of activities privileged under the fair-use doctrine« vergrößert sehen möchte (1251). Die Diskussion, inwieweit sich ohne weitere staatliche Intervention auf der Grundlage einer privaten Selbstregulierung in Form von Verträgen eine wohlfahrtsoptimale Ressourcenallokation erreichen lässt, wird unten im Rahmen des »neoklassischen« Property Rights-Ansatzes vertieft.

603 Generell ist die Annahme, dass verbesserte Profitmöglichkeiten durch Preisdiskriminierung bzw. ein allgemein höheres Schutzniveau automatisch zu einem erhöhten Werkausstoß führen, zu holzschnittartig. Näher zu dieser argumentativen Schwäche des Anreizparadigmas unten in Kap. 4 C. I. 3. b).

604 So auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 322 und *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 510, Fn. 183 (1998).

605 *Lunney*, 49 Vand. L. Rev. 483, 489 (1996).

606 *Lunney*, 49 Vand. L. Rev. 483, 655 (1996), bezieht ihre Bedenken auf ein Copyright-System »that seeks to award an author the full value associated with her copyrighted work«. Genau dies wird bei dem Einsatz technischer Schutzmaßnahmen aber in noch weit stärkerem Maße ermöglicht.

Form von Talent, Arbeitskraft und Kapital entzogen werden⁶⁰⁷. Da die Produktion zusätzlicher Werke nicht von sich aus wertvoller sei als ein anderer potentieller Gebrauch der dafür aufgewendeten Ressourcen, sei eine Entscheidung darüber erforderlich, ob die Gesellschaft mehr von einem Ressourceneinsatz zur Schaffung unterhaltender Werke profitiere, denn von einem anderweitigen, kreativen Tätigwerden oder gesellschaftlichem Engagement. Eine solche komplexe Entscheidung abschließend treffen zu wollen, wäre aber letztlich vermessen. Fraglich ist allein schon, auf welcher empirischen und methodologischen Grundlage man sie treffen sollte. *Lunneys* Argumentation leidet zudem generell darunter, dass sie die Bedeutung extrinsischer Motivation überschätzt. Der Mensch reagiert nicht allein auf äußere Anreize, sein Verhalten ist vielfach schlicht intrinsisch motiviert (näher dazu nachfolgend unter (3)). Durch ein hohes Schutzniveau für von der Unterhaltungsindustrie ausgewertete Werkschöpfungen muss daher gesamtgesellschaftlich ein anderweitiger Ressourceneinsatz nicht notwendig zu kurz kommen. Abwegig ist *Lunneys* Sorge deshalb aber keineswegs. Ihr Beitrag lenkt die Aufmerksamkeit auf durchaus beachtenswerte Konsequenzen einer »zu starken« Anreizwirkung, nämlich die Fragwürdigkeit des »overinvestments« bzw. der »overproduction« im Bereich der Unterhaltungsindustrie⁶⁰⁸. DRM-Systeme mögen in bestimmten Bereichen dem Urheberrecht in seiner Anreizwirkung überlegen sein und das urheberrechtliche Schutzsystem in einem gewissen Umfang entbehrlich machen. Aber diese Überlegenheit des technischen Schutzes hat keineswegs nur Vorteile.

607 Vgl. *Lunney*, 49 Vand. L. Rev. 483, 487 ff. und 656 (1996): »Providing copyrighted works more extensive protection would be undesirable – not because it would limit access to the resulting works, though it may do that as well – but because it would draw resources into the production of additional works when those resources would otherwise have been more valuably used elsewhere in our economy.«; dazu auch *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 337 (1996) und *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 182. *Lunneys*, 49 Vand. L. Rev. 483, 489 ff. (1996), vorgeschlagene Lösung für dieses Problem, dass nämlich das urheberrechtliche Schutzniveau soweit abzusenken sei, dass die im Bereich der Unterhaltung zu erzielende Vergütung nicht größer sei als die durch anderweitigen Einsatz derselben Ressourcen in anderen Bereichen mögliche Einnahmen, ist u.a. wegen der problematischen Abgrenzung, der kaum möglichen Ermittlung hypothetischer Vergleichswerte und damit der mangelnden Operationalisierbarkeit wenig überzeugend. Kritisch auch *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 182.

608 *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 83 ff. (2002), hat diesen Bedenken eine weitere Facette hinzugefügt. Auch er fragt sich, welche Auswirkungen ein per se hohes Schutzniveau hat und welche strategischen Entscheidungen seitens der Kultur- und Unterhaltungsindustrie dadurch begünstigt werden. Er geht dabei davon aus, dass von einem hohen Schutzniveau vor allem die Unternehmen der Unterhaltungsindustrie (wie Disney oder Time Warner) profitieren. Im Ergebnis befürchtet er die Kommerzialisierung und Konzentration der Werkproduktion sowie die Homogenisierung der erzeugten Inhalte, näher dazu im Rahmen der kritischen Würdigung des Property Rights-Ansatzes, Kap. 4 C. I. 4. b).

Einwände bestehen vor allem hinsichtlich der These, dass DRM-Systeme mittels der durch sie ermöglichten Preisdiskriminierung vergleichsweise besser als das Urheberrecht die Aufgabe erfüllen können, Unternutzung zu vermeiden⁶⁰⁹. Zwar trifft es zu, dass es aufgrund einer DRM-basierten Preisdiskriminierung theoretisch mehr Nutzungswilligen ermöglicht wird, dasjenige Nutzungsentgelt zu entrichten, das sie gerade noch willens oder in der Lage sind aufzubringen. Der mit dem urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht und mit dem Einsatz von DRM-Systemen verknüpfte »deadweight loss« kann also durch Preisdiskriminierung in einem gewissen Umfang tatsächlich aufgefangen werden. Fragwürdig ist aber bereits der Ausgangspunkt dieser Argumentation. Die von der Überlegenheit einer technischen Lösung überzeugten DRM-Apologeten lassen nämlich unberücksichtigt, dass sich der problematischen Unternutzung nicht nur durch das Instrument einer DRM-basierten Preisdiskriminierung begegnen lässt, sondern bereits vorgelagert durch eine generelle Absenkung des Schutzniveaus; wenn der Schutz geringer ist⁶¹⁰, werden auch von vornherein weniger Nutzungswillige ausgeschlossen. Die DRM-Enthusiasten lassen diese Möglichkeit außer Betracht. Anstelle sich der Ursache der unerwünschten Nutzerausgrenzung zuzuwenden, nämlich einem zu hohen Schutzniveau, beschränken sie sich darauf, auf eine mögliche Symptomlinderung mittels Preisdiskriminierung zu verweisen. *Bechtold* hat diesen Einwand gegen das Preisdiskriminierungsargument treffend auf den Punkt gebracht: »Man kann nicht durch die Etablierung des Urheberrechts und von DRM-Systemen zunächst Wohlfahrtsverluste schaffen, um dann die Preisdiskriminierung und damit eine Erhöhung des Schutzniveaus als Lösung anzupreisen, wenn eine Verringerung des Schutzniveaus die Wohlfahrtsverluste ebenfalls beseitigen würde.«⁶¹¹

Zudem darf man das Potential einer aus ökonomischer Sicht an sich begrüßenswerten Preisdiskriminierungsstrategie nicht überschätzen. Sie ist kein Allheilmittel, sondern vielmehr mit nicht unerheblichen Nebenwirkungen verbunden. Durch Preisdiskriminierung entstehen neue Kosten, sei es durch die Identifizierung unterschiedlicher Marktsegmente oder Kundengruppen, sei es durch die Etablierung verschiedener Produktvarianten oder den Einsatz und die Pflege des verwendeten DRM-Systems. Diese Kosten setzen einer Verfeinerung der Preisdiskriminierung Grenzen. Sobald die Kosten der Preisdiskriminierung den durch sie zu erwartenden Erlös übersteigen, lohnt sie sich nicht mehr. Deshalb wird der »deadweight loss« in der Realität durch Preisdiskriminierung im Endeffekt nie

609 Das Preisdiskriminierungsargument wird zumeist ergänzt um den Hinweis darauf, dass DRM-Systeme auch besser geeignet seien, Transaktionskosten zu senken, siehe etwa *Bell*, 76 N. C. L. Rev. 557, 586 (1998).

610 Und zwar sowohl der urheberrechtliche als auch der technische sowie der vertragliche. In allen genannten Fällen lässt sich eine Absenkung des Schutzniveaus durch gesetzgeberische Maßnahmen erreichen.

611 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 323.

ganz beseitigt⁶¹². Auch die »costs of expression«⁶¹³, also die Kosten, die bei der Schaffung neuer sowie der Nutzung und Bearbeitung bestehender Werke auftreten, bleiben bestehen. Diese nehmen sogar noch zu, wenn der Nutzer künftig für jede Nutzung eines digitalen Inhalts ein Entgelt entrichten müsste. Nicht zu vergessen ist schließlich, dass der die Preisdiskriminierung effektiv werden lassende Einsatz von DRM-Systemen das Problem der Unternutzung auch dadurch massiv verschärft, dass die technischen Schutzmaßnahmen blind sind für die von den urheberrechtlichen Schrankenregelungen privilegierten Nutzungshandlungen zu Zwecken der Lehre, Forschung, Berichterstattung etc. Die Schrankenproblematik wird uns im Rahmen des »Broad-Property-Rights-Ansatzes« erneut begegnen und wird dort vertieft dargestellt.

Zusammenfassend kann man festhalten, dass DRM-Systeme in einem gewissen Umfang an die Stelle urheberrechtlichen Schutzes treten können. Sie ermöglichen es jedenfalls im digitalen Umfeld, das Charakteristikum der Nicht-Exklusivität immaterieller Geisteswerke zunehmend zu überwinden und weisen wegen ihres vergleichsweise höheren Schutzpotentials sogar eine dem Urheberrecht überlegene Anreizwirkung auf. Vollständig ersetzen können DRM-Systeme das Urheberrecht gleichwohl nicht. So ist damit zu rechnen, dass auch in Zukunft ein nicht unerheblicher Teil der Auswertung von Geisteswerken sich weiterhin auf analogem Wege vollziehen wird⁶¹⁴. Die DRM-Enthusiasten zeichnen insoweit ein unvollständiges Bild der zu lösenden Anreizproblematik. Auch werden nicht wenige Urheber und Rechteinhaber allein deshalb nicht von DRM-Systemen profitieren können, weil sie mit deren Einsatz überfordert sind oder der Einsatz nicht die erhofften Wirkungen zeitigt. Skepsis ist gleichfalls geboten hinsichtlich des Arguments, dass DRM-Systeme mittels der durch sie ermöglichten Preisdiskriminierung besser als das Urheberrecht die Gefahr der Unternutzung reduzieren könnten. Wie gesehen führt die auf dem DRM-Einsatz basierende Preisdiskriminierung vielmehr zu neuen Problemen. Zudem ist denjenigen, die in der auf DRM-Systeme gestützten Preisdiskriminierung eine Lösung der Unternutzungsproblematik erblicken, entgegenzuhalten, dass dieses Instrument zwar eine gewisse Linderung verspricht, weil mehr Nutzungswillige in die Lage versetzt werden, gegen Entgelt zu nutzen. Jedoch darf man nicht außer acht lassen, dass man das Problem der Unternutzung auch ebensogut an der Wurzel packen kann, indem man vorgelagert das Schutzniveau absenkt (und dadurch von vornherein weniger Nutzungswillige ausschließt) oder aber indem man ihm durch die Ausweitung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen und Nutzerrechte begegnet. Die erhofften Vorzüge des technischen Schutzes dürfen jedenfalls nicht verabso-

612 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 301, Fn. 1577; *Benkler*, 53 Vand. L. Rev. 2063, 2072 f. (2000); *Posner*, Economic Analysis of Law, S. 283 f.

613 *Landes/Posner*, 18 Journal of Legal Studies 325, 326 f. und 335 (1989).

614 *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325, 331, der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass technisch ungesicherte Vermarktungsmodelle längerfristig u.a. wegen der langen, noch vor uns liegenden »Schutzfrist jüngerer (nach wie vor ungesicherter) Produkte« von Bedeutung bleiben werden.

lutiert werden und einen nicht zu der Annahme verleiten, technische Schutzmechanismen böten im Zusammenspiel mit den Möglichkeiten des Vertragsrechts einen überlegenen Ersatz für das herkömmliche Urheberrechtssystem. Aus diesen Gründen scheint alles dafür zu sprechen, dass zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine auf dem Urheberrecht basierende Anreiz- und Nutzungsoptimierung auch im digitalen Zeitalter vorerst erforderlich bleibt.

(3) Zweifel an der angenommenen Anreizwirkung des Urheberrechts

In den vorangegangenen Ausführungen wurde stets davon ausgegangen, dass die vom diskutierten Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung angenommene Anreizwirkung tatsächlich vom Urheberrecht ausgeht, der Urheber sein Verhalten rational daran ausrichtet und das Urheberrecht deshalb kreatives Schaffen stimuliert. Die monetäre Anreizwirkung und das ökonomische Verhaltensparadigma werden aber zunehmend in Zweifel gezogen⁶¹⁵.

Die Kritik am ökonomischen Verhaltensmodell hat dabei gar zur Ausbildung einer eigenen Forschungsrichtung namens »Behavioral Law and Economics« geführt. Diese versucht unter Berücksichtigung verhaltenswissenschaftlicher (d.h. vor allem kognitionspsychologischer) Erkenntnisse das konventionelle ökonomische Verhaltensmodell des vollkommen rational und eigennützig handelnden Nutzenmaximierers⁶¹⁶ zu bereichern bzw. (je nach Sichtweise) zu revidieren,

615 Am weitesten geht insoweit *Merges*, 21 AIPLA Q.J. 305, 306 (1993), wenn er konstatiert: »(...) the literature has progressed beyond the point where a crude "incentive" story passes for analysis in every case.«; *Landes/Posner*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, S 9 ff., 70: «(...) it may come as a surprise to many readers that the economic arguments that we make for intellectual property protection are not based primarily on a belief that without legal protection the incentives to create such property would be inadequate. That belief cannot be defended confidently on the basis of current knowledge. The concerns we highlight have rather to do with such things as optimal management of existing stocks of intellectual property, congestion externalities, search costs, rent seeking, and transaction costs.«. Ironisch *Ullrich*, *Wissenschaftlich-technische Kreativität*, in: *Kreativität – Wirtschaft – Recht*, Hg. v. *Harabi*, S. 203, 210 f.: «So sehr beflügelt das Anreiz- und Belohnungsmotiv die Lehre – diese zugegebenermaßen mehr als die Erfinder selbst – dass es noch in der neueren wirtschaftswissenschaftlichen Theorie fortwirkt, die ihm eigentlich den Boden entzogen hat.« In Fn. 51 stellt *Ullrich* weiter fest, dass hinsichtlich Erfindungen und Werkschöpfungen »die von der schutzrechtlichen Herrschaftsmacht ausgehende Motivation (...) noch nie überzeugte.«. An anderer Stelle (s. Immenga-Mestmäcker-*Ullrich*, *EG-Wettbewerbsrecht*, Bd. I, VIII. Abschnitt, B., Rn. 23) hat *Ullrich* seine kritische Sicht auf das übliche Anreizparadigma noch weiter spezifiziert; danach werde »nicht der Rechtsschutz zum Ansporn für die Hervorbringung des Immaterialgutes oder zum Belohnungsmechanismus. Vielmehr ergeben sich solche Wirkungen allein aus dem Wettbewerb, in dem der immaterielle Schutzgegenstand kraft seiner rechtlichen Konstituierung als Wirtschaftsgut eingesetzt werden kann. Dieser Wettbewerb, nicht das Schutzrecht, entscheidet über die Investitionsanreize.«.

616 Siehe dazu oben unter Kap. 4 C. I. 1. c).

um so bessere Prognosen treffen zu können, wie Menschen auf die Anreizwirkungen von Rechtsnormen reagieren⁶¹⁷. Im Ergebnis modifiziert dieser Ansatz insbesondere die Rationalitätsannahme durch das Konzept der »bounded rationality«, also die Annahme, dass sich Menschen aufgrund der Tatsache, dass ihre kognitiven Fähigkeiten begrenzt sind (ihr Gedächtnis ist lückenhaft, ihre Rechenkünste und die Kapazität, Informationen aufzunehmen und zu verarbeiten, sind begrenzt usw.), nur eingeschränkt rational verhalten⁶¹⁸. Auch nach der von Vertretern des »Behavioral Law and Economics«-Ansatzes verfochtenen Vorstellung der »Quasi-Rationalität« handeln Menschen aber nicht irrational. Sie scheitern vielmehr nur gelegentlich und auf eine ganz bestimmte, systematisierbare Weise bei ihrem Versuch der grundsätzlich von ihnen angestrebten rationalen Nutzenmaximierung oder nehmen beispielsweise aus Altruismus oder Fairness in teilweise bestimmbar Situationen von einer solchen Optimierung Abstand⁶¹⁹. »Quasi-Rationalität«, so Englerth, »unterscheidet sich von Irrationalität dadurch, dass ihre Handlungsfolgen nicht willkürlich und unberechenbar, sondern systematisch und vorhersagbar sind.«⁶²⁰. Prognostizierbar sind sie deshalb, weil viele der Abweichungen vom Modell vollständiger Rationalität stabile und empirisch dokumentierte Effekte zu sein scheinen⁶²¹. Das ökonomische Verhaltensmodell verliert aufgrund der kognitionspsychologischen Erkenntnisse deshalb keineswegs völlig seine Brauchbarkeit, es wird durch die notwendige Berücksichtigung

617 Dazu Eidenmüller, JZ 2005, 216 ff.; Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. VII f.; Englerth, Behavioral Law and Economics, online verfügbar unter: http://opus.zbw-kiel.de/volltexte/2005/2663/pdf/2004_11online.pdf; Frank, Microeconomics and Behavior, S. 231 ff., 259 ff.; Jolls/Sunstein/Thaler, 50 Stan. L. Rev. 1471, 1476 ff. (1998); Korobkin/Ulen, 88 Cal. L. Rev. 1051 ff. (2000).

618 Näher Eidenmüller, JZ 2005, 216, 218 f.; Jolls/Sunstein/Thaler, 50 Stan. L. Rev. 1471, 1476 ff. (1998), identifizieren neben der »bounded rationality« als weitere Abweichungen zum konventionellen »Rational-Choice-Modell« die Annahme beschränkter Eigeninteresses (»bounded self-interest«) und beschränkter Willenskraft (bounded willpower) bei der Verfolgung eigener langfristiger Interessen. Kritisch dazu Englerth, Behavioral Law and Economics, S. 37.

619 Englerth, Behavioral Law and Economics, S. 10 und 37 f.

620 Englerth, Behavioral Law and Economics, S. 35.

621 Vgl. die von Eidenmüller, JZ 2005, 216, 218 f., gegebenen Beispiele: »Wir nehmen die Realität nur selektiv wahr und tendieren dazu, Informationen, die unseren Interessen, Wünschen oder Glaubenssätzen zuwiderlaufen und damit kognitive Dissonanzen auslösen würden, zu ignorieren. (...) Darüber hinaus orientieren wir uns vor allem an Informationen, die gerade »zur Hand« sind (availability bias) und wenden Daumenregeln an (...) Wir filtern Informationen ferner aufgrund einer eigennützigen Disposition (self-serving bias) oder deswegen, weil wir unsere eigene Leistungsfähigkeit zu optimistisch einschätzen (over confidence bias). Neben diesen Abweichungen von der Rationalitätsprämisse im Bereich der Informationsaufnahme und -verarbeitung führt Eidenmüller weitere Rationalitätsdefizite an, die sich anhand des Entscheidungsverhaltens beobachten lassen.

stabiler Rationalitätsdefizite im Gegenteil eher plausibler und realitätsnäher⁶²². Dies ist auch deshalb von Bedeutung, weil die pauschale Ablehnung einer rational-eigennütigen Reaktion auf die vom Urheberrecht ausgehenden Anreize methodologisch den Verzicht darauf bedeutete, Aussagen darüber treffen zu können, wie Urheber und Verwerter voraussichtlich auf Veränderungen des Urheberrechts reagieren. Eine solche Distanzierung vom Verhaltensmodell des *homo oeconomicus* wäre durch die Beschränkung der Rechtswissenschaft auf ex-post-Aussagen erkauf⁶²³. Nicht nur im Bereich des Urheberrechts ist die Grundlagenforschung aber aus methodologischen Gründen auf ein positives Modell menschlichen Verhaltens angewiesen, um ex ante brauchbare Prognosen über die Folgen des (Urheber-) Rechts in der Realität liefern zu können⁶²⁴.

Zweifellos steckt die interdisziplinäre Forschung zur Präzisierung dieses Verhaltensmodells noch in ihren Anfängen. So geben die abstrakt-generell auf das Verhalten aller Menschen ausgerichteten Annahmen des kognitionspsychologischen »Behavioral Law and Economics«-Forschungszweigs für den Bereich des Urheberrechts relativ wenig Aufschluss darüber, was konkret kreatives Schaffen mo-

622 Eidenmüller, JZ 2005, 216, 221, gibt in diesem Zusammenhang zu Bedenken: »Zweifellos geht diese Anpassungsaufgabe mit einem Verlust an Simplität und Generalität des ökonomischen Verhaltensmodells einher: Die notwendige Metamorphose des *homo oeconomicus* macht ihn menschlicher. Sie macht ihn damit aber auch komplizierter.«.

623 Vgl. Englerth, Behavioral Law and Economics: eine kritische Einführung, online verfügbar unter: http://opus.zbw-kiel.de/volltexte/2005/2663/pdf/2004_11online.pdf, S. 8.

624 Zur Notwendigkeit eines positiven Verhaltensmodells für die juristische Grundlagenforschung auch Eidenmüller, JZ 2005, 216, 217. Siehe in diesem Zusammenhang auch Posner, Recht und Ökonomie: Eine Einführung, in: ÖAR, Hg. v. Assmann/Kirchner/Schanze, S. 79, 89, der die stark vereinfachten und unrealistischen Annahmen des konventionellen ökonomischen Verhaltensmodells folgendermaßen verteidigt hat. Laut Posner heiße es »einem fundamentalen methodologischen Irrtum zu erliegen, wenn man eine Theorie mit der Behauptung kritisiert, ihre Annahmen seien unrealistisch. Abstraktion ist das Wesen der wissenschaftlichen Untersuchung. Eine wissenschaftliche Theorie muß aus dem Gewirr der Erfahrung, das sie erklären will, auswählen und ist deshalb notwendig »unrealistisch«, wenn sie unmittelbar mit der Realität verglichen wird. (...) Entsprechend erfaßt eine ökonomische Theorie des Rechts (...) nicht die ganze Komplexität, den Reichtum und die Verworrenheit von (...) Phänomenen, die sie zu beleuchten sucht. Aber ihr Mangel an Realität, weit davon entfernt, die Theorie außer Kraft zu setzen, ist die wesentliche Vorbedingung jeder Theorie. Eine Theorie, die vertrauensvoll versuchen würde, die Komplexität der empirischen Welt in ihren Annahmen wiederzugeben, wäre keine Theorie, sondern eine Beschreibung.«. Posner ist zu entgegnen, dass bei jeder Theoriebildung eine gewisse Distanz zur Realität zwar unvermeidlich sein mag, diese einen aber nicht davon enthebt, gleichwohl stets nach realitätsnäheren und plausibleren Theorieprämissen zu streben, wie dies etwa der »Behavioral Law and Economics«-Ansatz versucht. Da eine exakte Modellierung realer Verhaltensweisen ohnehin nicht zu erreichen ist, hörte eine solcherart modifizierte Theorie auch niemals auf Theorie zu sein. Im Ergebnis ist Posners methodologischer Argumentation aber gleichwohl zuzustimmen. Die unweigerlich verbleibenden Realitätsabweichungen eines notwendigerweise abstrahierenden Verhaltensmodells und die damit einhergehende Schwächung seiner prognostischen Kraft sind aus methodologischen Gründen unbedingt in Kauf zu nehmen.

tiviert und welche Rolle das Urheberrecht dabei spielt⁶²⁵. Erkenntnisgewinn versprechen in diesem speziellen Zusammenhang eher die Kreativitäts- und Motivationsforschung im Rahmen der empirischen Psychologie⁶²⁶. So kann die Kreativitätsforschung etwa Aufschluss geben über die Merkmale kreativer Persönlichkeiten, den kreativen Schaffensprozess, das kreative Produkt und die relevanten Umweltfaktoren⁶²⁷. Die Motivationsforschung analysiert indes die einem bestimmten menschlichen Handeln zugrundeliegenden Motivationsquellen und differenziert dabei zwischen intrinsischer und extrinsischer Motivation⁶²⁸. Ohne tiefer in diese Forschungsrichtung einzudringen, lässt sich doch mit einiger Sicherheit feststellen, dass viele Kreative nicht oder zumindest nicht allein aus einer extrinsischen monetären Motivation schaffen⁶²⁹. Für manche Schriftsteller, Komponisten oder Maler ist die künstlerische Betätigung schließlich schlicht Selbst-

625 Auch *Handke/Stepan/Towse*, *Development of the Economics of Copyright*, S. 373, 402, weisen darauf hin, dass hier noch Forschungsbedarf besteht.

626 Instruktiv dazu: Die psychologische Dimension des Urheberrechts, Hg. v. *Rehbinder*, darin insbesondere der Beitrag von *Peukert*, *Die psychologische Dimension des droit moral*, S. 113, 128 ff. und 139 ff.

627 *Meißner*, *Kreativität*, in: *Handwörterbuch der Psychologie*, Hg. v. *Asanger/Wenninger*, S. 366, 367 ff., *Meißners* Differenzierung folgend *Peukert*, *Die psychologische Dimension des droit moral*, in: *Die psychologische Dimension des Urheberrechts*, Hg. v. *Rehbinder*, S. 113, 130.

628 *Peukert*, *Die psychologische Dimension des droit moral*, in: *Die psychologische Dimension des Urheberrechts*, Hg. v. *Rehbinder*, S. 113, 139 ff. Eine extrinsische Motivation liegt dann vor, wenn ein bestimmtes Tätigwerden von außen her (durch Ereignisse, Anreize oder Zwänge) angeregt ist und nicht aus einem eigenen, inneren Anlass und Antrieb erfolgt.

629 Dies räumen auch diejenigen ein, die die monetären Motive (zumal für die durch eine Schutzausdehnung zusätzlich erreichbaren Urheber) für zentral halten, siehe etwa *Lunney*, 49 *Vand. L. Rev.* 483, 488 Fn. 10 (1996): »Authors, like others, sometimes act for reasons other than economic ones. Emotional satisfaction, personal fulfillment, or petty anger may all lead an author to create a work, even in the absence of any expectation of economic return.«. Der Hinweis, dass kreatives Schaffen auch (oder gerade) in Abwesenheit monetärer Anreize stattfindet, findet sich bereits bei *Schopenhauer*, *Sämtliche Werke V*, Kapitel 23, § 272, S. 589, der rigoros feststellt: »Honorar und Verbot des Nachdrucks sind im Grunde der Verderb der Literatur. Schreibenswertes schreibt nur, wer ganz allein der Sache wegen schreibt. (...) es ist, als ob ein Fluch auf dem Gelde läge: jeder Schriftsteller wird schlecht, sobald er irgend des Gewinnes wegen schreibt.«. Differenziert und eingehend zur Relevanz des monetären Anreizparadigmas *Gifford*, 18 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 569, 612 f. (2000): »Much creative activity takes place unaffected by the prospect of an economic reward. Much scientific and other writing appears to be engendered by incentives not directly connected with the market. Similarly, the economic-incentive model does not provide a good fit for artistic creation in the fine arts.«. Vielfach ist gegen das urheberrechtliche Anreizparadigma auch der Einwand erhoben worden, dass künstlerisches Engagement sich auch in all den Jahrhunderten vor Etablierung des urheberrechtlichen Schutzes entfaltet hat, siehe etwa *Hurt/Schuchman*, 56 *The American Economic Rev.* 421, 425 (1966), ein Einwand, der sich in dieser verkürzten Form freilich dem Vorwurf ausgesetzt sieht, alternative Anreizmechanismen wie beispielsweise das Mäzenatentum auszublen-

zweck; sie finden Erfüllung und Befriedigung in ihr. Dieser Künstlertypus strebt nicht einmal zwingend nach Veröffentlichung und gesellschaftlicher Anerkennung⁶³⁰. Andere dagegen sind getragen von der Aussicht auf »Ruhm und Ehre«, sie motiviert der Drang nach Aufmerksamkeit und das Streben nach Renommee, zu ihren Triebfedern zählen Eitelkeit und Ehrgeiz. Diesem Typus geht es daher im Zweifel eher um die maximale Verbreitung und Wahrnehmung seiner Werke⁶³¹. Wieder andere sind altruistisch motiviert oder wollen Einfluss nehmen und sind deshalb unter Umständen sogar bereit, für eine Veröffentlichung zu zahlen⁶³². In manchen Fällen kann den Urheber auch externer Druck zu seinem Schaffen antreiben. Im akademischen Umfeld spielt hier etwa die »publish-or-perish«-Verhaltensregel hinein⁶³³.

Evident ist, dass kreatives Schaffen vielfach nicht allein monetär motiviert zu sein scheint. Es stellt sich daher die Frage, welche Bedeutung das Urheberrecht als Anreizinstrumentarium angesichts dieses Befundes hat. Welche Rolle spielen die Urheberpersönlichkeitsrechte⁶³⁴? Wie abhängig ist der Kreative von der Aufrecht-

630 *Hurt/Schuchman*, 56 *The American Economic Rev.* 421, 425 ff. (1966) verweisen in diesem Zusammenhang auf Urheber, die – wie *Franz Kafka* – ihr Werk nach ihrem Tod vernichtet sehen möchten (*Frank Kafka* hatte bekanntlich in seinem Testament den mit ihm befreundeten *Max Brod* gebeten, alle in seinem Nachlass befindlichen Tagebücher, Manuskripte und Briefe ungelesen zu verbrennen).

631 Zu dieser Gruppe von Urhebern auch *Plant*, 1 *Economica* 167, 169 (1934). Der Erfolg der Creative Commons-Bewegung zeigt, dass vielen Urhebern die maximale Verbreitung und Wahrnehmung ihrer Werke durch freie Zugänglichkeit wichtiger ist, als die Aussicht auf unmittelbaren monetären Gewinn. Eine wachsende Zahl Kreativer verzichtet im Internet jedenfalls 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/>). Vergleichbare Phänomene wie die Open Access-Bewegung oder die Open-Source- bzw. Free-Software-Bewegung deuten in eine ähnliche Richtung, zu letzterer *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.

632 Man denke an die gezielte Plazierung politischer oder religiöser Inhalte »um jeden Preis« oder Druckkostenzuschüsse, s.a. *Plant*, 1 *Economica* 167, 168 (1934).

633 So auch *Hurt/Schuchman*, 56 *The American Economic Rev.* 421, 425 f. (1966), die in diesem Zusammenhang betonen, dass »most articles in the scholarly journals are submitted without pecuniary compensation.«.

634 Über die Anreizwirkung der Urheberpersönlichkeitsrechte mehr in Erfahrung zu bringen ist auch deshalb wichtig, weil die ökonomietheoretische Rechtfertigung der Urheberpersönlichkeitsrechte ansonsten ausgesprochen schwierig wird. Zwar existieren durchaus anderweitige Versuche, die Gewährung von Urheberpersönlichkeitsrechten ökonomietheoretisch zu begründen, diese Bemühungen können aber letztlich nicht überzeugen. *Hansmann/Santilli*, 26 *Journal of Legal Studies* 95, 103 ff. (1997) beispielsweise argumentieren, der Wert eines einzelnen Werks der bildenden Kunst hänge ab von der im Oeuvre verkörperten Reputation des Künstlers; jedes Einzelwerk werbe gewissermaßen für alle anderen Werke. Die Verstümmelung bzw. Entstellung eines Werkes durch einen Drit-

erhaltung urheberrechtlichen Schutzes⁶³⁵? Welchen Stellenwert nimmt für ihn etwa das aus der wirtschaftlichen Partizipation an der Werknutzung generierte Einkommen im Vergleich zu anderen Einkunftsquellen tatsächlich ein?

Zu all diesen Fragen wissen wir bei Lichte betrachtet weiterhin recht wenig⁶³⁶. Sie erschöpfend zu behandeln, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Herausgegriffen werden sollen nachfolgend allein empirische Studien, die sich mit den langfristigen, monetären Anreizwirkungen des Urheberschutzes beschäftigen. Hervorzuheben sind hier die Arbeiten von *Towse*⁶³⁷, die sich als eine der ersten empirisch damit befasst hat, in welchem Umfang Urheber und ausübende Künstler tatsächlich von den Einkünften aus der Werknutzung bzw. der kommerziellen Auswertung ihrer Darbietungen profitieren⁶³⁸. Um dies herauszufinden, hat *Towse* u.a. die Daten von Verwertungsgesellschaften in Großbritannien,

ten führe daher zu einem entsprechend entgangenen Nutzen und damit zu Kosten beim Künstler. Die Aufgabe des Rechts sei es insofern, im Sinne von *Demsetz*⁷, *American Econ. Rev.*, Vol. 57, S. 347 ff. (1967), Untersuchungen zur Entstehung von »Property Rights« diese Externalitäten zu internalisieren («reputational externalities are an important justification for the right of integrity»). Bei realitätsnaher Betrachtung erscheint der von *Hansmann/Santilli* angenommene Kausalitätszusammenhang allerdings konstruiert. Eine den Wert beeinflussende Wechselwirkung innerhalb eines Oeuvres ist für den Fall der Verstümmelung eines einzelnen Werkes auf dem häufig unübersichtlichen Markt für Kulturgüter keineswegs zwingend; allenfalls für überschaubare, abgeschlossene Gesamtwerke besonders bekannter Urheber wie bei einem berühmten Maler oder Bildhauer mag sie zutreffend sein. Verallgemeinerungsfähige Aussagen – für sämtliche Werkkategorien – lassen sich aus diesem Ansatz jedenfalls nicht ableiten. Im Ergebnis ablehnend auch *Landes/Posner*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, S. 279 f.

635 Siehe dazu auch die vorstehend unter (1) und (2) erörterten alternativen Anreizmechanismen und Vermarktungsstrategien.

636 *Fisher*, *Theories of Intellectual Property*, in: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 180: «With respect to incentive theory, the primary problem is lack of the information necessary to apply the analytic. (...) The truth is that we don't have enough information to know who is right.»; *Handke/Stepan/Towse*, *Development of the Economics of Copyright*, S. 373, 402.

637 *Towse*, *The Earnings of Singers*, in: *Cultural Economics*, Hg. v. *Towse/Khakee*, S. 209 ff.; *Towse*, 52 *Kyklos* 369 ff. (1999); *Towse*, 54 *Kyklos* 473 ff. (2001); *Towse*, *Copyright and Cultural Policy for the Creative Industries*, in: *Economics, Law and Intellectual Property*, Hg. v. *Granstrand*, S. 419, 428 f.; viele ihrer Beiträge finden sich zusammengefasst in *Towse*, *Creativity, Incentive and Reward*.

638 Ein Grund für die relativ wenigen empirischen Studien in diesem Bereich ist sicher darin zu finden, dass wenig offizielles Zahlenmaterial existiert und sich die Forschung daher vor allem auf Befragungen stützen muss, die wegen der delikaten Natur, die Fragen zur Einkommenssituation zu eigen ist, und dem damit steigenden Risiko von Falschangaben mit Vorsicht genossen werden müssen; dazu auch *Towse*, *Copyright and Cultural Policy for the Creative Industries*, in: *Economics, Law and Intellectual Property*, Hg. v. *Granstrand*, S. 419, 428. *Towse*, *Creativity, Incentive and Reward*, S. 61 ff. gibt auch zahlreiche weitere Nachweise auf ältere Umfragen zu den Einkünften von Künstlern. Zu den generellen Schwierigkeiten empirischer Forschung in diesem Bereich auch *Wassall/Alper*, *Toward a Unified Theory of the Determinants of the Earnings of Artists*, in: *Cultural Economics*, Hg. v. *Towse/Khakee*, S. 187 ff.

Schweden und Dänemark ausgewertet⁶³⁹. Gestützt auf dieses Zahlenmaterial kommt *Towse* zu dem Ergebnis, dass von den Ausschüttungen der Verwertungsgesellschaften in erster Linie eine relative kleine Zahl ausübender Künstler und Urheber – die sogenannten »Superstars« – und die Verwerterindustrie profitieren, während die weit überwiegende Mehrheit der »typischen« Musiker nur sehr geringe Ausschüttungssummen erhält⁶⁴⁰. Gestützt wird dieser Befund durch die von *Kretschmer* ausgewerteten bzw. unternommenen Studien⁶⁴¹. So stellte sich beispielsweise für Komponisten und Textdichter die Ausschüttungsverteilung der Performing Right Society (PRS), also des britischen Pendant zur GEMA, im Jahre 1994 folgendermaßen dar: Gerade einmal 10 Komponisten erhielten mehr als £ 100.000, 204 mehr als £ 20.000, 459 mehr als £ 10.000, 848 mehr als £ 5.000 und 8.237 *weniger als £ 100*⁶⁴². Bei verdoppelter Mitgliederzahl setzte sich diese verzerrte Vergütungsverteilung im Jahr 2000 fort. Laut *Kretschmer*, der seine Aussagen in diesem Fall auf den PRS-Jahresbericht 2000 stützt, erhielten 200 Komponisten mehr als £ 100.000, 700 mehr als £ 25.000, 1.500 mehr als £ 10.000, 2.300 mehr als £ 5.000 und 16.000 *weniger als £ 100*. Danach erhält auch nach diesem Zahlenmaterial eine vergleichsweise kleine Zahl relativ hohe Summen und im Ergebnis eine Minorität einen disproportional großen Anteil der gesamten Ausschüttungssumme. Empirische Untersuchungen zeigen weiter, dass der »typische« Künstler – der also nicht zu den »happy few« der Superstars gehört – ein »multiple job-holder« ist, überdurchschnittliche Arbeitszeiten absolviert und

639 *Towse*, Creativity, Incentive and Reward, S. 123 ff.; der Abschnitt entspricht *Towse*, 52 Kyklos 369, 384 ff. (1999). Im Einzelnen stützt sich ihre Auswertung auf die Angaben der »Musicians Union« in Großbritannien, »SAMI« in Schweden und »GRAMEX« in Dänemark. Eine vergleichbare Auswertung des Zahlenmaterials von Verwertungsgesellschaften, die in Deutschland angesiedelt sind, ist nicht ersichtlich, wäre aber gewiss lohnend. Problematisch ist hier, dass zumindest der GEMA-Geschäftsbericht aus dem Jahre 2005 (online verfügbar unter: http://www.gema.de/media/de/gesch_berichte/gema_gb05_s23-42.pdf) die Ausschüttungsverteilung nicht so detailliert ausweist, als dass er Rückschlüsse darüber zuließe, ob und wie stark sich die Ausschüttungen innerhalb der einzelnen Gruppen der Urheber (also der Komponisten und Textdichter), Verleger und Rechtsnachfolger auf einige wenige Begünstigte konzentrieren.

640 *Towse*, Creativity, Incentive and Reward, S. 123 ff.; *Towse*, Copyright and Cultural Policy for the Creative Industries, in: Economics, Law and Intellectual Property, Hg. v. *Granstrand*, S. 419, 428 f.

641 *Kretschmer*, Artists' earnings and copyright, online verfügbar unter: http://www.firstmonday.org/issues/issue10_1/kretschmer/#1. Eine breiter angelegte Studie zu urheberrechtsbasierten Einkünften von Wortautoren, die von der Authors' Licensing and Collecting Society (ALCS) finanziert und vom Centre for Intellectual Property Policy & Management in Bournemouth durchgeführt wurde, ist jüngst erschienen, siehe *Kretschmer/Hardwick*, Authors' Earnings from Copyright and Non-Copyright Sources, online verfügbar unter: <http://www.cippm.org.uk/publications/Final%20report9.pdf>.

642 Die Angaben basieren auf einer von der »U.K. Monopolies & Merger Commission (MMC)« im Jahr 1996 hg. Untersuchung, HMSO Cm 3147, zitiert nach: *Kretschmer*, Artists' earnings and copyright. Ausgeschüttet wurden insgesamt £ 20.350.000 an 15.500 Berechtigte.

dabei – trotz seiner in aller Regel überdurchschnittlichen Ausbildung – nur über ein schwankendes und unterdurchschnittliches Einkommen verfügt⁶⁴³.

In der Zusammenschau legen diese Befunde die Vermutung nahe, dass für die Mehrheit der Urheber die auf Basis des urheberrechtlichen Schutzes generierten Einnahmen keinen signifikanten Beitrag zu ihrem Gesamteinkommen darstellen und die vermögensrechtlichen Aspekte des Urheberrechts deshalb für sie nur bedingt eine Anreizwirkung entfalten⁶⁴⁴. Um diese These verifizieren zu können und die verschiedenen Einkommensquellen kreativ Tätiger ins Verhältnis setzen zu können, bedarf es letztlich weiterer empirischer Studien, bei der etwa für die Bereiche Musik und Literatur differenziert durch Befragungen zu ermitteln ist, wie hoch das jeweilige »urheberrechtsbasierte« Einkommen jährlich ist und wie hoch demgegenüber das jährliche Gesamteinkommen ist. Bei letzterem ist dabei auch zu erfragen, wie es sich zusammensetzt, welchen Raum also insbesondere Preise, Stipendien, Lesungen, Konzerte und Ähnliches einnehmen. Ferner wäre es bei dieser Gelegenheit aufschlussreich zu erfahren, welchen Stellenwert die Befragten der Aussicht auf urheberrechtlichen Schutz für ihr kreatives Schaffen

643 Towse, Copyright and Cultural Policy for the Creative Industries, in: Economics, Law and Intellectual Property, Hg. v. *Granstrand*, S. 419, 428; Towse, 54 *Kyklos* 473, 485 (2001); *Kretschmer*, Artists' earnings and copyright. Die Aussagen zur Einkommenssituation werden dadurch gestützt, dass in Deutschland das gemeldete Durchschnittseinkommen der bei der Künstlersozialversicherung versicherten selbstständigen Künstlerinnen und Künstler zum 01.01.2006 10.814,- € im Jahr beträgt, sie also im Monat mit nur 901,- € auskommen müssen. Die Zahlen basieren auf den statistischen Angaben der Künstlersozialkasse, online verfügbar unter: <http://www.kuenstlersozialkasse.de/KSKinZahlen/Statistik/Einkommensentwicklung/DurchschnittseinkommenderVersicherten/tabid/77/Default.aspx>. Die Aussagekraft dieser Angaben ist dadurch begrenzt, dass sie auf nicht überprüften Selbstauskünften der Künstler beruhen. Empirische Daten zur Einkommenslage von 417 befragten selbstständigen Künstlern liefert auch die jüngst erschienene Studie von *Dangel/Piorkowsky/Stamm*, Selbstständige Künstlerinnen und Künstler in Deutschland – zwischen brotloser Kunst und freiem Unternehmertum?, hg. v. Deutscher Kulturrat, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, S. 75 und 78. Danach betrug das durchschnittliche jährliche *Haushaltsnettoeinkommen* (also das Einkommen aller Haushaltsmitglieder zusammen) bei den befragten Schriftstellern und literarischen Übersetzern 28.500 €, bei den Musikern 23.500 €, bei den darstellenden Künstlern 20.100 € und bei den bildenden Künstlern 19.000 €. Die weit überwiegende Mehrheit der Befragten lebte in Zwei- oder Mehrpersonenhaushalten. Der Anteil des Einkommens aus der selbstständigen künstlerischen Tätigkeit zum Haushaltseinkommen wurde durchschnittlich mit 42 % im Bereich Literatur und bildende Kunst, mit bis zu 53 % im Bereich Musik und mit 67 % im Bereich der darstellenden Kunst beziffert, ohne dass die verschiedenen Einkunftsquellen im Bereich der künstlerischen Tätigkeit im Einzelnen aufgeschlüsselt wurden. Die Studie hat gezeigt, wie stark Künstler auf andere Erwerbsquellen und die finanzielle Unterstützung durch ihr soziales Umfeld (v.a. Eltern und Partner) angewiesen sind.

644 Ähnlich Towse, Creativity, Incentive and Reward, S. 124; Towse, 54 *Kyklos* 473, 485 (2001): »extrinsic reward to art is low and artists feel under-valued and frustrated at having to do other work to support themselves.«; kritisch dazu *Haller*, Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie, S. 190, der bemängelt, dass diese Schlussfolgerung auf Schätzungen der Gesamteinkommenssituation und nicht auf entsprechenden empirischen Daten basiert.

selber beimessen⁶⁴⁵. Diese empirische Arbeit kann an dieser Stelle nicht geleistet werden. Wertvolle Arbeit haben in diesem Zusammenhang aber für den Bereich der Wortautoren jüngst *Kretschmer* und *Hardwick* mit ihrer Studie zu »Authors' Earnings from Copyright and Non-Copyright Sources« geleistet⁶⁴⁶. Deren Erkenntnisse stützen die hier aufgestellte Vermutung, dass für die große Mehrheit der Urheber die aus dem urheberrechtlichen Schutz resultierenden Einnahmen nicht nur absolut, sondern auch im Verhältnis zu ihrem Gesamteinkommen vergleichsweise gering sind und dass deshalb vom Urheberrecht bei weitem nicht die von ihm erhoffte monetäre Anreizwirkung ausgeht.

Ihre Befragung von 25.000 Wortautoren in Deutschland und Großbritannien hat zum einen deutlich bestätigt, dass Urheber in »Winner-take-all-Märkten« tätig sind⁶⁴⁷, und dass zum anderen in Großbritannien nur 20,3 % der Wortautoren ihr gesamtes Einkommen aus dem Schreiben ziehen und zu 60 % einem anderweitigen Einkommenserwerb nachgehen müssen. Die Umfrage ergab weiter, dass in Großbritannien für lediglich 21,7 % der Autoren der aus ihrem Schreiben generierte Einkommensanteil im Verhältnis zu ihrem individuellen Gesamteinkommen mehr als 90 % beträgt, für 24,6 % der Autoren mehr als 75 % des Gesamteinkommens und für 32,9 % mehr als 50 %⁶⁴⁸. Daraus lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass die weit überwiegende Mehrheit der Autoren, nämlich 67,1 %, *weniger als 50 % ihrer Einkünfte* aus der wirtschaftlichen Partizipation an der Nutzung ihrer urheberrechtlich geschützten Werke ziehen⁶⁴⁹. Für Deutschland lieferte die Umfrage vergleichsweise höhere Einkommensanteile im Verhältnis zum Gesamteinkommen zu Tage⁶⁵⁰. Hier lag der Anteil des »writing

645 Dabei wäre zwischen dem Schutz ihrer materiellen Interessen durch die Verwertungsrechte und dem Schutz ihrer ideellen Interessen durch die Urheberpersönlichkeitsrechte zu differenzieren.

646 Diese Studie ist als Preprint online verfügbar unter: <http://www.cippm.org.uk/publications/Final%20report9.pdf>.

647 *Kretschmer* und *Hardwick*, *Authors' Earnings from Copyright and Non-Copyright Sources*, S. 6, kamen im Einzelnen zu dem Ergebnis, dass einem kleinen Teil der befragten professionellen Wortautoren in Großbritannien, nämlich 10 % von ihnen, 60 % der totalen Einnahmen aus Honoraren für Autorentätigkeiten zufließen. Im deutschsprachigen Raum flössen 10 % der Autoren rund 41 % der Gesamteinnahmen zu, während 50 % der Autoren sich einen Anteil von insgesamt nur 12 % teilen müssten.

648 *S. Kretschmer/Hardwick*, *Authors' Earnings from Copyright and Non-Copyright Sources*, S. 131 (»contribution of writing income to total individual income in the UK«).

649 Bei professionellen Autoren, laut Studie also solchen, die mehr als 50 % ihrer Zeit dem Dasein als Autor widmen, liegt dieser Wert immerhin noch bei 40,4 % der Autoren, die weniger als 50 % ihrer Einkünfte aus dem Schreiben generieren, a.a.O., S. 131.

650 Die Autoreneinkünfte als solche waren in Deutschland gleichwohl geringer im Vergleich zu Großbritannien, was *Kretschmer* und *Hardwick* u.a. darauf zurückführen, dass der englischsprachige Markt schlicht größer ist, dazu a.a.O., S. 6 unter Nr. 3.

income« bei 36,9 % der Autoren bei weniger als 50 % im Verhältnis zu ihrem Gesamteinkommen⁶⁵¹.

Abgesehen von der Studie von *Kretschmer* und *Hardwick* finden sich durchaus noch weitere Indizien für die Richtigkeit der vorstehenden These. So hat etwa eine Befragung 283 österreichischer Komponisten 1993 folgendes Einkommensprofil ergeben: für 36,8 % der Befragten lag der Anteil des mittels ihrer Kompositionen generierten Einkommens im Verhältnis zu ihrem Gesamteinkommen bei unter 10 %, für 31,2 % bei 10-20 %, für 14,1 % bei 21-49 % und nur für 17,8 % der befragten Komponisten betrug der aus ihrer Kompositionstätigkeit abgeleitete Einkommensanteil mehr als 50 % im Verhältnis zu ihrem Gesamteinkommen⁶⁵².

Auch die oben (unter (1)) bereits erwähnte Zusammenstellung von Auskünften deutschsprachiger Schriftsteller vermittelt einen ersten Eindruck davon, wie sich deren Einkünfte zusammensetzen⁶⁵³. Diese Selbstaussagen mehr oder weniger etablierter Schriftsteller zeigen, dass die ganz überwiegende Mehrheit der Befragten offenbar nicht von der in aller Regel geringen Beteiligung am Erlös ihrer verkauften Bücher lebt, sondern vorrangig von Preisen, Stipendien und Lesungen⁶⁵⁴. *Peter Stamm* etwa gab an, dass sich sein Einkommen der letzten sechs Jahre nur zu einem Drittel aus dem Verkauf seiner Bücher generiere, zu einem Drittel aus Stipendien- und Preisgeldern und zu einem Drittel aus Lesungen. *Ingo Schulze* machte vergleichbare Angaben. Die wahren Profiteure des urheberrechtlichen Schutzes sind demgegenüber auch im Bereich der Literatur einige wenige Begünstigte, nämlich die auflagenstarken Bestsellerautoren, sowie die Verlage. Fast ausnahmslos betonten daher die befragten Schriftsteller die erhebliche Bedeutung der staatlichen Literaturförderung für ihr Schreiben. Die

651 *Kretschmer/Hardwick*, *Authors' Earnings from Copyright and Non-Copyright Sources*, S. 172. Die hier angegebene Prozentzahl ergibt sich im Umkehrschluss aus Tabelle 8.55. Auf die Unterscheidung zwischen professionellen und nicht-professionellen Autoren wurde für Deutschland verzichtet, dazu a.a.O., S. 74.

652 Die Studie wurde durchgeführt von einer Gruppe Soziologen an der Wiener Hochschule für Musik und Darstellende Kunst. Befragt wurden 630 Personen, von denen 283 Auskunft gaben. Dieser sog. »Komponistenreport« wird hier zitiert nach *Kretschmer/Hardwick*, *Authors' Earnings from Copyright and Non-Copyright Sources*, S. 66 f.

653 Erschienen in der *Süddeutschen Zeitung* am 8./9. April 2006, S. 16, unter der Überschrift »Wovon unsere Dichter leben«. Auch hier wäre es lohnend, eine breiter angelegte Befragung durchzuführen, um repräsentativere Daten zu erhalten.

654 Siehe in diesem Zusammenhang auch das von *Günter Grass* in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* vom 18. Januar 2005, S. 36, gebrachte Rechenbeispiel, wonach eine junge Schriftstellerin für ihr Romandebüt, in das sie zwei Jahre intensiver Arbeit gesteckt habe, bei 4135 verkauften Büchern, einem Ladenpreis von 19,80 Euro und zehnpromzentiger (also laut *Grass* durchschnittlicher) Beteiligung am Ende den mageren Betrag von rund 8.200 Euro überwiesen bekomme. *Grass*, a.a.O.: »(...) bevor sie sich abermals über ein Manuskript von Romanlänge beugen kann, wird sie von Stadt zu Stadt reisen müssen, um gegen ein einigermaßen respektables Honorar vor manchmal zahlreichem, oft nur spärlich erschienenem Publikum aus ihrem vor Jahresfrist veröffentlichten Roman zu lesen. (...) Was ich schildere, ist der Normalfall (...)«.

staatliche Förderung literarischen Schaffens erscheint vor diesem Hintergrund in Deutschland als ein das Urheberrecht ergänzendes, wenn nicht sogar teilweise dominierendes und im Zweifel ausschlaggebendes Anreizinstrumentarium⁶⁵⁵. Zwar kann man natürlich argumentieren, nur weil die urheberrechtsbasierten Einkünfte für die weit überwiegende Mehrheit der Urheber erfahrungsgemäß äußerst bescheiden sind, dass dies nicht notwendig heißen müsse, dass manche Urheber nicht trotzdem auf den großen kommerziellen Erfolg ihrer Werke hoffen. Dies ist prinzipiell sicher richtig. Schließlich spielen Menschen auch Lotto, obwohl sie wissen, dass die Chancen, den Jackpot zu »knacken«, äußerst gering sind. Es ist aber zu vermuten, dass die meisten Kreativen (aus eigener Erfahrung oder der ihres Umfeldes) die durch Lizenzierung ihrer Werke zu erzielenden Einnahmen einigermaßen realistisch einschätzen können und ohnehin auch in Abwesenheit urheberrechtlichen Schutzes und ohne die vage und wiederholt enttäuschte Hoffnung auf den großen Bestseller und Charterfolg nicht aufhören würden, Bücher zu schreiben und Songs zu komponieren.

Welche Schlussfolgerungen lassen sich bei aller Vorsicht, die aufgrund der wenig gesicherten empirischen Basis geboten ist, aus diesen Erkenntnissen ziehen? Zumindest für die Verwerterindustrie lässt sich mit einiger Sicherheit feststellen, dass das Urheberrecht seine monetäre Anreizwirkung entfaltet und Investitionen in die Schaffung kreativer Produkte, deren Distribution und Marketing stimuliert⁶⁵⁶. Für die »happy few« der Bestsellerautoren und langjährigen Superstars ist aus der persönlichen Erfahrung des kommerziellen Erfolgs und dank der Aussicht, mit neuen Werken daran unter Umständen leichter als Debütanten oder New-Comer auf einem gewissen Level anknüpfen zu können, das Bestehen einer

655 Siehe etwa die Äußerung *Albert Ostermaiers*, Süddeutsche Zeitung vom 8./9. April 2006, S. 16, wonach er das Münchner Literaturstipendium als »Ermutigungstreibstoff« in einem Moment erhielt, »als es sich zu entscheiden galt, für oder gegen das Risiko, nicht nur in, sondern auch durch die Literatur und mit ihr zu leben.«.

656 *Gifford*, 18 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 569, 612 f. (2000); *Lessig*, *Free Culture*, S. 225: »Of all the creative work produced by humans anywhere, a tiny fraction has continuing commercial value. For that tiny fraction, the copyright is a crucially important legal device. For that tiny fraction, the copyright creates incentives to produce and distribute the creative work.«. Der Umstand, dass hinsichtlich der Anreizwirkung grundsätzlich zwischen Urhebern und kommerziell agierenden Verwertern zu differenzieren ist, wirft die Frage auf, inwieweit sich dieser divergierenden Anreizwirkung mit einer flexibleren Ausgestaltung der Schutzfrist Rechnung tragen lässt. Denkbar wäre eine radikale Verkürzung auf eine beispielsweise fünf- oder zehnjährige Schutzdauer ipso iure mit anschließender, gebührenpflichtiger mehrmaliger Verlängerungsoption, von der voraussichtlich vor allem Rechteinhaber mit kommerzieller Verwertungsabsicht Gebrauch machen würden, siehe *Lessig*, *The Future of Ideas*, S. 251 ff. Der Vorteil einer solchen Schutzfristregelung wäre, dass die große Zahl der Werke, für die eine kommerzielle Verwertung nicht (oder nicht mehr) angestrebt wird, gemeinfrei würde. Die für die technische Umsetzung eines solchen Modells erforderliche Registrierung verlangte freilich eine Änderung des internationalen Urheberrechts. Gegenwärtig steht einer (Wieder-) Einführung der obligatorischen Registrierung als Schutzvoraussetzung nämlich Art. 5 Abs. 2 der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) entgegen. Dieser Reformvorschlag wird in Kap. 5 zu vertiefen sein.

gewissen Anreizwirkung im Zweifel ebenfalls zu vermuten⁶⁵⁷. Für das Gros der kreativ Tätigen, das zumeist nur in einem äußerst geringen Umfang am wirtschaftlichem Erfolg seiner Werke partizipiert – so diese denn überhaupt kommerziell ausgewertet werden bzw. ausgewertet werden sollen –, muss die Anreizwirkung nach gegenwärtigem Forschungsstand jedoch als maßlos überbewertet gelten⁶⁵⁸. Es soll an dieser Stelle ausdrücklich nicht bestritten werden, dass vom Urheberrecht in einem gewissen Umfang durchaus eine monetäre ebenso wie eine nicht-monetäre Anreizwirkung (letztere aufgrund der Urheberpersönlichkeitsrechte) ausgeht. Die Intensität der monetären Anreizwirkung dürfte aber wesentlich geringer sein als gemeinhin angenommen. Auch ist davon auszugehen, dass Urheber ihr Verhalten bestenfalls beschränkt rational an dieser monetären Anreizwirkung ausrichten. Daraus lässt sich zwar gewiss nicht ableiten, dass die urheberrechtliche Anreizgewährung überflüssig wäre. Ebensowenig lässt sich aber die Forderung nach einer weiteren Schutzexpansion uneingeschränkt auf das Anreizparadigma stützen⁶⁵⁹. Mehr Schutz bedeutet längst nicht automatisch mehr Werkschaffen, zumal dann, wenn der Urheber nicht angemessen am wirtschaftlichen Erfolg seines Werkes partizipiert. Solange zudem die kreativitätsfördernde Wirkung des Urheberschutzes nicht erwiesen bzw. empirisch näher erforscht ist, ist daher hinsichtlich jeder weiteren Schutzausdehnung Skepsis geboten⁶⁶⁰. Kulturpolitisch wirkt der Umstand, dass offenbar nur eine Minorität der Kreativen signifikant von den positiven finanziellen Effekten des Urheberrechts profitiert, indes die Frage auf, ob sich kreatives Schaffen in einzelnen Bereichen nicht wirkungsvoller durch finanzielle Unterstützung insbesondere während des Schaf-

657 Zwar ist ein Bestseller oder Chartserfolg gewiss nicht planbar, aber ein solcher, in der Vergangenheit bereits erzielter Erfolg steigert in aller Regel den »Marktwert« des jeweiligen Urhebers und gibt ihm eine bessere Verhandlungsbasis gegenüber dem Verwerter, s.a. *Kretschmer*, Artists' earnings and copyright, unter »Results: Markets in creative industries«: »Market intermediaries tend to favour known artists with a track record. The bargaining power of consistently successful artists is therefore very high.«.

658 *Gifford*, 18 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 569, 612 f. (2000); *Towse*, Creativity, Incentive and Reward, S. 21: »For all the sophisticated analysis by economists, economic historians, law-and-economists and lawyers, however, we still cannot say with any conviction that intellectual property law in general, and copyright law in particular, stimulates creativity.«; s.a. *Haller*, Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie, S. 216, der die von ihm erörterten empirischen Studien dahingehend zusammenfasst, dass sie zumindest indirekt zeigen, »daß Urheberrechtsschutz meist keine signifikant positiven Anreizwirkungen induziert.«. *Haller* weist zudem darauf hin (S. 216), dass die »geringen Anreizwirkungen des Urheberrechtsschutzes (...) außerdem indirekt durch ähnlich gelagerte Untersuchungen bezüglich des Patentrechts bestätigt« werden. Diese gelangten »mehrheitlich zu dem Ergebnis, daß der Patentschutz bestenfalls eine geringe Anreizwirkung besitzt.« (S. 193 f. m.w.N.).

659 Dies gilt jedenfalls dann, wenn man tatsächlich die Förderung kreativen Schaffens und nicht die Profitsteigerung der Verwerterindustrie verfolgen möchte.

660 *Towse*, Creativity, Incentive and Reward, S. 21.

fensprozess, sprich: letztlich einen Ausbau der staatlichen Förderung beispielsweise in Gestalt von Stipendien für Schriftsteller, stimulieren ließe⁶⁶¹.

Im Ergebnis wird das hier diskutierte, urheberrechtstheoretische Anreizparadigma aus zwei Gründen deutlich geschwächt: zum einen durch die begründeten Zweifel an der überschätzten, monetären Anreizwirkung urheberrechtlichen Schutzes, zum anderen durch verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse, wonach davon auszugehen ist, dass Menschen ihr Verhalten auf solcherart Anreize bestensfalls beschränkt rational ausrichten und zudem unter bestimmten Voraussetzungen bereit sind, auf eine eigennützige Nutzenmaximierung zu verzichten. Es hieße aber, das Kind mit dem Bade auszuschütten, wollte man das Anreizparadigma aus diesen Gründen völlig verwerfen. Denn im Grundsatz ist das Bestehen einer (wenngleich für viele Urheber nur geringen) monetären Anreizwirkung ebenso zu bejahen wie das grundsätzliche Streben nach einer rationalen und eigennützigen Nutzenmaximierung durch den Menschen (letzteres heißt nicht, dass ihm das immer gelingt oder er davon bisweilen nicht Abstand nimmt). Das Festhalten an einer dergestalt modifizierten Verhaltensannahme ist auch aus methodologischen Gründen erforderlich, um ex ante annäherungsweise Prognosen über die Folgen des Urheberrechts in der Realität liefern zu können.

(4) Kritik am ökonomischen Effizienzziel

Das rechtspolitische normative Programm der ökonomischen Analyse des (Urheber-) Rechts lässt sich in einem – gleichwohl schillernden – Wort zusammenfassen: Effizienz⁶⁶². Als teleologischer Theorie geht es der ökonomischen Analyse des Rechts darum, dass bei der folgenreorientierten Ausgestaltung und Auslegung des Rechts das Ziel der Effizienz realisiert wird⁶⁶³. Ökonomische Effizienz soll dabei nicht ein, sondern *das* überragende Ziel sein⁶⁶⁴. Es ist dieser vor

661 Ähnlich Towse, Creativity, Incentive and Reward, S. 165 f. und Hurt/Schuchman, 56 The American Economic Rev. 421, 426 (1966): «If we wish to encourage works which require long periods of research or high costs of creation before they reach the publishing stage, it may be preferable to support authors during the period of production rather than during the moment of potential income protected by the copyright laws.». Zu diesem alternativen Anreizmechanismus bereits oben unter (1).

662 Näher zu den verschiedenen Effizienzkriterien oben unter Kap. 4 C. I. 1. d).

663 Dies gilt für den hier diskutierten ökonomietheoretischen Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung, noch stärker aber tritt die Fokussierung auf das Ziel der Allokationseffizienz bei dem nachfolgend diskutierten neoklassischen Property Rights-Ansatz zutage. Für ihn gilt die hier formulierte Kritik erst recht.

664 Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 7: »Wenn daher die Herstellung von Allokationseffizienz zu den wesentlichen Forderungen an eine Rechtsordnung gehört, ist es nicht ohne weiteres zu rechtfertigen, wenn juristische Zielsetzungen wie Verkehrssicherheit und Rechtssicherheit gleichrangig neben oder gar über das Effizienzziel gestellt werden. Sie sind legitim, wenn sie Allokationseffizienz fördern.« Schäfer/Ott erkennen gleichwohl an, a.a.O., S. 6, »dass die Regeln eines wünschenswerten Zusam-

allem in den Anfängen der ökonomischen Analyse des Rechts in dieser Form postulierte Ausschließlichkeitsanspruch, der massive Kritik hervorgerufen hat⁶⁶⁵. Die Frage, ob und warum Recht effizient sein sollte, erhitze die Gemüter⁶⁶⁶. Mittlerweile hat sich diese Debatte deutlich abgekühlt⁶⁶⁷, und auch die deutsche Rechtswissenschaft scheint die Phase ihres methodologischen Konservatismus überwunden zu haben. Der Umgang mit der aus den USA stammenden effizienzorientierten Betrachtungsweise von Recht ist gelassener geworden. Möglicherweise ist dabei auch schlicht ein gewisser Gewöhnungseffekt eingetreten. Zur Entspannung beigetragen hat gewiss, dass mittlerweile auch vom prominentesten Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts, nämlich *Posner*, die absolute Vorrangstellung des Effizienzziels relativiert worden ist⁶⁶⁸. Er sieht Effizienz heute als wichtiges, aber nicht alleiniges oder vorrangiges Kriterium für die Ausgestaltung des Rechts⁶⁶⁹. Ein absoluter normativer Geltungsanspruch des ökonomischen Effizienzziels wird generell kaum noch erhoben⁶⁷⁰. Er ist der Erkenntnis gewichen, dass das ökonomische Effizienzkriterium nur Ausgangspunkt stets notwendig bleibender normativer Bewertung sein kann. Die auf dem Effizienzkriterium ba-

menlebens sich nicht ausschließlich am Effizienzziel orientieren können. (...) Eine Gesellschaft mit effizienten Institutionen und mit effizientem Rechtssystem muss noch nicht gerecht sein. Es kann nötig sein, Effizienzverluste zur Erreichung höherwertiger normativer Ziele in Kauf zu nehmen.«

665 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 8; *Fezer*, JZ 1986, 817, 819; *Fezer*, JZ 1988, 223, 226 f.

666 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 169 ff. mit einer Vielzahl weiterer Nachweise; *Fezer*, JZ 1988, 223, 226 f.; *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?; *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 213, 215 f.

667 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 224 (»deutliche Beruhigung eingetreten«).

668 So ist *Posner* spätestens in »The problems of jurisprudence«, S. 353-392, 454-469, vom alleinigen Ziel der Effizienzsteigerung zur Wohlfahrtsmaximierung abgerückt. Näher zu *Posners* Positionswandel *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 143 und 181 f. Oft übersehen wird, dass *Posner* bereits in seinem grundlegenden Werk »Economic analysis of law«, keinen Hehl aus der begrenzten Kompetenz des Ökonomen in einer Diskussion über das Recht gemacht hatte: »Wenn die Ökonomie schon keine Antwort auf die Frage gibt, ob die vorhandene Verteilung des Einkommens und des Wohlstandes gut oder schlecht, gerecht oder ungerecht ist (...), so gibt sie erst recht keine Antwort auf die letztendliche Frage, ob eine effiziente Ressourcenallokation gut, gerecht oder sonstige sozial oder ethisch wünschenswert ist. (...) Die Kompetenz des Ökonomen in einer Diskussion über das Rechtssystem ist daher streng begrenzt. Er kann die Auswirkungen rechtlicher Normen und Regelungen auf Wert und Effizienz (beide in ihrem strikt technischen Sinn) und auf die bestehende Verteilung von Einkommen und Vermögen vorhersagen. Er kann aber nicht sozialen Wandel vorschreiben.« (zitiert nach *Posner*, Recht und Ökonomie: Eine Einführung, in: ÖAR, Hg. v. *Assmann/Kirchner/Schanze*, S. 79, 86. Die Übersetzung basiert auf der 2. Aufl. von *Economic Analysis of Law* aus dem Jahre 1977).

669 *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 5. Aufl., S. 13.

670 Es drängt sich daher der Eindruck auf, dass Kritiker einer ausschließlich am Effizienzkriterium ausgerichteten Sichtweise von Recht aus an für sich berechtigten Motiven einen nur noch imaginär vorhandenen Gegner attackieren, einen Gegner nämlich, der längst einen Positionswechsel vollzogen hat. *Palandt-Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, Einl., Rn. 32: »Ein absoluter Vorrang ökonomischer Effizienz wird aber kaum noch befürwortet.

sierenden ökonomietheoretischen Erkenntnisse werden daher zwar zunehmend als ein Angebot zur Reform und Rechtfertigung von Recht durch den Gesetzgeber und die ihn beratende Rechtswissenschaft wahrgenommen und angenommen⁶⁷¹. Dies geschieht aber in dem weit verbreiteten Bewusstsein, dass in einem zweiten Schritt stets eine normative Bewertung erforderlich bleibt. Die ökonomische Analyse kann keine zwingenden Vorgaben für das Recht liefern. »Law and economics« heißt nicht – und kann nach nahezu einhelliger Ansicht nicht heißen – »law as economics«⁶⁷².

Irrelevant werden die von Kritikern eingebrachten Einwände gegenüber dem Effizienzkriterium aufgrund dessen gestiegener Akzeptanz und seiner zunehmenden Verwendung keineswegs. Im Gegenteil: Allzu leicht drohen bei einer grundsätzlich effizienzorientierten Sichtweise konkurrierende gesellschaftspolitische Zielsetzungen nicht ausreichend berücksichtigt zu werden. Zu nennen sind zum einen übergeordnete, allgemeine Zielvorstellungen unseres Rechtssystems wie Rechtssicherheit, ausgleichende Gerechtigkeit, Verteilungsgerechtigkeit, Rechtsgüterschutz oder der Schutz des Schwächeren⁶⁷³. Für den Bereich des Urheberrechts lässt sich diese Kritik noch näher spezifizieren. Ein moralisch-ethischer

Es wird zunehmend anerkannt, dass die ökonomische Analyse nur Teil einer Gesamtbeurteilung sein kann und dass die Aufg., das Recht nach Effizienzkriterien auszurichten, dem Gesetzgeber und der Rechtswissensch. nicht aber dem Richter obliegt (...).« Siehe aber auch *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 104 f. und 166, der darauf hinweist, dass zumindest nach den Vorstellungen der Chicago School zum US-Antitrust-Recht der ausschließliche Geltungsanspruch des Ökonomischen fortbestehe und das Recht ausschließlich ökonomischen Effizienzkriterien zu entsprechen habe. Kritisch gesehen wurde der Ausschließlichkeitsanspruch in Deutschland schon früh von *Lehmann*, Vertragsanbahnung durch Werbung, S. 237, Fn. 47: »Der Absolutheitsanspruch Posners i.S. einer Gesamtheorie des Privatrechts oder sogar der Rechtsordnung überhaupt wird hier nicht geteilt«.

671 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 490 f., will die ökonomische Analyse des Rechts deshalb in erster Linie als »Gesetzgebungstheorie« verstanden wissen, bei der er die Rolle der Rechtswissenschaft darin sieht, sich von einer »Rechtsprechungswissenschaft« hin zu einer »Wissenschaft von der Rechtssetzung« zu entwickeln.

672 *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.«; im Ergebnis auch *Lehmann*, Verbraucherschutz und Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, in: *Recht und Risiko*, Hg. v. *Finsinger/Simon*, S. 365, 387, der – den Ausschließlichkeitsanspruch des Ökonomischen ablehnend – die Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Rechts methodologisch als einen Aspekt neben anderen in eine umfassende Interessenabwägung im Sinne der Interessenjurisprudenz einordnet. *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 185 f., will der ökonomischen Analyse eine normative Bedeutung ebenfalls nur dann zugestehen, »soweit sie keinen Absolutheitsanspruch erhebt«. *Drexel* schlägt stattdessen (S. 176 ff.) ein Konzept der »normativen Effizienz« vor, auf das noch einzugehen sein wird.

673 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 170; s.a. *Fezer*, JZ 1988, 223, 228: »Kardinale Aufgaben des Rechts wie *Freiheitsverbürgung*, *Menschenrechte*, *Verteilungsgerechtigkeit*, *Minderheitenschutz* verkommen in der ökonomischen Rechtstheorie zum Sand im Getriebe der Effizienzplanung.«.

Strang der Kritik richtet sich hier mit einem gewissen sozial- und kulturpolitischen Impetus insbesondere gegen die ungenügende Berücksichtigung kulturpolitischer, metaökonomischer Zielvorstellungen wie beispielsweise dem Interesse an angemessener Alimentation für den Kreativen, dem Interesse an kultureller Vielfalt, an Informationszugang für die Allgemeinheit⁶⁷⁴ und der geistig-schöpferischen Partizipation an den Schätzen unserer reichen kulturhistorischen Tradition. Auch der notwendige Schutz der ideellen Interessen des Urhebers in Bezug auf sein Werk droht bei einer rein effizienzorientierten ökonomietheoretischen Sichtweise zu kurz zu kommen, ein Gesichtspunkt, der nicht zuletzt auch deshalb Berücksichtigung verdient, weil die Urheberpersönlichkeitsrechte verfassungsrechtlich fundiert (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) und konventionsrechtlich verankert sind (Art. 6bis RBÜ).

Eine monothematische Herangehensweise, die allein auf das Effizienzkonzept abstellte und dabei jegliches sozialethisch motivierte Korrektiv ausblendete, wäre auch für das deutsche Recht unvereinbar mit dem Rahmen des Grundgesetzes. Ohne eine normative Zielkorrektur des utilitaristisch basierten ökonomietheoretischen Ansatzes käme es mithin zu einer verfassungsrechtlichen Konfliktsituation⁶⁷⁵. Ein ungebremses Effizienz- und Nützlichkeitsdenken ist daher abzulehnen. Aus diesem Grund ist der vorstehend dargestellten Kritiklinie bei der Konstruktion einer normativen Theorie des Urheberrechts mittels der Berücksichtigung entsprechender Werte und Zielvorstellungen Rechnung zu tragen. Ihre Legitimität ziehen diese Werte und Zielvorstellungen dabei aus den Grund- und Menschenrechten⁶⁷⁶.

Es bleibt jedoch die Frage, an welcher Stelle die normative Zielkorrektur am besten einsetzen sollte. Soll sie etwa bereits in das Optimierungsmodell der ökonomischen Analyse integriert werden? Oder soll die normative Zielkorrektur erst

674 Vgl. beispielsweise *Wiebe*, GRUR 1994, 233, 245 f: »Information ist nicht nur Wirtschaftsfaktor, sondern auch kulturelles Gut, verfassungspolitischer Wert und Gefahrenpotential. (...) Dann lassen sich Ausschlußrechte daran nicht allein mit den dem Immaterialgüterrecht zugrundeliegenden Erwägungen legitimieren. Eine Vielzahl unterschiedlicher Werte ist betroffen, über deren Schutz bzw. Förderung eine gesellschaftliche Auseinandersetzung geführt werden muß. Die durch die Entwicklung zur Informationsgesellschaft entstandenen Konflikte entgegenstehender Interessen an Verfügung über Informationen, Informationszugang und -abwehr bedürfen einer umfassenden Aufarbeitung, Abwägung und möglicherweise Konstituierung neuer Ausgleichsmechanismen im Rahmen einer Informationsordnung, die auch Aspekte einer Informationsethik einzubeziehen (...) hat.«.

675 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 489: »Eine konsequent effizienzorientierte Rechtspolitik ist darüber hinaus denselben Einwänden ausgesetzt, wie der Utilitarismus: Sie ist blind gegenüber verteilungspolitischen Erwägungen und sie könnte zu Eingriffen in unantastbare Grundrechte führen (...). Als alleiniger Bewertungsmaßstab für die Folgen des Rechts kommt das ökonomische Effizienzziel deshalb nicht in Betracht (...). Das Recht hat die Aufgabe, die Freiheit des einzelnen vor Übergriffen Dritter zu sichern (Freiheits-sicherung). Es hat aber in bestimmten Fällen auch die Aufgabe, den einzelnen vor sich selber zu schützen (Paternalismus).«.

676 *Fezer*, JZ 1988, 223, 228, ist in diesem Zusammenhang mit großer Vehemenz für deren Berücksichtigung eingetreten.

nachgelagert, in einem zweiten Schritt als normative Bewertung der auf dem Effizienzkriterium beruhenden ökonomischen Erkenntnisse durch Rechtswissenschaft und Gesetzgeber erfolgen? Letzteres wird hier vertreten. *Drexl* hat demgegenüber für seinen »normative Effizienz« apostrophierten Ansatz einen ausgesprochen frühen Anknüpfungspunkt im Rahmen des ökonomietheoretischen Modells gewählt⁶⁷⁷. Zwar steht auch er auf dem Standpunkt, dass das Recht selber zu bestimmen habe, »welche Bedeutung wirtschaftlicher Effizienz im Rahmen des Ausgleichs von Wertekollisionen« zukomme⁶⁷⁸. *Drexl* möchte aber bereits bei der modelltheoretischen Annahme des homo oeconomicus korrigierend eingreifen und den rational-eigennützigen Nutzenmaximierer durch das Menschenbild der jeweiligen nationalen Rechtsordnung (sprich: in unserem Fall das Menschenbild des Grundgesetzes und der Menschenrechte) ersetzen⁶⁷⁹. Davon verspricht er sich, dass mittelbar das Effizienzkriterium »normativ aufgefüllt« werde (deshalb »normative Effizienz«)⁶⁸⁰. Unklar bleibt dabei, wie nach dieser grundlegenden Modifikation des ökonomietheoretischen Verhaltensmodells noch Prognosen über die Folgen von Recht möglich sein sollen⁶⁸¹. Denn wenn an die Stelle der rationalen »Maximierung individuellen wirtschaftlichen Nutzens ein grundsätzlich offenes Modell autonomer Präferenzen«⁶⁸² treten soll, bedeutet dies im Endeffekt den Verzicht darauf, Aussagen darüber treffen zu können, wie Menschen auf die vom Recht ausgehenden Anreize reagieren. Die Rechtswissenschaft würde mit anderen Worten durch den Verzicht auf diese ökonomietheoretische Modellannahme auf ex-post-Aussagen beschränkt. Es soll hiermit in keiner Weise unkritisch behauptet werden, dass das ökonomische Verhaltensmodell nicht der Modifikation bedürfte. Seine Modellprämissen sind vielmehr – wie vorstehend unter (3) näher erörtert – unter Berücksichtigung neuerer verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse zu optimieren, um so realitätsnähere und damit brauchbarere Prognosen zu erhalten. Im Ergebnis ist die Festlegung auf ein bestimmtes positives Modell menschlichen Verhaltens (auch unter Inkaufnahme stets verbleibender Abweichungen zur Realität) aus methodologischen Gründen aber unvermeid-

677 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 176 ff.

678 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 176.

679 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 176 ff. (»Das Einsetzen des Rechts bereits beim zu verwirklichenden Menschenbild bedingt, daß das Ergebnis der Analyse dem normativ vorgegebenen Menschenbild entspricht.«). *Drexl* knüpft damit explizit an die Kritik *Fezers* an, JZ 1986, 817, 822: »REMM ist nicht der Mensch eines verfassungsgestalteten Privatrechts einer offenen Gesellschaft der Grundrechtsdemokratie.«.

680 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 177.

681 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 177, behauptet, »die Modelle der Ökonomie (seien) weiterhin anwendbar«.

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

lich⁶⁸³. Ein vollkommen offenes Verhaltensmodell, bei dem der Mensch nicht näher eingegrenzte, individuell selbstgewählte Präferenzen zu verwirklichen sucht, mag zwar unter moralisch-ethischen Gesichtspunkten intuitiv befriedigender sein, methodologisch vermag es aber keine dem ökonomischen Verhaltensmodell vergleichbare Prognoseleistung zu erbringen⁶⁸⁴. *Drexls* an sich vollkommen berechtigtes Anliegen, mit seinem Ansatz der »normativen Effizienz« der freien Selbstbestimmung des Individuums und damit einem »normativen Menschenbild im Sinne ethisch fundierter Autonomie« Rechnung zu tragen, setzt damit an einer methodologisch inadäquaten Stelle an. Überzeugender erscheint es, die Berücksichtigung verfassungsrechtlicher sowie ethischer und sozial- wie kulturpolitischer Erwägungen nicht modellimmanent, sondern nachgelagert für die durch den Gesetzgeber vorzunehmende normative Bewertung einzufordern. An dieser Stelle sind wertende Entscheidungen unumgänglich. Um sie zu erleichtern, ist es Aufgabe der Urheberrechtswissenschaft, eine normative Theorie zu entwickeln, die die ökonomische Effizienz in den Dienst metaökonomischer Zielvorstellungen stellt. Auf welcher theoretischen Basis und unter Berücksichtigung welcher maßgeblichen Gesichtspunkte eine solche »Domestizierung« der ökonomischen Analyse geschehen kann, wird nachfolgend zu vertiefen sein⁶⁸⁵. Vorerst bleibt als Zwischenergebnis festzuhalten, dass das ökonomische Effizienzkriterium normative Bedeutung nur dann erlangen kann, wenn es keine ausschließliche Geltung für die Legitimation und Ausgestaltung des Rechts beansprucht⁶⁸⁶ und zudem in metaökonomische Erwägungen eingebunden, dem Recht also untergeordnet ist.

bb) Methodologische Kritik: Problem der Operationalisierbarkeit

Ein weiterer Strang der Kritik richtet sich gegen die Operationalisierbarkeit des hier diskutierten Paradigmas der Anreiz- und Zugangs- bzw. Nutzungsoptimierung. Die Brauchbarkeit dieses Ansatzes wird dabei aus verschiedenen Gründen angezweifelt. So weiß man, wie oben gesehen, bislang zu wenig darüber, was kre-

683 Eidenmüller, JZ 2005, 216, 217. Für die vorliegende Arbeit wurde diese Festlegung dahingehend getroffen, dass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass der Mensch beschränkt rational und eigennützig nach Nutzenmaximierung strebt (dies heißt gerade nicht, dass ihm das immer gelingt oder er davon bisweilen nicht Abstand nimmt). Dieses Verhaltensmodell ist zugestandenermaßen nicht frei von Schwächen, aber es ist immerhin eines, das prinzipiell Vorhersagen erlaubt. Leistungsfähigere Verhaltensannahmen sind nicht in Sicht.

684 S.a. Ott/Schäfer, JZ 1988, 213, 219, die betonen, dass es sich bei der ökonomischen Verhaltensannahme »nicht um eine ethische sondern um eine methodische Frage (handele), die folglich auch nur mit methodischen, nicht mit ethischen Argumenten verteidigt oder angegriffen werden kann.«.

685 Siehe dazu Kap. 4 C. IV. Dort wird auch zu klären sein, welchen Stellenwert die ökonomische Effizienz im Verhältnis zu konkurrierenden Zielen und Wertvorstellungen einnehmen sollte.

686 So auch *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 185 f.

atives Schaffen tatsächlich motiviert. Dass eine vom Urheberrecht ausgehende Anreizwirkung kreatives Schaffen stimuliert, lässt sich bislang allenfalls vermuten, aber trotz vielfältiger Bemühungen nicht mit abschließender Sicherheit empirisch beweisen⁶⁸⁷. Selbst dann, wenn man wie hier im Grundsatz von der Existenz einer (in aller Regel ohnehin nur geringen bzw. zumindest vielfach überbewerteten) monetären wie nicht-monetären Anreizwirkung ausgeht, leidet die Prognoseschärfe des ökonomischen Verhaltensmodells aber darunter, dass Menschen nach verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen ihr Verhalten bestenfalls beschränkt rational an solchen Anreizen ausrichten und mitunter von einer eigen-nützigen Nutzenmaximierung Abstand nehmen. Das Problem der dadurch bedingten Prognoseunschärfe wird ergänzt durch ein prinzipielles Wertungs- und Messungsproblem⁶⁸⁸. Denn um im Rahmen einer »cost-benefit-Analyse« Aussagen darüber treffen zu können, bis zu welchem Punkt die vermuteten positiven Effekte der Anreizgewährung die damit verbundenen Nachteile der Zugangs- und Nutzungsbeschränkung überwiegen, verlangt die ökonomische Analyse methodologisch an sich eine Quantifizierung der Vor- und Nachteile urheberrechtlichen Schutzes. Es ist aber nicht ersichtlich, wie Kosten und Nutzen in diesem Fall empirisch ermittelt und in Geldeinheiten ausgedrückt werden sollen. Von der ökonomischen Analyse alleine sind daher keine konkreten Aussagen über den »richtigen« Balancepunkt zwischen Anreiz- und Nutzungsoptimierung im Urheberrecht zu erwarten; zwingende, eindeutige Vorgaben für den optimalen Umfang urheberrechtlichen Schutzes ergeben sich aus ihr mithin nicht⁶⁸⁹. Was sich auf Grundlage einer ökonomietheoretischen Betrachtung dieses Spannungsverhältnisses immerhin sagen lässt, ist aber, dass es ineffizient wäre, einzig auf eine Anreizmaximierung durch weitere Expansion urheberrechtlichen Schutzes zu setzen, weil dann potentielle Nutzer daran gehindert würden, voll von der Nicht-Rivalität immaterieller Güter zu profitieren. Die steigenden »costs of expression« würden zudem kreatives Schaffen be- wenn nicht sogar teilweise verhindern. Indem das Paradigma der Anreiz- und Nutzungsoptimierung diese negativen Schutzwirkungen des Urheber-

687 Towse, Creativity, Incentive and Reward, S. 21.

688 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 54; Fisher, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. Munzer, S. 168, 180: »With respect to incentive theory, the primary problem is lack of the information necessary to apply the analytic.«.

689 Bechtold, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 283; Koboldt, Property Rights und Urheberschutz, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Hg. v. Ott/Schäfer, S. 69, 110; Wiebe, GRUR 1994, 233, 243; Menell, Intellectual Property: General Theories, in: Encyclopedia of Law and Economics II, Hg. v. Bouckaert/De Geest, S. 129, 163: »Of perhaps greatest importance, recent work has shown that the holy grail of a perfectly calibrated incentive system is unattainable.« Menell zieht daraus die Schlussfolgerung: »Especially when the insights of public choice theory are factored into the analysis – in particular, the difficulty of enacting and implementing public-regarding intellectual property policies in the presence of rent-seeking by interested parties – the field should focus more on setting the main parameters and providing incentives for the evolution of new privately and socially constructed institutions to develop effective governance structures.«.

berrechts in den Blick nimmt, lehrt es uns daher, dass eine einseitige Fokussierung auf den urheberrechtlichen Schutz der Urheber- und Verwerterinteressen falsch wäre. Dies spricht im Zuge einer normativen Bewertung dann aber gerade dafür – wie hier vorgeschlagen – ergänzend die Vermeidung von Unternutzung zur ureigenen positiven Regelungsaufgabe des Urheberrechts zu erheben und entsprechend den Schutz der Nutzerinteressen ausdrücklich als weiteren normativen Zweck des Urheberrechts zu verstehen⁶⁹⁰. Im Ergebnis lässt sich somit der ökonomietheoretische Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung zumindest für die hier interessierende Frage nach dem Warum des Urheberrechts fruchtbar machen.

cc) Zusammenfassung

Das Erklärungsmodell der Anreiz- und Nutzungsoptimierung ist nicht frei von Schwächen. Angesichts alternativer Anreizmechanismen und technischer Möglichkeiten des Urheber- und Verwerter-schutzes steht namentlich die Erforderlichkeit der Anreizgewährung mittels des Urheberrechts in Frage. Wie gesehen wäre es gleichwohl verfehlt, das urheberrechtliche Anreizparadigma für überflüssig zu erklären, denn vollständig ersetzen können die genannten Alternativen das Urheberrecht nicht. So ist insbesondere anzunehmen, dass sich auch in Zukunft ein nicht unerheblicher Teil der Auswertung von Geisteswerken unverändert auf analogem Wege vollziehen wird und Urheber bzw. Rechteinhaber deshalb weiterhin des Rechts bedürfen, um unerwünschte, zahlungswillige Trittbrettfahrer ausschließen zu können. Die DRM-Enthusiasten zeichnen insoweit ein unvollständiges Bild der zu lösenden Anreizproblematik – zumal auch die Verwender von immer wieder versagenden DRM-Schutzmechanismen zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt auf das »Sicherheitsnetz« des Urheberschutzes angewiesen bleiben⁶⁹¹. Auch der Einwand, DRM-Systeme könnten mittels der durch sie ermöglichten effektiveren Preisdiskriminierung vergleichsweise besser als das Urheberrecht die Aufgabe übernehmen, Unternutzung zu vermeiden, kann im Ergebnis nicht überzeugen. Zwar ist es prinzipiell richtig, dass mittels einer technisch unterstützten Preisdiskriminierung mehr Nutzungswillige in die Lage versetzt werden mögen, ein Werk gegen Entgelt zu nutzen. Es darf aber nicht außer acht gelassen werden, dass sich das Problem der Unternutzung auch lösen lässt, indem man vorgelagert das Schutzniveau absenkt (und dadurch a priori weniger Nutzungswillige ausschließt) oder aber, indem man dem Unternutzungsproblem durch die Ausweitung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen und Nutzerrechte entgegentritt.

690 In Kap. 5 wird ausgeführt, wie sich eine solche Aufwertung des Nutzerschutzes gesetzestechnisch durch eine urheberrechtliche Normzweckklausel sichtbar machen ließe und welche materiell-rechtlichen Instrumente zur Verwirklichung des Nutzerschutzes in Betracht kommen.

691 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 263 ff.

Hinsichtlich der in Zweifel gezogenen monetären Anreizwirkung bleibt festzuhalten, dass diese in der Realität zumindest für die Urheber weit geringer sein dürfte als gemeinhin angenommen. Auch legen verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse nahe, dass Urheber ihr Verhalten bestenfalls beschränkt rational nach derartigen Anreizen ausrichten. Im Endeffekt ist somit lediglich vom Bestehen einer in ihrer Intensität vielfach überbewerteten monetären Anreizwirkung auszugehen und das ökonomische Verhaltensmodell dahingehend einzuschränken, dass Menschen nur im Grundsatz eine rationale und eigennützige Nutzenmaximierung anstreben, was gerade nicht bedeutet, dass ihnen dies immer gelingt oder sie davon mitunter nicht Abstand nehmen. Auch vor diesem Hintergrund mögen auf das Anreizargument gestützte Forderungen nach einem per se hohen urheberrechtlichen Schutzniveau nicht zu überzeugen.

Die kritische Würdigung des ökonomischen Effizienzziels hat zudem deutlich werden lassen, dass eine allein effizienzorientierte Sichtweise unzureichend ist, weil konkurrierende sozial- und kulturpolitische Ziel- und Wertvorstellungen zu kurz zu kommen drohen. Zu nennen ist hier insbesondere der unter Wertungsgesichtspunkten und im Hinblick auf verfassungsrechtliche Vorgaben erforderliche Schutz der ideellen Interessen des Urhebers in Bezug auf sein Werk. Es wurde daher die stets erforderlich bleibende normative Zielkorrektur dieses effizienzorientierten Ansatzes festgestellt.

Trotz der erörterten Einwände, die sich – wie hervorzuheben ist – primär auf das Anreizparadigma und weniger auf die Forderung nach Nutzungsoptimierung beziehen, wurde im Ergebnis die Brauchbarkeit des diskutierten Begründungsansatzes bejaht. Auch wenn das Paradigma der Anreiz- und Nutzungsoptimierung keine konkreten Vorgaben für die Ausgestaltung des Urheberrechts liefern kann – der optimale Balancepunkt zwischen Schutzgewährung und -beschränkung lässt sich nicht bestimmen –, handelt es sich um ein taugliches Erklärungsmodell für die Aufgaben urheberrechtlicher Regulierung. Sein bestechender Vorzug liegt darin, dass er von vornherein die negativen Schutzwirkungen des Urheberrechts berücksichtigt und der Nutzungsoptimierung eine zentrale Rolle zuweist. Indem er insofern den Blick darauf lenkt, dass ein rein urheber- bzw. verwerterzentriertes Anreizparadigma zu ineffizienter Unternutzung führt, verdeutlicht er die Notwendigkeit, Nutzerinteressen durch normative Vorgaben ausdrücklich Rechnung zu tragen.

4. Rein marktbasierter, neoklassischer Property Rights-Ansatz

a) Inhalt und normzweckrelevantes Programm

Das traditionelle Incentive-/Access-Paradigma und der neoklassische Property Rights-Ansatz werden nicht selten zu Unrecht miteinander vermengt⁶⁹². Dabei es handelt es sich um eigenständige Argumentationsstränge mit jeweils eigener Her-

⁶⁹² Dies moniert auch *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 308 (1996), dessen Differenzierung hier

leitung, Schwerpunktsetzung und dementsprechend einem abweichenden normativen Programm. So versteht der neoklassische Property Rights-Ansatz das Urheberrecht, im Kontrast zum vorstehenden diskutierten Rechtfertigungsansatz, vereinfacht gesagt weniger als ein Anreizinstrumentarium, denn als ein Mittel, um einen durch *homines oeconomici* realisierten Marktmechanismus zur effizienten Produktion und Verwertung von Geisteswerken in Gang zu setzen⁶⁹³. Er betont die Allokationsfunktion des Urheberrechts stärker als dessen Anreizfunktion. Dabei vertraut er fest auf den Markt zur Herbeiführung von Allokationseffizienz und steht staatlicher Intervention – ganz im Geiste der Chicago School – entsprechend skeptisch gegenüber⁶⁹⁴.

gefolgt wird. Eine ähnliche Unterscheidung findet sich bei *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & E. 81, 82 f. (2002). Undifferenziert hingegen *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Diss. München 2003, 1. Kap., A. + B.

- 693 Zu den Vertretern des neoklassischen Property Rights-Ansatzes zählen im Bereich des Urheberrechts: *Easterbrook*, 4 Tex. Rev. L. & Pol., 103, 111 f. (1999): «Create property rights, where now there are none (...) to make bargains possible.»; *Easterbrook*, 42 Houston L. Rev. 953, 961 f., 971 f. (2005); *Goldstein*, Copyright's Highway. From Gutenberg to the Celestial Jukebox, S. 178 f., 218, 236; zumindest von ihrem Ausgangspunkt her *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1612 (1982), die auch in ihren späteren Arbeiten aber bemüht war, der diesem Argumentationsstrang inhärenten Tendenz zur Einforderung weiterer urheberrechtlicher Schutzexpansion entgegenzuwirken (namentlich durch die transaktionskostenbasierte Rechtfertigung der Fair-Use-Doktrin); *Gordon*, 41 Stan. L. Rev. 1343, 1389, 1435 ff. (1989); *Merges*, 94 Colum. L. Rev. 2655, 2656 (1994); *Merges*, 12 Berkeley Tech. L. J. 115, 131 (1997); auch *Ullrich*, GRUR Int. 1996, 555, 566, lässt sich im weitesten Sinne zu diesem Erklärungsansatz hinzuzählen, insoweit er den Immaterialgüterschutz als »Mittel zum Wettbewerbshandeln« begreift (»Das Schutzrecht ist nur Mittel zu dem Zweck, der dem Wettbewerb vorgegeben ist, eine Handlungsbefugnis, die wettbewerbsberechtigtes, d.h. individuell Gewinn maximierendes Verhalten ermöglicht, aber es ist nicht selbst schon Zweck, Anreiz oder Belohnung (...)«); s.a. *Ullrich*, Wissenschaftlich-technische Kreativität, in: Kreativität – Wirtschaft – Recht, Hg. v. *Harabi*, S. 203, 210 f. – Instruktive Darstellungen dieser Position finden sich bei *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 329, Fn. 1726; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1044 ff. (1997); *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1037 ff. (2005) und vor allem bei *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 286, 309 ff. (1996), der darauf hinweist, dass sich einige der genannten Vertreter des von ihm als »neoklassisch« apostrophierten Ansatzes gelegentlich auch nicht-marktbasierter Rechtfertigungsansätze bedient haben (*Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 290, Fn. 22 (1996) m.w.N. zu *Goldstein*, *Gordon* und *Merges*). Die vorstehenden Beiträge werden daher zum Zwecke der Darstellung des neoklassischen, rein marktbasierten Erklärungsansatzes angeführt, ohne dass die Genannten dadurch generell auf die »neoklassische« Position reduziert werden sollen.

- 694 *Menell*, Intellectual Property: General Theories, in: Encyclopedia of Law and Economics II, Hg. v. *Bouckaert/De Geest*, S. 129, 133; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 311 ff., Fn. 126 (1996): «What I have labelled »neoclassicism« is often referred to in the economic literature as »property rights theory.« (...) I have chosen my label in order to emphasize the approach's roots in neoclassical (or »Chicago school«) law and economics (...). Zur Chicago School s.a. *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 104 ff. und *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 66 ff. Zur Neoklassik *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 1 ff., 544 ff.

Bereits der Ausgangspunkt beider Ansätze ist verschieden. Während das traditionelle, interventionistische Paradigma der Anreiz- und Zugangs- bzw. Nutzungsoptimierung eine Lösung für die Public-Goods-Problematik zu bieten versucht, knüpft die neoklassische Property Rights-Theorie an die Arbeiten von *Coase*⁶⁹⁵ und *Demsetz*⁶⁹⁶ an⁶⁹⁷. Dies ist näher zu erläutern. Gemäß des *Coase*-Theorems ist davon auszugehen, dass unter der Voraussetzung fehlender Transaktionskosten private Verhandlungen zu einer effizienteren Ressourcenallokation führen als staatliche Eingriffe (Effizienzthese). Zur Herbeiführung privater Verhandlungen sei somit die Gewährung von Property Rights, also frei übertragbarer, eigentumsähnlicher Ausschließlichkeitsrechte⁶⁹⁸, erforderlich, wobei unerheblich sei, wie und wem diese originär zugewiesen werden, da sich durch Vertragsabschlüsse und in Abwesenheit von Transaktionskosten⁶⁹⁹ ohnehin eine optimale Ressourcenallokation einstelle (Invarianzthese)⁷⁰⁰. Die Aufgabe des Staates beschränkt sich aus dieser Perspektive also darauf, Property Rights zuzuweisen, um dadurch private Verhandlungen im Sinne des *Coase*-Theorems auszulösen. Neben der Anknüpfung an das *Coase*-Theorem basiert der neoklassische Property Rights-Ansatz im Wesentlichen auf *Demsetz*, der in seinem klassischen Beitrag »Toward a Theory of Property Rights« aus dem Jahre 1967 das Property Rights-

695 Siehe seine beiden grundlegenden Aufsätze *Coase*, The Nature of the Firm, 4 *Economica* 386 ff. (1937) und *Coase*, The Problem of Social Cost, 3 *Journal of L. & Econ.* 1 ff. (1960).

696 *Demsetz*, 57 *American Econ. Rev.* 347 ff., 359 (1967); *Demsetz*, 12 *Journal of L. & Econ.* 1 ff. (1969); *Demsetz*, 13 *Journal of L. & Econ.* 293 ff. (1970).

697 *Menell*, Intellectual Property: General Theories, in: *Encyclopedia of Law and Economics II*, Hg. v. *Bouckaert/De Geest*, S. 129, 133; *Netanel*, 106 *Yale L. J.* 283, 286, 312, Fn. 117 (1996); *Towse/Holzhauser* in der Einführung zu dem von ihnen hg. Sammelband »The Economics of Intellectual Property«, Vol. I, S. XVI.

698 Trotz vielfältiger Bemühungen hat sich bis heute keine überzeugende Übersetzung für den englischen Begriff der »Property Rights« gefunden; »(...) teilweise in Gebrauch befindliche Bezeichnungen wie Vermögensrechte oder Besitzrechte sowie Verfügungsrechte oder der weiteste Beriff (sic!) der Handlungsrechte oder auch Dispositionsrechte umschreiben jeweils nur bestimmte Einzelaspekte der mit property rights charakterisierten Modellvorstellungen.«, wie *Fezer*, *JZ* 1986, 817, 820, konstatiert. Deshalb soll nachfolgend der mittlerweile eingebürgerte Terminus Property Right verwendet werden. Näher zur Begriffsdefinition auch *Lehmann*, Bürgerliches Recht und Handelsrecht, S. 32; *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Diss. München 2003, I. Kap., A. II. 2. a) aa) (1); *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 549 ff.

699 *Coase* war sich der Tatsache bewusst, dass im Fall existierender Transaktionskosten, die Primärzuweisung freilich sehr wohl von Bedeutung ist, *Merges*, 84 *California Law Review* 1293, 1302 (1996).

700 Zum *Coase*-Theorem *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 59 ff. *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Diss. München 2003, I. Kap., A. II. 1. a). Auf die Kritikwürdigkeit der Invarianzthese soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden, siehe dazu ebenfalls *Reich*, a.a.O.

Paradigma als erster auf das Urheberrecht anwandte⁷⁰¹. Nach Auffassung von *Demsetz* sei es die Aufgabe von Property Rights, Externalitäten⁷⁰² zu internalisieren⁷⁰³. Durch eine solche Internalisierung würden Nutzen bzw. Kosten einer Handlung dem Property Right-Inhaber zugewiesen. Dies erlaube es ihm, in Verhandlungen mit denjenigen einzutreten, die dem Property Right einen höheren Wert beimessen als er⁷⁰⁴. Zu einer Internalisierung externer Effekte durch die Schaffung von Property Rights komme es laut *Demsetz* in einer Gesellschaft dabei dann, »when the gains of internalization become larger than the cost of internalization«⁷⁰⁵. Mit anderen Worten sei also bei der Gewährung oder Veränderung von Property Rights danach zu fragen, ob die dadurch entstehenden Kosten (zum Beispiel in Gestalt von Transaktionskosten) den gesamtgesellschaftlichen Nutzen übersteigen⁷⁰⁶. Seinen mit Blick auf das Sacheigentum, d.h.: anhand des Problems der ineffizienten Übernutzung knapper materieller Ressourcen durch mehrere berechnete Personen und dadurch entstehender negativer externer Effekte (»tragedy of the commons«⁷⁰⁷), entwickelten Erklärungsansatz

701 *Demsetz*, 57 American Econ. Rev. 347 ff., 359 (1967). Dazu *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 312, Fn. 117 (1996). Es ist insofern unzutreffend, wenn *Handke/Stepan/Towse*, Development of the Economics of Copyright, S. 373, 375, behaupten: »Application of the Coase Theorem and property rights analysis of copyright began with Merges (1995)«.

702 Als Externalitäten oder externe Effekte werden jene Auswirkungen individueller Handlungen zulasten oder zugunsten Dritter bezeichnet, die von den Verursachern nicht in ihr Kosten-Nutzen-Kalkül einbezogen werden. Positive externe Effekte werden auch als externer Nutzen, negative als externe Kosten (Beispiel: Umweltverschmutzung, Verkehrsunfälle) bezeichnet. Zu diesem Begriff *Demsetz*, 57 American Econ. Rev. 347, 348 (1967); *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 59; *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 563 ff. (1999); *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Diss. München 2003, I. Kap., A. II. 1. a) aa) (1).

703 *Demsetz*, 57 American Econ. Rev. 347, 348 (1967). Interessanterweise hat sich *Demsetz* in einem jüngeren Beitrag von einem rein auf die Bewältigung externer Effekte konzentrierten Erklärungsansatz distanziert und weitere Begründungsmöglichkeiten für Property Rights in Betracht gezogen, *ders.*, 31 The Journal of Legal Studies S653, S656 f. (2002): »In retrospect, it now seems to me that the theory of property rights (...) places too much weight on externalities (...) private-ownership arrangements would exist even if there were no externality problems (...) The social desirability of maintaining productive efforts leads to limitations on tax levies and to prohibitions against theft and, hence, to the development and protection of private-ownership rights. Here is a source of private rights that is different from externalities, and the theory of property rights, or of ownership, must be broadened to encompass such other sources of property right development.«.

704 *Demsetz*, 57 American Econ. Rev. 347, 349 (1967); *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1038 (2005).

705 *Demsetz*, 57 American Econ. Rev. 347, 350 (1967). Dazu *Lehmann*, IIC 1985, 525 ff.

706 *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1038 f. (2005).

707 *Hardin*, 162 Science, 1243 f. (1968). Im Deutschen wird dieses Phänomen gemeinhin mit »Tragödie der Allmende« übersetzt.

erklärte *Demsetz* für verallgemeinerungsfähig und übertrug ihn auf den Bereich immaterieller Güter⁷⁰⁸.

Heute ist das neoklassische Property Rights-Paradigma gleichermaßen etabliert wie etabliert⁷⁰⁹. Auf seiner Grundlage werden im Wesentlichen vier Forderungen für die Ausgestaltung von Property Rights erhoben. Diese sollen im Folgenden jeweils zunächst allgemein und dann in ihrer Anwendung auf das Urheberrecht dargestellt werden. Im Einzelnen verlangen die Vertreter des neoklassischen Paradigmas, dass Property Rights universalistisch, konzentriert, ausschließlich und frei übertragbar konzipiert sein sollten⁷¹⁰.

Universalistisch meint, dass idealerweise jeder tatsächliche oder potentielle ökonomische Wert einer Ressource Gegenstand eines privaten Property Rights sein sollte⁷¹¹. In Anwendung dieses Gedankens auf das Urheberrecht plädieren die Vertreter des neoklassischen Property Right-Paradigmas entsprechend für eine umfassende Internalisierung positiver externer Effekte durch das Urheberrecht. Nur dann, wenn der Urheber den vollen Nutzen seines Werkes abschöpfen könne, also sämtliche Verwertungs- und Bearbeitungsmöglichkeiten⁷¹² kontrollieren sowie Preisdiskriminierung betreiben könne, komme es zu einer effizienten Ressourcenallokation. *Goldstein* formuliert diese Forderung unmissverständlich folgendermaßen: »The logic of property rights dictates their extension into every corner in which people derive enjoyment and value from literary and artistic works. To stop short of these ends would deprive producers of the signals of consumer preference that trigger and direct their investments.«⁷¹³.

Konzentriert soll das Property Right insofern sein, als dass alle Rechtspositionen hinsichtlich einer Ressource einem einzelnen Rechtsinhaber zugewiesen sind. In Ermangelung einer solchen Bündelung komme es nämlich ineffizienter-weise zu Koordinierungs- und Verhandlungskosten unter den verschiedenen

708 *Demsetz*, 57 American Econ. Rev. 347 ff., 359 (1967). In der Folge war es dann vor allem *Kitch*, 20 Journal of L. & Econ. 265 ff. (1977), der die Property Rights-Theorie für den Bereich des Patentrechts fruchtbar machte und dadurch letztlich dem gesamten Bereich des »Geistigen Eigentums« erschloss, näher dazu *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1044 ff. (1997), der konstatiert: »While Kitch makes his argument in the patent context, it is copyright rather than patent law that seems to have taken his (prospect, Einfügung des Bearb.) theory to heart«. In Deutschland war es *Lehmann*, Bürgerliches Recht und Handelsrecht, S. 43 ff., und *ders.*, GRUR Int. 1983, 356, 358 ff., der die Property Rights-Theorie als erster systematisch auf den Bereich des »Geistigen Eigentums« anwandte.

709 Siehe etwa *Barzel*, Economic Analysis of Property Rights; *Posner*, Economic Analysis of Law, S. 31 ff.

710 Eingehend dazu *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 314 ff. (1996).

711 *Demsetz*, 57 American Econ. Rev. 347 ff., 359 (1967); *Posner*, Economic Analysis of Law, S. 31 ff.; näher dazu *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 314 f. (1996).

712 *Landes/Posner*, 18 The Journal of Legal Studies, 325, 353 (1989).

713 *Goldstein*, Copyright's Highway. From Gutenberg to the Celestial Jukebox, S. 178 f., der zur Wahrung der Gemeinfreiheit primär auf die Idee-Form-Dichotomie verweist, siehe *Goldstein*, GRUR Int. 2006, 901 ff.

Berechtigten⁷¹⁴. Für das Urheberrecht wird entsprechend – zumindest für die Ausgangssituation, also bevor an Dritte Nutzungsrechte eingeräumt werden – die Konzentration auf einen Rechtsinhaber eingefordert, um nicht durch andernfalls auftretende Transaktionskosten den Markt für Nutzungsrechte zu beeinträchtigen⁷¹⁵.

Darüber hinaus hat die Property Rights-Theorie dieses Erklärungsmodell dahingehend spezifiziert, dass zum Zwecke optimaler Ressourcenallokation und zur Steigerung der Anreizwirkung möglichst »unverdünnte« Property Rights gewährt werden sollten. Die »attenuation« (= Verdünnung) in Gestalt von Handlungsrestriktionen oder Beschränkungen des Ausschließlichkeitscharakters sei zu vermeiden, weil nur die freie Transferfähigkeit und Ausschließlichkeit – bei der der rational eigennützig handelnde Inhaber des Property Rights das größtmögliche Interesse an dessen ökonomisch effizienten Einsatz hat, da nicht mehrere oder gar jedermann ein gleiches Recht geltend machen und entsprechenden Nutzen ziehen können – eine effiziente Ressourcennutzung gewährleisten könne⁷¹⁶. In Anwendung dieser ökonomietheoretischen Erkenntnisse auf das Urheberrecht plädieren die Vertreter des neoklassischen Ansatzes entsprechend für frei transferierbare urheberrechtliche Befugnisse mit Ausschließlichkeitscharakter. Ausschließlichkeit bedeutet dabei im urheberrechtlichen Kontext, dass allein der Inhaber des als Property Right zu verstehenden Urheberrechts berechtigt sein soll, das Werk zu verwerten und Dritte von der Werknutzung auszuschließen. Dies ermögliche einen Markt für Nutzungsrechte und erlaube es Urhebern und Verwertern, den Marktwert von Werkschöpfungen festzustellen. Durch bessere Einschätzung der Nachfrage könnten sie in der Folge ökonomisch erfolgreicher Werke produzieren und verwerten⁷¹⁷. Um Urheber und Verwerter dieser Marktsignale nicht zu berauben, bevorzugen die Vertreter des marktbasierten Property Rights-Ansatzes – um es in der von *Calabresi* und *Melamed* geprägten Terminologie auszudrücken – prinzipiell »Property Rules« gegenüber »Liability

714 *Barzel*, *Economic Analysis of Property Rights*, S. 86; *Epstein*, 36 *Journal of L. & Econ.* 553, 562 f. (1993).

715 *Landes/Posner*, 18 *The Journal of Legal Studies*, 325, 355 f. (1989).

716 *Furubotn/Pejovich*, 10 *Journal of Econ. Lit.* 1137, 1140 f. (1972); *Reich*, *Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, Diss. München 2003, 1. Kap., A. II. 2. a) aa) (1) (a); *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, S. 550.

717 *Goldstein*, *Copyright's Highway. From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, S. 178 f., 217 (» (...) there is no better way for the public to indicate what they want than through the price they are willing to pay in the marketplace. Uncompensated use inevitably dilutes these signals.«); *Bechtold*, *Vom Urheber- zum Informationsrecht*, S. 329, Fn. 1726: »Durch die bessere Einschätzung der Nachfrage kann der Urheber Werke schaffen, die am Markt Erfolg haben.«. Eine vergleichbar marktorientierte Herangehensweise verfolgt im Übrigen die sog. *Industrial Organization-Lehre* (dazu *Scherer*, 30 *Journal of Economic Literature* 1416 ff. (1992); *Scherer*, *Industrial market structure and economic performance*; *Tirole*, *Industrieökonomik*). So steht im Mittelpunkt der *Industrial-Organization-Lehre* die Analyse der Beziehungen zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis (= Structure-Conduct-Performance). Die Marktstruktur wirke über die Strategie (Markt-

Rules«⁷¹⁸. Sie stehen dementsprechend Zwangslizenzen oder Schrankenbestimmungen, die zustimmungsfreie aber vergütungspflichtige Werknutzungen erlauben – also dem Urheber anstelle eines Verbotsrechts nur einen Vergütungsanspruch gewähren –, ablehnend bis äußerst zurückhaltend gegenüber⁷¹⁹. Während nach *Calabresi/Melamed* bei Vorliegen prohibitiv hoher – also den Transfer von Rechtspositionen verhindernder – Transaktionskosten an sich Liability Rules effizienter sind als Property Rules⁷²⁰, wollen die Vertreter des rein marktbasierten Property Rights-Paradigmas bezeichnenderweise sogar so lange am Property Rule-Regime festhalten und Beschränkungen des Ausschließlichkeitscharakters vermeiden, wie aus dem Marktgeschehen heraus die Entstehung alternativer Koordinationsmechanismen zur Senkung der Transaktionskosten möglich

verhalten) auf das Marktergebnis. Im Ergebnis sieht dieser Ansatz somit eher die Marktstruktur als maßgeblichen Faktor für die Investition in Innovationen (bzw. allgemeiner für »information production activity«), denn die Anreizwirkung von Ausschließlichkeitsrechten, siehe *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & E. 81, 82 (2002) m.w.N., der diesen Ansatz als »neoschumpeterian economics of innovation« bezeichnet. Die Industrial Organization-Lehre, die im Immaterialgüterrecht bislang vor allem im Bereich technischer Schutzrechte Anwendung gefunden hat, soll hier aber nicht weiter vertieft werden.

- 718 *Calabresi/Melamed*, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1105 ff. (1972). Bei einer Property Rule dürfen Dritte eine Ressource nur dann nutzen, wenn der Inhaber des Property Rights dem zustimmt. Das Nutzungsentgelt wird *ex ante*, ausgehend von den subjektiven Vorstellungen des Property Right-Inhabers vereinbart. Eine Liability Rule erlaubt demgegenüber die Nutzung auch ohne vorherige Zustimmung des Property Right-Inhabers. Der Nutzer muss hier eine durch Dritte (also z.B. durch ein Gericht oder den Gesetzgeber) festgelegte Kompensation entrichten. *Merges*, 84 Cal. L. Rev. 1293, 1302 (1996), hat diese Funktionsweise von Liability Rules treffend beschrieben als ein "take now, pay later.«. They allow non-owners to use the entitlement without permission of the owner, so long as they adequately compensate the owner later.«. *Merges* zählt selber zu denjenigen, die im Bereich des »Geistigen Eigentums« klar Property Rules gegenüber Liability Rules favorisieren, s. *ders.*, 94 Colum. L. Rev. 2655, 2664 ff. (1994); Property Rules bevorzugend auch *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Diss. München 2003, I. Kap., B. II. 2. a). Für jüngere, teils kritische Beiträge zu dem wegweisenden Beitrag von *Calabresi/Melamed* s.a. *Ayres/Talley*, 104 Yale L. J. 1027 ff. (1995), deren These nachfolgend noch eingehend gewürdigt werden wird, sowie *Epstein*, 106 Yale L. J. 2091 ff. (1997); *Krauss*, Property Rules vs. Liability Rules, in: Encyclopedia of Law and Economics II, Hg. v. *Bouckaert/De Geest*, S. 782 ff.; *Rose*, 106 Yale L. J., 2175 ff. (1997).
- 719 *Landes/Posner*, 18 The Journal of Legal Studies, 325, 358 (1989); *Merges*, 94 Colum. L. Rev. 2655, 2668 ff. (1994). Auch *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1620 f. (1982), will die Fair-Use-Doktrin keineswegs generell in jeder Konstellation, in der ein durch hohe Transaktionskosten verursachtes Marktversagen vorliegt, Anwendung finden lassen: »To award fair use without regard to the possibility of imminent change in the market structure might be to make permanent an otherwise curable market failure (...) the courts should limit their grants of fair use to those occasions in which market cannot be relied upon to allow socially beneficial uses to occur.«.
- 720 *Calabresi/Melamed*, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1106-1110 (1972); *Krauss*, Property Rules vs. Liability Rules, in: Encyclopedia of Law and Economics II, Hg. v. *Bouckaert/De Geest*, S. 782, 788 f.

erscheint⁷²¹. Ein Property Rule-Regime mit hohen Transaktionskosten sei insofern gerade Voraussetzung für die Genese transaktionskostenreduzierender Institutionen oder Koordinationsformen; im urheberrechtlichen Kontext ist hier an die kollektive Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften, Agenturen, Clearing-Center etc. oder die Transaktionskostenminimierung durch DRM-Systeme zu denken.

Letztlich unterscheidet sich das neoklassische Property Rights-Paradigma vom zuvor diskutierten traditionellen Erklärungsansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung vor allem durch den Umfang des Schutzes und den Grad staatlicher Intervention, den sie jeweils propagieren. Während letzterer um eine Balance zwischen Urheber- und Nutzerinteressen bemüht ist und Beschränkungen des Urheber-Schutzes als immanenten Bestandteil des Urheberrechts begreift, sieht der rein marktbasierte Property Rights-Ansatz solche Beschränkungen allenfalls ausnahmsweise und unter strengen Voraussetzungen gerechtfertigt, nämlich dann, wenn der Marktmechanismus etwa aufgrund prohibitiv hoher Transaktionskosten versagt hat; er befürwortet stattdessen die Gewährung eines umfassenden urheberrechtlichen Maximalschutzes und will die Ressourcenallokation dann ohne interventionistische Eingriffe des Gesetzgebers allein dem Markt überlassen⁷²². Der Zweck des Urheberrechts ist aus Sicht dieses Ansatzes mithin allein die Ermöglichung eines Marktes zur Erreichung einer effizienten Verwertung von Geisteswerken; die Vorstellung, das Urheberrecht solle der Verwirklichung sozial- und kulturpolitischer Zielvorstellungen dienen (wie etwa der Förderung

721 Goldstein, Copyright's Highway. From Gutenberg to the Celestial Jukebox, S. 218 («the very decision to extend copyright into corners where transaction costs appear to be insurably high may galvanize the market forces needed to reduce transaction costs»); Landes/Posner, 18 The Journal of Legal Studies, 325, 358 (1989), die argumentieren, dass «fair use, if too broadly interpreted, might sap the incentive to develop market mechanisms that reduce transaction costs and make economic exchanges between copyright holders and users feasible»; Merges, 94 Colum. L. Rev. 2655, 2662 ff. (1994); Merges, 84 Cal. L. Rev. 1293 ff. (1996) mit seinem Ansatz des »contracting into liability rules«, der auf der Annahme beruht, dass sich die von hohen Transaktionskosten Betroffenen selber ihre eigenen Institutionen zur Transaktionskostensenkung schaffen, Institutionen, denen insofern die gleiche funktionale Bedeutung wie Liability Rules zufalle. Diese transaktionskosten-ökonomische Sichtweise, die das Bestehen von Transaktionskosten zum Ausgangspunkt nimmt und alternative Institutionen bzw. Koordinationsmechanismen zu deren Senkung untersucht, lässt sich bereits der Neuen Institutionenökonomik zurechnen, dazu unten in Kap. 4 C. I. 5.

722 Siehe zu den Unterschieden dieser beiden Ansätze: Benkler, 22 Int'l Rev. L. & E. 81, 83 (2002); Bechtold, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 329, Fn. 1726 und vor allem Netanel, 106 Yale L. J. 283, 309 f. (1996): »(...) the neoclassicist approach focuses less on the precarious balance between reader and writer than on perfecting markets for all potential uses of creative works for which there may be willing buyers. While the incentive approach sees copyright as a limited grant, neoclassicists envisage a regime of broad, fully exchangeable property rights in creative products, with the goal of achieving allocative efficiency.«.

kreativ-schöpferischer Nutzungen bestehender Werke)⁷²³, ist ihm ebenso fremd wie ein expliziter Nutzerschutz durch den Gesetzgeber.

b) Kritische Würdigung

Das neoklassische Property Rights-Paradigma, das in der jüngeren Vergangenheit international einer urheberrechtlichen Schutzexpansion den Weg geebnet hat⁷²⁴, sieht sich vielfältiger Kritik ausgesetzt. Die Einwände lassen sich unterteilen in theorieimmanente Kritikpunkte, die sich insbesondere mit den Unzulänglichkeiten der zugrundeliegenden Theorieannahmen auseinandersetzen (dazu unter aa)), und Kritikpunkte, die den Blick auf die negativen Auswirkungen des neoklassischen Property Rights-Paradigmas richten (dazu unter bb)). Viele der Kritikpunkte decken sich dabei mit denjenigen, die bereits im Rahmen der kritischen Würdigung des traditionellen Ansatzes der Anreiz- und Zugangs- bzw. Nutzungsoptimierung eingehend diskutiert worden sind. Dies gilt namentlich für die generelle Frage der Erforderlichkeit des Urheberrechts angesichts alternativer (vertraglicher oder technischer) Schutzmechanismen und Vermarktungsstrategien oder die Einwände hinsichtlich des ökonomischen Verhaltensparadigmas im Zuge von »Behavioral Law and Economics« sowie nicht zuletzt die Kritik an einer ausschließlichen Fokussierung auf das Effizienzziel. Auf die entsprechenden Ausführungen unter Kap. 4 B. III. 1 c) bb) wird hier verwiesen; sie lassen sich uneingeschränkt auf den hier diskutierten Ansatz übertragen.

aa) Kritik an Theorieprämissen

(1) Versagen des Marktmechanismus

Während der traditionelle Incentive-Access-Ansatz trotz der genannten Einwände letztlich überzeugen konnte, da er von vornherein die negativen Schutzwirkungen des Urheberrechts berücksichtigt und der Zugangs- und Nutzungsoptimierung eine zentrale Rolle beimisst, hält der neoklassische Property Rights-Ansatz Beschränkungen eines möglichst umfassenden urheberrechtlichen Schutzregimes grundsätzlich nicht für erforderlich. Den Ausgleich von Urheber- und Nutzer- bzw. Allgemeininteressen möchte er über den Marktmechanismus und nicht über das Instrumentarium des Urheberrechts erreichen, Beschränkungen des urheberrechtlichen Schutzes durch Schrankenbestim-

723 Dazu *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 322 ff. (1996).

724 S.a. *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 308 (1996).

mungen oder gar Nutzerrechte lehnt er grundsätzlich ab⁷²⁵. Die entscheidende Schwäche des neoklassischen Property Rights-Ansatzes ist dabei aber, dass der Marktmechanismus bei der Internalisierung positiver externer Effekte versagt. Dies rührt daher, dass in Abwesenheit von Schrankenbestimmungen bei dann notwendigen Vertragsverhandlungen zwischen Urheber und potentiellern Nutzer der externe gesellschaftliche Nutzen, den die in Aussicht genommene Werknutzung bei Dritten hervorruft⁷²⁶, nicht oder unzureichend erfasst wird. Denn der Nutzungswillige wird in aller Regel nur den eigenen Nutzen, den er selber aus einer Nutzungshandlung zieht, im Rahmen seiner Zahlungsbereitschaft berücksichtigen, nicht aber den Nutzen, den nicht am Vertrag beteiligte Dritte bzw. die Gesellschaft allgemein aus ihr ziehen⁷²⁷. Dies gilt vor allem dann, wenn sich der am Vertragsschluss beteiligte Nutzer nicht refinanzieren kann, weil es ihm nicht möglich ist, von den externen Nutznießern selber ein Entgelt einzufordern⁷²⁸. Indem ein potentieller Werknutzer also dazu neigen wird, den Wert einer Werknutzung geringer anzusetzen als er unter Einbeziehung ihres gesamtgesellschaftlichen

725 Seine Vertreter sind zur Wahrung von Allgemein- und Nutzerinteressen allenfalls zu begrenzten Zugeständnissen bereit. *Goldstein* etwa greift primär auf die Idee-Form-Dichotomie zurück, um den Schutz zu begrenzen, s. *Goldstein*, Copyright's Highway. From Gutenberg to the Celestial Jukebox, S. 19 ff., s.a. S. 224 f., wo *Goldstein* sich zu dem aus seiner Sicht verbleibenden geringen Anwendungsbereich für Schranken äußert; *Goldstein*, GRUR Int. 2006, 901 ff.; Kritisch dazu *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 336 (1996).

726 Man denke etwa an die Konstellationen, in denen nicht allein der Lizenznehmer von einer beispielsweise zu Unterrichts- und Forschungszwecken oder zum Zwecke der Berichterstattung oder der Bearbeitung erfolgenden Werknutzung profitiert, sondern auch nicht am Vertragsschluss beteiligte Dritte Vorteile aus ihm ziehen, weil sie z.B. durch einen das lizenzierte Werk einsetzenden Lehrer oder Professor besser unterrichtet werden und ein höheres Bildungsniveau erreichen oder weil sie Nutznießer neuer Forschungsergebnisse werden, die dadurch ermöglicht wurden, dass ein Forscher vorbestehende Werke verwenden konnte, mit diesen oder ähnlichen Beispielen *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 547 f. (1998); *Dowell*, 86 Cal. L. Rev. 843, 864 f. (1998); *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 50 ff. (1997). Eingehend zu den verschiedenen externen Effekten, die durch die Nutzung von Erzeugnissen der Massenmedien bei Dritten hervorgerufen werden, *Baker*, 58 Ohio St. L. J. 311, 350 ff. (1997).

727 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 331 f.; *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 543 ff., 547 (1998); *Dowell*, 86 Cal. L. Rev. 843, 864 (1998) (»(...) market failure will result from the fact that a given user's willingness to pay may not reflect all the social benefits that flow from the use«); *Gordon*, 57 U. Chi. L. Rev. 1009, 1042 (1990); *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1056 f. (1997); *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 49 ff. (1997).

728 Eine solche Internalisierung externer positiver Effekte durch den Werknutzer wird häufig allein deshalb scheitern, weil dieser die Nutznießer gar nicht identifizieren kann, so auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 332. So sind etwa die externen Profiteure einer zu Forschungszwecken erfolgenden Werknutzung mitunter weit über die Gesellschaft verstreut.

schaftlichen Nutzens wäre, drohen an sich wünschenswerte Werknutzungen auszubleiben⁷²⁹. Die unzureichende Internalisierung positiver externer Effekte über den Markt führt daher zu einer suboptimalen Nutzung bestehender Werke⁷³⁰. Aus diesem Grund sind Beschränkungen des urheberrechtlichen Schutzes erforderlich, die positiven externen Effekten Rechnung tragen, den externen gesellschaftlichen Nutzen also internalisieren⁷³¹. Natürlich ist dies längst nicht das einzige Argument, mit dem sich die Fair-Use-Doktrin, Schrankenbestimmungen oder auch Nutzerrechte rechtfertigen lassen. Prohibitiv hohe – also zu einem Marktversagen führende – Transaktionskosten etwa sind vielfach bemüht worden, um ihre Notwendigkeit zu unterstreichen⁷³². Das Transaktionskostenargument hat durch die technische Entwicklung zwar etwas an Bedeutung verloren⁷³³, denn der Einsatz technischer Schutzmechanismen hat das Potential, zumindest teilweise die Kosten einer Transaktion zwischen (potentiellen) Vertragspartnern zu reduzieren⁷³⁴. Solange aber im digitalen Umfeld signifikante Such-, Informations- und Verhandlungskosten vor allem zu Lasten Nutzungswilliger bestehen bleiben, wo-

729 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 331 (»(...) kann dazu führen, daß der nachfolgende Urheber ein bestehendes Werk nicht verwendet (...), da er den daraus resultierenden Verlust geringer einschätzt, als der gesamtgesellschaftliche Verlust tatsächlich ist.«); *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 547 (1998); *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1630 (1982): »The costs and benefits of the parties contracting for the uses often differ from the social costs and benefits at stake, so that transactions leading to an increase in social benefit may not occur.«; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1056 f. (1997); *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 49 ff. (1997).

730 *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 53 (1997): »(...) economic fact that if left in the hands of private decision makers, i.e., the market, too little of the goods that generate external benefits will be consumed. In the context of copyright and fair use, if left in the hands of the market, too few uses that generate external benefits are likely to occur.«.

731 *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 547 ff. (1998); *Dowell*, 86 Cal. L. Rev. 843 ff. (1998); *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 49 ff. (1997). *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1631 (1982), sieht allein aufgrund des Fehlschlagens einer Internalisierung positiver externer Effekte Fair Use noch nicht gerechtfertigt, sie stellt aber immerhin fest: »(...) it may signal to the court that it should investigate whether the social costs of relying on the market are unacceptably high.«.

732 Grundlegend *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1613 ff. (1982); s.a. *Landes/Posner*, 18 Journal of Legal Studies 325, 326 f. und 335 (1989) mit dem von ihnen geprägten Begriff der »costs of expression« (dazu bereits oben unter Kap. 4 B. III. 1. c) aa) (2)).

733 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 336; *Bell*, 76 N.C. L. Rev. 557, 582 ff. (1998), der argumentiert, ein »fair-use«-System werde die Bedeutung des »fair use« reduzieren; *Merges*, 12 Berkeley Tech. L. J. 115, 130 ff. (1997) (S. 132: »(...) if the fair use defense arises only when transaction costs are prohibitive, the dramatic reduction in those costs will give the defense a very limited role in the future.«).

734 *Bell*, 76 N.C. L. Rev. 557, 583 f. (1998).

von zum gegenwärtigen Zeitpunkt auszugehen ist⁷³⁵, behält das Transaktionskostenargument prinzipiell seine Relevanz⁷³⁶.

Es sind jedoch nicht allein die mangelnde Internalisierung positiver externer Effekte oder das Bestehen prohibitiv hoher Transaktionskosten, die sich gegen den vom rein marktbasierten Property Rights-Ansatz befürworteten urheberrechtlichen Maximalschutz einwenden lassen. Abgesehen von diesen Fällen von Marktversagen sind es nämlich nicht zuletzt auch außerökonomische Gründe, die klar für eine Beschränkung des urheberrechtlichen Schutzes sprechen. Zu nennen sind namentlich sozial-, kultur- und demokratietheoretische Erwägungen (näher dazu unten in Kap. 4 C. II. bis IV.), die sich in einem marktradikalen ökonomietheoretischen Modell nicht rekonstruieren oder erfassen lassen⁷³⁷.

Eine weitere Schwäche des neoklassischen Property Rights-Ansatz ist die ihm zugrundeliegende Annahme, dass der mittels des Urheberrechts konstituierte Markt für Geisteswerke den Urhebern bzw. der Kulturindustrie signalisiere, was Nutzer konsumieren wollten; sie bräuchten ihre Werkproduktion dementsprechend allein an den durch die Zahlungsbereitschaft der Nachfrager ausgedrückten Präferenzen auszurichten, um ökonomisch erfolgreich zu agieren⁷³⁸. Ganz abgesehen davon, dass diese Sichtweise das vielfältige kulturelle Leben auf einen Markt für Konsumgüter reduziert und einseitig den Erfolg auf diesem Massenmarkt zum einzig maßgeblichen Kriterium erhebt⁷³⁹, geht das von den Vertretern des neoklassischen Ansatzes in den Marktmechanismus gesetzte Vertrauen fehl. Dieser vermag nur in eingeschränktem Maße die von ihm erhofften Wirkungen herbeizuführen. Ohne die Unzulänglichkeiten des Marktmechanismus in extenso zu vertiefen, ist dies allein schon deshalb so, weil weder die Konsumenten stets

735 Selbst wenn es eines Tages digitale Erkennungssysteme geben sollte, die lückenlos jede digitale Werknutzung erfassen können und einen nahezu umfassenden Schutz des Rechteinhabers ermöglichen, so ändert dies nichts daran, dass einige Nutzungswillige selber ein originäres Bedürfnis haben, sich aktiv und einer beabsichtigten Nutzung zeitlich vorgelagert an den Berechtigten wenden zu können (sei es, weil sie gezielt dessen Einwilligung für eine Bearbeitung einholen möchten, sei es, weil sie allgemein möglichen Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Schadensersatzansprüchen aus dem Weg gehen wollen), zu diesem Gesichtspunkt der auch im digitalen Kontext verbleibenden Such- und Informationskosten Nutzungswilliger *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 475.

736 Selbst *Bell*, 76 N.C. L. Rev. 557, 584 (1998) räumt ein, dass technischer Schutz »search and exchange costs« nicht völlig beseitigen könne, »thus perhaps leaving contractual gaps for fair use to fill (...) Fair use thus remains relevant, even given ARM« (= Automated Rights Management). *Bell* begründet diese Auffassung zusätzlich damit, dass Fair Use »certain «socially beneficial« uses, such as criticism and parody« diene, bei denen es der Urheberrechtsinhaber möglicherweise vorziehe, keine Nutzungsrechte einzuräumen. Näher zur Transaktionskostenökonomik nachfolgend unter Kap. 4 C. I. 5. a).

737 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 333; *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1631 f. (1982).

738 Diesen Gesichtspunkt betont namentlich *Goldstein*, Copyright's Highway. From Gutenberg to the Celestial Jukebox, S. 178 f., 217.

739 Ähnlich kritisch *Cohen*, 53 Vand. L. Rev. 1799, 1814 (2000): »Success in the mass market is not, and never has been, the only way our culture measures value.«; ganz in diesem Sinne auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 332.

rational nutzenmaximierend und mit stabilen Präferenzen auf das ihnen präsentierte Angebot reagieren, noch umgekehrt Urheber bzw. Kulturindustrie der konventionellen Verhaltensannahme gemäß Werke produzieren. Die Zahlungsbereitschaft ist mit anderen Worten nur ein bedingt verlässlicher Indikator für Konsumentenpräferenzen. Die Entscheidung, für ein bestimmtes Werk die Nutzungsrechte zu erwerben, wird nicht nur von der Höhe des zu zahlenden »Preises« (bzw. Nutzungsentgelts) beeinflusst, sondern auch von zahlreichen anderen, teils zufälligen oder dynamischen Faktoren (wie z.B. dem persönlichen, sich wandelnden Geschmack, irrationalen Bedürfnissen oder dem Menschen zu eigenen »Herdentrieb« (sog. »Herd Behavior«))⁷⁴⁰. Konsumenten sind entgegen der traditionellen neoklassischen Annahme keine Entscheidungssubjekte mit konstanten und stabilen Präferenzen⁷⁴¹. Allein aufgrund einer einmal ermittelten Zahlungsbereitschaft für bestimmte Geisteswerke lässt sich daher nicht automatisch darauf schließen, was Konsumenten künftig konsumieren wollen und welche Werke am Markt Erfolg haben werden⁷⁴². Das neoklassische Erklärungsmodell basiert insoweit auf einem unrealistisch statischen Marktverständnis.

Zudem ist die von seinen Anhängern verfochtene Annahme irrig, seitens der Urheber bzw. der Kulturindustrie würde stets rational nutzenmaximierend auf die registrierte Nachfrage reagiert⁷⁴³. Dass dem keineswegs so ist, illustriert *Netanel* anhand der Hollywood-Filmindustrie: »(...) the film industry is notorious for its relentless overinvestment in big event and big star pictures, driven far more by its peculiar corporate culture and capital structure than by any economically rational response to market pricing signals.«⁷⁴⁴. Selbst wenn man davon ausgeht, dass marktbasierende Transaktionsvorgänge zwischen Urhebern bzw. Verwertern auf der

740 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 332 f. (1996), Fn. 241 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *North*, 16 Journal of Econ. Lit. 963, 972 ff. (1978); ein gewisses Maß an Kontinuität wird indes u.a. durch das sog. »Status-Quo-Bias«-Verhaltensmuster hervorgerufen. Damit ist die menschliche Neigung gemeint, sich bei Produktentscheidungen überproportional oft erneut für eine bereits zuvor präferierte Handlungsalternative zu entscheiden. Näher zum Status-Quo-Bias-Phänomen *Kahneman/Knetsch/Thaler*, 5 The Journal of Econ. Perspectives 193, 197 (1991).

741 *North*, 16 Journal of Econ. Lit. 963, 972 ff. (1978); *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 4.

742 Einen weiteren »Störfaktor«, der die vermeintlich über die Zahlungsbereitschaft signalisierten Präferenzen der Konsumenten verzerrt, betont *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 546 (1998) im Anschluss an *Baker*, 58 Ohio St. L. J. 311, 333 ff., 385 ff. (1997): »(...) the demand for mass media products is shaped by the priorities of advertisers and thus presents a distorted picture of actual audience demand (...) the demand expressed in mass media markets cannot possibly be a reliable or complete indicator of information products' value, or of audience needs and desires.«.

743 Es sei in diesem Zusammenhang erneut auf die bereits oben (s. Kap. 4 B. III. 1 c) bb) (1)) im Rahmen der kritischen Würdigung des Anreizparadigmas erfolgte Erörterung des »Behavioral Law & Economics«-Ansatzes verwiesen. Unter Berücksichtigung jüngerer verhaltenswissenschaftlicher (d.h. vor allem kognitionspsychologischer) Erkenntnisse ist danach davon auszugehen, dass Menschen sich bestenfalls eingeschränkt rational verhalten.

744 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 333 f. (1996).

einen Seite und Nutzungswilligen auf der anderen Seite durch eine bessere Einschätzung der Nachfrage sowohl eine zumindest einigermaßen getreue Identifizierung der Nutzerwünsche als auch eine marktgerechtere Werkproduktion ermöglichen, heißt dies aber nicht zwingend, dass ein umfassendes, mehr oder weniger unbeschränktes Property Rule-Regime der beste Weg sein muss, um die erhofften Verhandlungen auszulösen.

(2) *Property oder Liability Rule? Verbotsrecht oder Vergütungsanspruch?*

α) *Bringen Liability Rules effizienzsteigernde Verhandlungen ebenso gut in Gang wie Property Rules?*

Der neoklassische Property Rights-Ansatz basiert auf der Annahme, dass Property Rights erforderlich sind, um private Verhandlungen im Sinne des *Coase*-Theorems herbeizuführen. Spieltheoretische Untersuchungen von strategischem Verhalten in Verhandlungssituationen legen jedoch den Schluss nahe, dass unter bestimmten Umständen ein Liability Rule-Regime besser oder zumindest ebenso gut die erwünschten, effizienzsteigernden Verhandlungen in Gang bringen kann⁷⁴⁵. Diese These, dass Property Rules insoweit Liability Rules nicht notwendig überlegen sein müssen, geht zurück auf *Ayres* und *Talley*⁷⁴⁶. Ihrer Argumentation liegt im Kern der Gedanke zugrunde, dass es auch demjenigen, dem eine Liability Rule eine zustimmungsfreie, aber vergütungspflichtige Nutzung einer Ressource erlaubt, freisteht, darüber zu verhandeln, ob er von dieser Befugnis tatsächlich Gebrauch macht oder nicht⁷⁴⁷. So kann er sich etwa von einem Property Right-Inhaber, der an der Unversehrtheit seiner Rechtsposition interessiert ist, dafür bezahlen lassen, dass er auf die Ausübung der ihm an sich zustehenden Nutzungsbefugnis verzichtet. Denkbar ist auch der umgekehrte Fall, dass ein Property Right-Inhaber bereit ist, sich mit einem Nutzungsentgelt zu begnügen, das geringer ist als die bei einer Liability Rule prinzipiell durch Dritte (also z.B. durch ein Gericht oder den Gesetzgeber) vorgegebene Kompensation⁷⁴⁸. Dies kann dann der Fall sein, wenn der Property Right-Inhaber die Nutzung wünscht

745 *Ayres/Talley*, 104 Yale L. J. 1027, 1036 ff. (1995); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 334 (1996). Zur Spieltheorie *Cooter/Ulen*, Law & Economics, S. 38 ff. m.w.N.; *Friedman*, Law's order, S. 84 ff.; *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, S. 510 ff.; instruktiv auch *Rieck*, Spieltheorie.

746 *Ayres/Talley*, 104 Yale L. J. 1027 ff. (1995); Kritisch dazu *Kaplow/Shavell*, 105 Yale L. J. 221, 224 ff. (1995).

747 *Ayres/Talley*, 104 Yale L. J. 1027, 1038 (1995); *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Diss. München 2003, 1. Kap. B. II. 2. b) aa) (1) (a)).

748 *Ayres/Talley*, 104 Yale L. J. 1027, 1038 (1995).

und befürchten muss, dass der Nutzungswillige ohne sein freiwilliges Zugeständnis hinsichtlich der Entgelthöhe nicht gewillt ist, zu nutzen und zu zahlen⁷⁴⁹.

Inwieweit diese von *Ayres* und *Talley* verfochtene These auch für den Bereich des Urheberrechts Geltung beanspruchen kann, ist umstritten⁷⁵⁰. Auf den ersten Blick scheint viel für ihre Anwendbarkeit und damit die funktionale Gleichwertigkeit von Verbotsrechten und Vergütungsansprüchen zu sprechen. Denn auch die Ausübung einer zustimmungsfreien Nutzungsbefugnis oder der Umfang des geltend gemachten Vergütungsanspruchs kann theoretisch zum Gegenstand von Verhandlungen zwischen Urheber bzw. Rechtsinhaber und potentiellern Nutzer werden⁷⁵¹. Schwierig – wenn nicht sogar unmöglich⁷⁵² – werden entsprechende, individuelle Verhandlungen freilich dann, sobald der Vergütungsanspruch beispielsweise durch eine Verwertungsgesellschaft kollektiv wahrgenommen wird. Das zentrale Argument, warum die These von *Ayres* und *Talley* für den Bereich des Urheberrechts nicht überzeugen kann, ist aber die sogenannte »multiple-taker-Problematik«⁷⁵³. Danach ist es die entscheidende Schwäche ihres Ansatzes, dass er von einer bilateralen Verhandlungssituation ausgeht. Geisteswerke aber lassen sich parallel durch mehrere Personen gleichzeitig nutzen, sie sind nicht-rivalisierende Güter. Der Urheber sieht sich also nicht nur einem Verhandlungspartner gegenüber, sondern mehreren gleichzeitig. Hat er einmal damit begonnen, sich von unerwünschten Nutzungshandlungen »freizukaufen« oder hat er auf einen Teil des ihm an sich für eine Werknutzung zustehenden Nutzungsentgelts verzichtet, gibt es kein Halten mehr, sobald Dritte von diesen Vorgängen Kenntnis

749 *Ayres/Talley*, 104 Yale L. J. 1027, 1038, Fn. 44 (1995): »Contrary to intuition, the owner may be willing to sell her entitlement for less than the liability amount, especially if the liability amount is sufficiently high so that the nominal owner believes that in the absence of such a sale, the potential defendant will not be willing to take and pay the liability amount.«.

750 Dafür *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 334 (1996) (»(...) would apply to many transactions, particularly those concerning transformative uses of existing works«); dagegen *Merges*, 84 Cal. L. Rev. 1293, 1303 ff. (1996); *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Diss. München 2003, I. Kap. B. II. 2. b) aa) (1) (a)).

751 Man denke an Konstellationen, in denen ein Urheber eine bestimmte Werknutzung, die er aufgrund einer Schrankenbestimmung an sich hinnehmen muss, unterbinden möchte und er den Nutzungswilligen gewissermaßen »besticht«, von der in Aussicht genommenen Nutzungshandlung abzusehen. Ein weiteres Beispiel ist jener Urheber bzw. Rechtsinhaber, dem an einer bestimmten Werknutzung gelegen ist und der Abstriche bei dem ihm zustehenden Nutzungsentgelt in Kauf nimmt, um die Nutzungshandlung zustande kommen zu lassen und um zumindest einen Teil seiner Kompensation einzustreichen.

752 Siehe allein den in § 11 Abs. 1 Wahrnehmungsgesetz vorgesehenen Kontrahierungszwang, also die Verpflichtung der Verwertungsgesellschaften, jedermann auf Verlangen zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte einzuräumen.

753 *Merges*, 84 Cal. L. Rev. 1293, 1303 ff. (1996); *Merges* folgend *Reich*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Diss. München 2003, I. Kap. B. II. 2. b) aa) (1) (a)); eine bündige Definition liefert *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 379, Fn. 425 (1996): »A multiple taker problems exists when an owner who lacks the right to exclude will not pay a prospective taker to prevent a taking because the owner would subsequently have to pay another prospective taker not to take, and then another and another.«.

erlangen. Denn diese werden dann versuchen, für sich ein vergleichbares Verhandlungsergebnis zu erzielen. Manche würden allein deshalb vorgeben, ein bestimmtes Werk nutzen zu wollen, weil sie dem Urheber bzw. Rechteinhaber für die Nichtausübung ihrer gesetzlichen Nutzungsbefugnis eine Geldzahlung abnötigen wollen⁷⁵⁴. Für den Urheber bzw. Rechteinhaber indes wäre es extrem schwierig, diese nur vermeintlich Nutzungswilligen zu identifizieren. Wenig überzeugend ist in diesem Zusammenhang der von *Netanel* unternommene Versuch, den »multiple-taker-Einwand« zu entkräften. Er argumentiert, dass diese Schwäche eines Liability Rule-Regimes im Grundsatz zumindest dann nicht akut werde, wenn das zu entrichtende Nutzungsentgelt *ex post* (entweder individuell oder durch Kollektivorgane) verhandelt werde⁷⁵⁵. Die dadurch hervorgerufene Unsicherheit hinsichtlich der Höhe des Entgelts, das für die bereits erfolgte Nutzung zu zahlen sei, und das Risiko erheblicher Verhandlungs-, Rechtsberatungs- und Gerichtskosten entmutige von vornherein unseriöse und dreiste Forderungssteller und führe zu effizienten Verhandlungen⁷⁵⁶. Abgesehen davon, dass dieses Kostenrisiko aber auch jene Nutzungswilligen abzuschrecken vermag, die ihre Nutzungsabsicht nicht nur vorschützen, ändert eine ex-post-Bestimmung des Nutzungsentgelts kaum etwas daran, dass der Rechteinhaber, der im Voraus künftige Nutzungshandlungen unterbinden möchte (sie mangels Ausschließlichkeitsrechts aber nicht verbieten kann), eine ausgesprochen schwache Verhandlungsposition hat, sobald sich herumgesprochen hat, dass er bereit ist, für das Unterlassen einer bestimmten Werknutzung zu zahlen. Mit der von *Ayres* und *Talley* verfolgten Argumentationslinie lässt sich im Ergebnis daher nicht plausibel begründen, warum für den Bereich des Urheberrechts Vergütungsansprüche der Gewährung von Verbotsrechten vorgezogen werden sollten.

β) Vorzugswürdigkeit von Liability Rules im digitalen Zeitalter

Gleichwohl sprechen aber zahlreiche andere Erwägungen für einen weiteren Ausbau urheberrechtlicher Vergütungsansprüche und gegen die vom neoklassischen Property Rights-Ansatz befürworteten, unverdünnten Ausschließlichkeitsrechte im Sinne von Verbotsrechten. Da es sich bei der Frage, ob bzw. in welcher Kombination sich der Gesetzgeber im Urheberrecht für ein Property- oder ein Liability Rule-Regime entscheiden sollte, zweifellos um eine der für die Zukunft

754 *Merges*, 84 Cal. L. Rev. 1293, 1305 (1996): «Once word got out that people were being paid not to infringe a right, the number of people who suddenly showed an interest in infringing (and who therefore needed to be bought out in advance by the right holder) would skyrocket. There would soon be a long line of potential infringers at the right holder's door.»

755 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 334, Fn. 248 (1996).

756 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 334, Fn. 248 (1996), der unter Berufung auf *Ayres/Talley*, 104 Yale L. J. 1027, 1074 f. (1995), betont: »like liability rules and split entitlements, uncertainty as to judicial outcome may induce private information disclosure and thus lead to efficient bargaining«.

dieses Rechtsgebiets zentralen Kernfragen handelt, sollen hier einige der Kritikpunkte am Verbotsrechtsparadigma vertieft werden. Ein vor allem dem technischen Wandel Rechnung tragender Kritikstrang argumentiert, dass ein System der Verbotsrechte angemessen gewesen sein mag, solange im analogen Zeitalter durch das Urheberrecht eine überschaubare Zahl individueller Transaktionsvorgänge hinsichtlich einzelner Werke zu regeln war⁷⁵⁷. Digitalisierung und Internet haben aber bekanntlich auf bislang kaum absehbare Weise die Rahmenbedingungen für die Produktion, Verwertung und Nutzung von Geisteswerken grundlegend verändert⁷⁵⁸. Verbesserte Vervielfältigungs- und erleichterte Verbreitungsmöglichkeiten erlauben heute nahezu weltweit die massenhafte Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke⁷⁵⁹. Auf Seiten der Urheber und Rechteinhaber haben diese – nicht zuletzt durch sogenannte »Raubkopierer« wahrgenommenen – größeren Nutzungsmöglichkeiten eine deutliche Zunahme des bereits zuvor zu beobachtenden Kontrollverlusts bewirkt⁷⁶⁰. Sie haben die Erfahrung machen müssen, dass sich das Verbotsrecht gegenüber einem unüberschaubaren, internationalen Nutzerkreis immer weniger durchsetzen lässt. Die von den Vertretern des neoklassischen Property Rights-Ansatz erhofften Verhandlungen drohen somit häufig erst gar nicht zustande zu kommen. Ökonomietheoretisch ausgedrückt erlauben die prohibitiv hohen Kosten der Durchsetzung des urheberrechtlichen Ver-

757 Vgl. *Dreier*, CR 2000, 45 ff., der in diesem Zusammenhang nicht allein den technischen, sondern auch den urheberrechtlichen Wandel anführt: »der durch die digitale Technologie ermöglichte und durch eine Absenkung der Anforderungen an die Schutzhöhe wie auch durch eine Ausdehnung der Verwertungsbefugnisse hervorgerufene rapide Anstieg urheberrechtlich relevanter Transaktionen kann für das im wesentlichen auf individuelle Transaktionen an jeweils einzelnen Werken zugeschnittene Urheberrecht nicht ohne Auswirkung bleiben. Der Schwerpunkt dürfte sich – von Ausnahmefällen abgesehen – mithin noch weiter als schon bisher von der Geltendmachung des Verbotsrechts in bezug auf eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Werkes dahin verschieben, für die Nutzung einer Vielzahl von Werken eine angemessene Vergütung zu erzielen. An der grundsätzlichen Funktion des Ausschließlichkeitsrechts als dem wirksamsten Instrument zur Durchsetzung der Vergütung ändert das freilich nichts.«. Ungeachtet der von *Dreier* im letzten Satz vorgenommenen Abschwächung seiner Aussage, sieht *Dreier* Bedarf für eine eingehende »Diskussion, inwieweit dieser Entwicklung – etwa zur Offenhaltung des Informationszuges und der Gewährleistung eines hinreichenden Innovationspielraums – durch die Reduzierung des Ausschließlichkeitsrechts im Sinne einer bloßen »liability-rule« Rechnung zu tragen« ist.

758 *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, Einl. Rn. 28.

759 *Huuskonen*, Copyright, Mass Use and Exclusivity, S. 17: »The new technology-enabled phenomenon is mass use in its different forms. By mass use is meant use of copyright protected works in large quantities in a manner that is either impossible or prohibitively costly to trace, identify and bill. This development which is common to practically all technological innovations of the 20th century questions the accuracy of the exclusivity approach to copyright.«.

760 Eine vollkommene und absolute Kontrolle der Werknutzung hat es nie gegeben und wird es aller Voraussicht nach auch nie geben, *Hughenholz/Guibault/van Geffen*, The Future of Levies in a Digital Environment, S. 10: »Traditionally, copyright owners have never held absolute control over the use of their works.«.

botsrechts⁷⁶¹ im Fall der Massennutzung in den meisten Bereichen keine umfassende, individuelle Kontrolle und damit faktisch überaus häufig auch keine Untersagung unberechtigter Nutzungshandlungen⁷⁶². Ohne die Möglichkeit des Ausschlusses und ohne die Identifizierung potentieller Vertragspartner kann sich freilich auch kein zur Erreichung einer effizienten Ressourcenallokation erforderlicher Marktmechanismus konstituieren, wie er dem neoklassischen Property Rights-Ansatz vorschwebt.

Als Reaktion auf den vielfach diagnostizierten Kontrollverlust werden neben einem weiteren Ausbau des urheberrechtlichen Sanktionsregimes gemeinhin zwei divergierende Lösungsansätze diskutiert. Während das eine Lager für eine unbedingte Beibehaltung des Verbotsrechtsparadigmas eintritt und für dessen Realisierung auf technische Schutzmechanismen (TPM), deren rechtlichen Umgehungsschutz und den Einsatz von DRM-Systemen setzt⁷⁶³, befürwortet das andere Lager den Ausbau von Liability Rule-Elementen, also den verstärkten Einsatz von Zwangslizenzen, vergütungspflichtigen Schrankenregelungen, Geräteabgaben oder weitergehenden, pauschalisierten Nutzungsentgelten⁷⁶⁴. Das von diesem Lager verfolgte Ziel lautet »compensation without control«⁷⁶⁵. Der

761 Diese Kosten werden auch als »Ausschlusskosten« bezeichnet. Dies sind die einer Transaktion teilweise vorgelagerten Kosten, die bei der Spezifizierung, Zuweisung und werterhaltenden Durchsetzung z.B. des Urheberrechts entstehen. Darunter lassen sich auch die Kontroll- und Überwachungskosten subsumieren, die aufzuwenden sind, um Dritte davon abzuhalten, urheberrechtlich geschützte Werke unbefugt zu verwenden, vgl. *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 116 und 133 ff., die zu diesen Ausschlusskosten auch Aufwendungen für Abschreckungsmaßnahmen zählt (man denke hier beispielsweise an Anti-Raubkopierer-Kampagnen der Musik- und Filmindustrie, die damit an das Unrechtsbewusstsein potentieller Nutzer appellieren möchte).

762 Auf einem anderen Blatt steht, dass Urheber bzw. Rechteinhaber bemüht sind, dieser Situation mittels technischer Schutzmechanismen Herr zu werden (dazu nachfolgend). Dort, wo es ihnen gelingt, das Ob, Wo, Wie und Womit einer Werknutzung zu kontrollieren, entsteht dann je nach Kontrollintensität ein Bedürfnis für Nutzerschutz.

763 Durch technische Schutzmechanismen soll dabei der unerlaubte Zugang und die unerlaubte Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke unterbunden werden. Durch den Einsatz digitalen Rechtemanagements (DRM) möchte man die exorbitante Zunahme erforderlicher Transaktionsvorgänge mittels einer automatisierten, individuellen Nutzungserfassung und -abrechnung bewältigen.

764 Hinsichtlich der zuletzt genannten Pauschalisierungsform ist an die Diskussion über die denkbare Etablierung einer »Kultur-« oder »Content Flatrate« zu denken, also einer Pauschalabgabe auf Breitband-Internetzugänge bzw. für die Nutzung von Filesharing-Plattformen. Auch die Einführung einer grundsätzlich denkbaren »Copytax« ist hier zu verorten, allgemein zu diesen eher unorthodoxen Denkansätzen *Fisher*, Promises to keep, S. 199 ff.; *Hughenholz*, The Future of Copyright Levies in the Digital Environment, in: Creators' Right in the Information Society, ALAI Congress 2003, S. 295 (»If we are going to pay levies for acts of piracy, is that not really a tax?«); *Huuskonen*, Copyright, Mass Use and Exclusivity, S. 204 f.; *Koelman*, 4 Entertainment L. Rev. 75 ff. (2005); *Peukert*, 28 Hastings Comm. & Ent. L. J. 1 ff., 19 ff., 52 ff. (2005).

765 *Lessig*, The Future of Ideas, S. 201. Ähnlich *Huuskonen*, Copyright, Mass Use and Exclusivity, S. 250.

Gedanke, das Verbotsrecht in den Fällen, in denen es sich ohnehin nicht effektiv individuell durchsetzen lässt, durch einen (in aller Regel kollektiv wahrgenommenen) bloßen Vergütungsanspruch zu ersetzen, ist dabei keineswegs neu. Er lag bereits 1965 in Deutschland der Einführung einer Geräteabgabe zugrunde, die den Urheber bzw. Rechteinhaber für die in § 53 Abs. 1 UrhG vorgesehene erlaubnisfreie Privatkopie kompensieren sollte⁷⁶⁶. Dieser Regelungsansatz, der das monetäre Partizipationsinteresse seitens der Rechteinhaber mit dem Interesse der Nutzer an einer zustimmungsfreien Vervielfältigung zum privaten Gebrauch zum Ausgleich brachte, hat sich nachfolgend zu einem regelrechten deutschen »Exportschlager« entwickelt⁷⁶⁷.

DRM-Verfechter lehnen diesen auf Abgaben (sog. »Levies«) gestützten Ansatz ab. Die Kritiker des Abgabensystems befürchten, dass die Konsumenten bei einem parallelen Nebeneinander von DRM-Systemen und Geräteabgaben zweimal zahlen müssten: einmal unmittelbar für die Nutzung des DRM-kontrollierten Inhalts, ein anderes Mal mittelbar über die Geräteabgabe⁷⁶⁸. Nichtsdestotrotz

766 Ein weiterer Grund für den Verzicht auf das Verbot der privaten Vervielfältigung war neben dessen problematischer Durchsetzbarkeit die mit einem solchen Verbot verbundene Gefahr des Eindringens in die Privatsphäre, s. Schricker-Loewenheim, Urheberrecht, § 53, Rn. 2 und 5. Zur Entstehungsgeschichte und weiteren Entwicklung dieses Modells der indirekt über Abgaben (»levies«) finanzierten Vergütungsansprüche siehe *Bechtold*, The Present and Future of Digital Rights Management, in: Digital Rights Management, Hg. v. *Becker* et. al., S. 597, 614 f.; *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, § 53, Rn. 2 f., § 54, Rn. 1 ff.; *Hugenholtz/Guibault/van Geffen*, The Future of Levies in a Digital Environment, S. 10-13; *Schricker-Loewenheim*, Urheberrecht, § 53 Rn. 1 ff.; § 54, Rn. 2.

767 *Bechtold*, The Present and Future of Digital Rights Management, in: Digital Rights Management, Hg. v. *Becker* et. al., S. 597, 614; Nach *Hugenholtz/Guibault/van Geffen*, The Future of Levies in a Digital Environment, S. 12 f., hatten allein bis zum Jahre 2003 folgende EU-Mitgliedsländer in chronologischer Reihenfolge ein System der Geräte- bzw. Leerträgerabgabe nach deutschem Vorbild etabliert: Deutschland (1965), Österreich (1980), Finnland (1984), Frankreich (1985), Niederlande (1990), Spanien (1992), Dänemark (1992), Italien (1992), Belgien (1994), Griechenland (1994), Portugal (1998) und Schweden (1999). Nur drei EU-Mitgliedsländer hatten kein vergleichbares Abgabensystem: Irland, Luxemburg und Großbritannien. Auch zahlreiche der jüngeren mittel- bzw. osteuropäischen EU-Beitrittsländer (wie Polen oder Tschechien) haben ähnliche Kompensationsbemühungen unternommen. Zur Situation in Slowenien (seit 01.05.2004 EU-Mitgliedsland), Kroatien (EU-Beitrittskandidat) und Serbien (ggw. laufende Beitrittsverhandlungen) siehe jüngst *Dietz*, GRUR Int. 2006, 809, 825 f. Danach weisen auch die entsprechenden Regelungen in Slowenien, Kroatien und Serbien eine große Nähe zum deutschen Modell auf.

768 Kritik am Abgabensystem kommt neben der Verwerterindustrie, die ihre Zukunft (bislang) überwiegend in DRM-basierten Geschäftsmodellen zu erblicken schien, vornehmlich freilich aus dem Lager der Geräteindustrie, siehe dazu etwa die deutsche Lobby-Plattform der Drucker-Anbieter unter <http://www.druck-gegen-abgaben.de/>. Zur Kritik am Abgabensystem aus wissenschaftlicher Sicht *Hugenholtz/Guibault/van Geffen*, The Future of Levies in a Digital Environment, S. 34; *Bechtold*, The Present and Future of Digital Rights Management, in: Digital Rights Management, Hg. v. *Becker* et. al., S. 597, 615, *Peukert*, sic! 2004, 749, 752; *Landes/Lichtman*, 16 Harvard Journal of L. & Technology 397, 406 u. 409 f. (2003).

muss die Antwort auf das Problem der Doppelvergütung aber nicht zwingend lauten, dass man das Levy-System auslaufen lässt (sog. »Phasing Out«), wie es offenbar die Europäische Kommission beabsichtigt⁷⁶⁹. Vorzugswürdig erscheint die Aufrechterhaltung eines Systemwettbewerbs zwischen DRM- und Levy-Systemen. Die Höhe der Abgabe kann dann nämlich, wie *Bechtold* zutreffend bemerkt, eine obere Grenze bilden, bis zu der Unternehmen, die DRM-Systeme vermarkten, ihre Technologien an Gerätehersteller lizenzieren können. Sollte es sich für die Gerätehersteller als günstiger erweisen, eine Abgabe abzuführen als eine unter Umständen kostenintensive DRM-Technologie zu entwickeln bzw. zu lizenzieren und nachfolgend zu implementieren, führte dies möglicherweise gar zu einer Stärkung des Abgabensystems⁷⁷⁰. Dieses Marktergebnis ist vor allem dann nicht unwahrscheinlich, wenn die Gerätehersteller, die zugleich DRM-Systeme implementieren, aufgrund deren mangelnder Akzeptanz seitens der Konsumenten zurückgehende Umsatzzahlen zu vergegenwärtigen haben⁷⁷¹. Eine solche, durchaus denkbare Entwicklung verdeutlicht, dass es verfrüht wäre, Abgaben als anachronistisches Auslaufmodell zu betrachten⁷⁷².

769 Diese Interpretation legt zumindest nahe Art. 5 (2) (b) der sog. Informationsgesellschafts-Richtlinie, 2001/29/EG vom 22.05.2001, i.V.m. den Erwägungsgründen 35 und 39, *Bechtold*, The Present and Future of Digital Rights Management, in: Digital Rights Management, Hg. v. *Becker* et. al., S. 597, 615f., Fn. 1860. Eingehend zur Interpretation von Art. 5 (2) (b) der Informationsgesellschafts-Richtlinie *Hugenholz/Guibault/van Geffen*, The Future of Levies in a Digital Environment, S. 38-45.

770 *Bechtold*, The Present and Future of Digital Rights Management, in: Digital Rights Management, Hg. v. *Becker* et al., S. 597, 615, Fn. 1859: »The amount of the levy would create an upper bound up to which DRM technology companies could license their technologies to device manufacturers (as it would be cheaper for device manufacturers to use the levy system for content protection if the DRM technology license fee would be more expensive than the device levy)«. *Bechtolds* darüber hinausgehender Alternativvorschlag kann jedoch nicht überzeugen. Er erwägt, a.a.O., »to enact a broad levy system, but to disregard such content providers in the levy distribution process which use DRM systems to protect their content«. Dies wäre allein deshalb wenig befriedigend, weil die Verwerter, die DRM-Systeme zum Einsatz bringen, nicht immer mit den Geräteherstellern identisch sind (siehe aber beispielsweise Apple und Sony).

771 Ein weiterer Gesichtspunkt, den ein rational eigennützig agierender Gerätehersteller in sein Kosten-Nutzen-Kalkül einbeziehen wird, ist der Umstand, dass sich der Einsatz von DRM-Systemen erst ab einer kritischen Masse rentiert, siehe zu diesem »economies of scale-Argument« *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 470, 477. Nach der auch als »Gesetz der Massenproduktion« bekannten Regel der »economy of scale« sinken erst ab einer gewissen kritischen Masse mit einer zunehmenden Produktionsmenge die Kosten pro produzierter Einheit; im Extrem bis zum Minimalwert der variablen Kosten pro Stück, *Altmann*, Volkswirtschaftslehre, S. 317 f.

772 Dies gilt im Übrigen auch deshalb, weil das in der Rechtswirklichkeit durch Verwertungsgesellschaften realisierte, abgabenbasierte Vergütungsmodell einer DRM-basierten Verwertung durch die Verwerterindustrie im institutionellen Vergleich unter bestimmten Voraussetzungen überlegen sein kann. Von einer stärkeren wirtschaftlichen Partizipation der *Urheber* an der Werknutzung beispielsweise ist nämlich dann auszugehen, wenn die Urheber

Letztlich geht die viel diskutierte Fragestellung »DRM oder Levies?« aber ohnehin am Kern des Problems vorbei – zumal die DRM-Technologie nicht nur zu Kontrollzwecken, sondern auch (z.B. im Rahmen einer kollektiven Wahrnehmung) einzig zur Sicherung einer angemessenen Vergütung eingesetzt werden könnte⁷⁷³. Die viel wichtigere Frage lautet, ob und inwieweit der Ausbau von Vergütungsansprüchen einem Festhalten am Verbotsrechtsparadigma überlegen sein kann⁷⁷⁴. Begründen ließe sich die Vorteilhaftigkeit einer stärkeren Berücksichtigung von Liability Rule-Elementen beispielsweise damit, dass zustimmungsfreie, aber kompensationspflichtige Werknutzungen der Kreativitätsförderung – unter Umständen nicht nur aus Transaktionskostengründen – in vielen Fällen eher zuträglich sind, als ein Festklammern am herkömmlichen Verbotsrechtsparadigma⁷⁷⁵. Zur Überprüfung dieser These würde es sich in methodologischer Hinsicht anbieten, nicht nur auf die Transaktionskostenökonomik als Forschungszweig der Neuen Institutionenökonomik (dazu noch in Kap. 4 C. I. 5.), sondern auch auf die Kreativitäts- und Motivationsforschung im Rahmen der empirischen Psychologie zurückzugreifen. So wäre es gewiss lohnend, auf ihrer Basis (etwa anhand von Fragebögen, Einzelgesprächen oder Laborexperimenten) der Frage nachzugehen, wie abschreckend oder den kreativen Schaffensprozess störend Verhandlungen mit dem Verbotsrechtsinhaber in den verschiedenen Phasen und Bereichen kreativen Schaffens tatsächlich wirken⁷⁷⁶. Aus Sicht der Urheber wäre

ber andernfalls (also bei einer individuellen, DRM-basierten Verwertung) von ihren Lizenznehmern über Buy-out-Verträge pauschal abgefunden werden und sie an den nachfolgenden Erträgen der Verwerter nicht mehr partizipieren. In diesem Fall kann die kollektive Wahrnehmung von gesetzlich vorgesehenen Vergütungsansprüchen den Urhebern in besonderem Maße zugute kommen, siehe zu diesem Argument näher nachfolgend und auch bereits *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325, 331 f.; *Peukert*, sic! 2004, 749, 753.

773 So bereits *Bechtold*, The Present and Future of Digital Rights Management, in: Digital Rights Management, Hg. v. *Becker* et al., S. 597, 617: »to ask whether a levy system or a DRM solution should be preferred is to ask the wrong question. Rather, it should be asked whether a copyright regime that is solely based on a property rule approach is preferable over a regime that includes well-placed elements which are based on a liability rule approach.«.

774 *Bechtold*, a.a.O., S. 597, 617.

775 *Lessig*, Future of Ideas, S. 201, 216.

776 Diese Frage stellt sich allein deshalb mit erhöhter Dringlichkeit, weil der einzelne Nutzungswillige aufgrund erleichterter Vervielfältigungs- und Verbreitungsmöglichkeiten im digitalen Zeitalter immer häufiger in der Situation ist, Rechte klären zu müssen. In der analogen Welt waren von solchen Lizenzierungshürden stärker professionelle Lizenznehmer (wie z.B. Verlage) betroffen, vgl. *Lessig*, The Future of Ideas, S. 216: »But when the world of creativity shifts outside the largish corporation – when individuals and smaller groups are much more enabled to do this creative activity – then this system of exclusive licenses for every derivative use of a creative work begins to tax the creative process significantly. The opportunity cost, as economists would describe it, of this system of control is higher when, without this system of control, much more creative activity would go on. Thus, when we have a massive shift in opportunity, we should be reevaluating how necessary these systems of control are.«.

dabei auch zu untersuchen, welche Bedeutung es für sie hat, etwaige Bearbeitungen der von ihnen geschaffenen Werke verbieten zu können. Interessanterweise geht die Kreativitätsforschung offenbar davon aus, dass kreative Persönlichkeiten häufig normverletzende Persönlichkeiten sind⁷⁷⁷. Aus dieser Erkenntnis könnte man die Schlussfolgerung ziehen, dass es in bestimmten Bereichen vergeblich ist und schlicht eine Ressourcenvergeudung darstellt, für kreativ-schöpferische Werknutzer Regeln aufzustellen, weil diese sich ohnehin über die ihr kreatives Schaffen behindernden Verbote hinwegsetzen werden⁷⁷⁸. Die für die Beantwortung dieser Fragestellung erforderliche interdisziplinäre, empirische Forschungsarbeit kann in dem hier zur Verfügung stehenden Rahmen freilich nicht geleistet werden. An dieser Stelle können insoweit allenfalls gewisse Zweifel am dominierenden Verbotsrechtsparadigma gestreut werden. Generell lässt sich feststellen, dass die akademische Diskussion schon seit längerem in den USA und mittlerweile verstärkt auch in Europa auf die Befürwortung eines stärkeren Ausbaus von Liability Rule-Elementen – bei gleichzeitiger Ablehnung von DRM-Systemen – hinausläuft⁷⁷⁹. Zahlreiche Stimmen verweisen in diesem Zusammenhang etwa auf die schädlichen Auswirkungen, die das urheberrechtliche Verbotsrecht auf die Entwicklung neuer Technologien und innovativer Distributionswege⁷⁸⁰, auf

777 Auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen hat *Funke*, Professor für Allgemeine und Theoretische Psychologie an der Universität Heidelberg, im Rahmen eines interdisziplinären Workshops, der am 18.12.2006 am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum in München unter der Beteiligung von Ökonomen, Soziologen und Psychologen stattgefunden hat.

778 Umgekehrt ließe sich freilich argumentieren, dass Kreative gewisse Grenzen oder Tabus gerade brauchen, um sich an ihnen »abarbeiten« und reiben zu können.

779 Vgl. *Bechtold*, The Present and Future of Digital Rights Management, in: Digital Rights Management, Hg. v. *Becker et al.*, S. 597, 616: «It is interesting to note that in Europe and the United States, opposite DRM policy proposals are articulated and discussed. In Europe, a move from the generalizing levy system to more individualized DRM solutions can be observed, while in the United States, academic circles argue to move from DRM to a levy system.«. Diese 2002/2003 getroffene Aussage *Bechtolds* trifft angesichts jüngerer, aus dem europäischen Raum stammender Beiträge, die im Ergebnis (generell oder zumindest teilweise) eine Vergütungs- anstelle einer orthodoxen Verbotsrechtslösung favorisieren, nur noch bedingt zu, siehe etwa die bereits mehrfach zitierte Arbeit von *Huuskonen*, Copyright, Mass Use and Exclusivity oder die Beiträge von *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325 ff. und *Peukert*, 28 Hastings Comm. & Ent. L. J. 1 ff. (2005), mit seinem Vorschlag für ein »bipolares Opt-In-Vergütungsmodell«. Für Liability Rules befürwortende Stellungnahmen von US-Wissenschaftlern siehe *Fisher*, Promises to keep, S. 199 ff.; *Lessig*, Future of Ideas, S. 201, 216; *Lunney*, 87 Virginia. Law Rev. 813, 910 ff. (2001); *Netanel*, 17 Harvard Journal of Law & Technology 1 ff. (2003); *Tehrani*, Brigham Young University Law Rev. 1201, 1236 ff. (2005).

780 *Lessig*, The Future of Ideas, S. 107-110, 199-202 (S. 200: «Artists deserve compensation. But their right to compensation should not translate into the industry's right to control how innovation in a new industry should develop»), 216-217, 254-255; *Travis*, 33 Pepp. L. Rev. 761, 786 ff. (2006). S.a. *Bechtold*, The Present and Future of Digital Rights Management, in: Digital Rights Management, Hg. v. *Becker et al.*, S. 597, 616 m.w.N.

Mehrwertdienste⁷⁸¹ oder auf das Recherchepotential von Suchmaschinen haben kann⁷⁸². Sie argumentieren, dass es in immer mehr Konstellationen immer weniger einleuchtet, dass der Primärverwerter als regelmäßiger Inhaber des Verbotsrechts die Genese neuer Produkte und Dienstleistungen vereiteln kann, obwohl diese im Allgemeininteresse an sich wünschenswert wären. Dies gilt vor allem dann, wenn der derivativ berechnete Primärverwerter keinen wirtschaftlichen Schaden zu befürchten hätte, etwa weil er für die Nutzung seiner Rechte durch Dritte im Rahmen einer gesetzlich vorgesehenen Liability Rule angemessen kompensiert werden würde⁷⁸³ oder aber weil er hinsichtlich des urheberrechtlich geschützten Werkes ohnehin keine kommerziellen Interessen mehr verfolgt⁷⁸⁴.

Ein weiteres, überzeugendes Argument, warum unter bestimmten Voraussetzungen ein Vergütungsanspruch günstiger sein kann als ein Verbotsrecht, liefert *Hilty*⁷⁸⁵. In seiner Argumentation orientiert *Hilty* sich dabei weniger an den Nutzer- bzw. Allgemeininteressen, denn am monetären Partizipationsinteresse

781 *Hilty*, ZUM 2003, 983, 1003; *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325, 342.

782 Bestes Beispiel dafür ist das Projekt »Google Book Search«, bei dem in einer Handvoll ausgewählter Bibliotheken rund 18 Millionen Bücher eingescannt werden sollen, um sie anschließend in den Index der Google-Suchmaschine aufzunehmen, siehe <http://books.google.de/>; dazu *Hansen*, Angst vor digitaler Landnahme. Google plant ein gigantisches Digitalisierungsprojekt. In Europa regt sich Widerstand, Der Tagesspiegel vom 30.03.2005, online verfügbar unter: <http://archiv.tagesspiegel.de/archiv/30.03.2005/1727330.asp>. Kritisch zu diesem Digitalisierungs-Projekt *Jeanneney*, Googles Herausforderung. Bei diesem Projekt verhindert das Ausschlussrecht auch das Verfügbarmachen der überaus zahlreichen Werke, deren Schutzfrist noch nicht abgelaufen ist, die aber nicht mehr lieferbar sind oder bei denen sich der Rechteinhaber nicht mehr identifizieren lässt. In dem Moment, in dem der Menschheitsstraum von der universellen und für alle weltweit zugänglichen Bibliothek aufgrund des digitalen Wandels in greifbare Nähe gerückt ist, scheint er durch das urheberrechtliche Verbotsrechtsparadigma also schon wieder beendet zu sein. Es ist wenig nachvollziehbar, wenn auch in Fällen wie diesen am Verbotsrechtsdenken festgehalten wird. Ähnlich kritisch *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. Nach Angaben von *Lessig* sind bemerkenswerterweise immerhin 75 % der 18 Millionen von Google zum Einscannen vorgesehenen Bücher urheberrechtlich geschützt, aber nicht mehr lieferbar. Eine detaillierte urheberrechtliche Reformagenda, die den Aufbau universeller digitaler Bibliotheken befördern soll, formuliert *Travis*, 33 Pepp. L. Rev. 761, 784 ff. (2006). Die Reformvorschläge von *Travis* basieren dabei u.a. auf der Erkenntnis, dass die auf das Verbotsrecht gestützte »Holdout Power« zu einem Hindernis für das Wachstum neuer Technologien werden könne. Er möchte verhindern, dass (S. 805) »the chaos and confusion that characterize the contemporary regime for licensing of intellectual property threaten to cripple any effort to construct comprehensive digital libraries«.

783 *Hilty*, ZUM 2003, 983, 1003.

784 Man denke auch hier wieder an das oben im Rahmen der »Google Book Search-Problematik« bereits skizzierte Beispiel der nach wie vor geschützten, aber nicht mehr verlegten Bücher.

785 *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325 ff.

des Urhebers. Anknüpfend an die BGH-Entscheidung »Elektronischer Pressespiegel« aus dem Jahre 2002⁷⁸⁶ argumentiert er, dass ein verwertungsgesellschaftspflichtiger Vergütungsanspruch, an dessen Ausschüttung durch die Verwertungsgesellschaft der Urheber zwingend partizipiert, unter bestimmten Voraussetzungen eher im Interesse des Urhebers liegt als ein Verbotsrecht⁷⁸⁷. Der Grund dafür sei darin zu erkennen, dass das Verbotsrecht im Allgemeinen in der Hand des VerwerTERS liege, der originär Berechtigte vom Lizenznehmer häufig aber nur einmalig bei Nutzungsrechtseinräumung ein Nutzungsentgelt erhalte und er an der weiteren wirtschaftlichen Verwertung seines Werkes nicht partizipiere⁷⁸⁸. Bei einem obligatorisch durch eine Verwertungsgesellschaft wahrgenommenen Vergütungsanspruch fließe die fortlaufende Nutzungvergütung dem-

786 BGH v. 11.07.2002 (I ZR 255/100) = GRUR 2002, 963, 966: »Die Regelung des § 49 I UrhG bewirkt, dass die Vergütung, die für die Verwendung geschützter Werke im Rahmen eines Pressespiegels zu zahlen ist, jedenfalls zu einem erheblichen Teil den Wortautoren selbst zufließt. Verbleibt es dagegen bei dem Ausschließlichkeitsrecht, ist damit im Allgemeinen keine Verbesserung der Position des Urhebers verbunden. Denn (es, Einf. durch den *Bearb.*) räumt im Allgemeinen der Urheber dem Zeitungsverleger umfassende Nutzungsrechte ein. Die (...) enge Auslegung der Schrankenbestimmung würde demnach im Allgemeinen dazu führen, dass dem Urheber weder der Vergütungsanspruch noch das Ausschließlichkeitsrecht zustünde. Vor dieser Wirklichkeit, die keine Besonderheit des Streitfalls darstellt, dürfen bei der Anwendung des Rechts die Augen nicht verschlossen werden.«.

787 Hilty, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325, 331, der darauf hinweist, dass eine Beteiligung des Urhebers an den Ausschüttungen der Verwertungsgesellschaften natürlich von vornherein flach fläch, soweit künftig an die Stelle der kollektiven Wahrnehmung (v.a. der Zweitverwertung) durch Verwertungsgesellschaften die individuelle, DRM-basierte Wahrnehmung durch die VerwerTER tritt. Vollkommen zu Recht macht Hilty, a.a.O., aber zugleich darauf aufmerksam, dass die kollektive Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften keineswegs zwingend ein Auslaufmodell sein muss (»Gleichwohl mündet der Gedankengang des BGH selbst vor dem Hintergrund sich ausbreitender technischer Schutzmaßnahmen keineswegs in einen Anachronismus, denn die Feuerprobe haben jene noch nicht bestanden. Ihren Siegeszug werden sie erst dann antreten können, wenn sie als Geschäftsmodelle von den Abnehmern angenommen werden. Doch selbst dann werden technisch ungesicherte Vermarktungsmodelle auch längerfristig von Bedeutung bleiben – man denke nur an die noch vor uns liegende lange Schutzfrist jüngerer (nach wie vor ungesicherter) Produkte.«). Eingehend zu den verbleibenden Funktionen von Verwertungsgesellschaften angesichts des technischen Wandels Hansen/Schmidt-Bischoffshausen, GRUR Int. 2007, 461 ff.

788 Hilty, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325, 331 f., betont, dass der Urheber auch im Rahmen eines Verbotsrechtssystems natürlich nicht leer ausgehe. Gerade die weitere Partizipation an den Erlösen des VerwerTERS sei aber keine Selbstverständlichkeit. Selbst in Deutschland sei »auch nach Einführung weitreichender urhebervertragsrechtlicher Schutzvorschriften im Jahre 2002 die »angemessene Vergütung« des Urhebers nach § 32 Abs. 2 UrhG (...) nicht etwa so definiert, dass der Urheber am Erlös aus der Verwertung des Lizenznehmers in entsprechendem Maße zu beteiligen wäre wie beispielsweise im Rahmen der kollektiven Rechtswahrnehmung (...)«. Auch stelle § 32a UrhG hohe Anforderungen für eine *ex post*-Korrektur der Vergütung. Insgesamt ließen »durchschlagende Erfolgsmeldungen des neuen Urhebervertragsrechts bis heute auf sich warten (...)«.

gegenüber dem Urheber (zumindest anteilig) selbst zu. Der kollektiv wahrgenommene Vergütungsanspruch ist nach dieser Argumentation für den Urheber also der sprichwörtliche Spatz in der Hand, der der Taube auf dem Dach (sprich: dem nach Rechtseinräumung für den Urheber in aller Regel monetär nichts mehr – oder kaum noch etwas – abwerfenden Verbotsrecht in der Hand des derivativ Berechtigten) vorzuziehen ist⁷⁸⁹. Im Ergebnis verdient *Hilts*s Kritik an der liebgewonnenen »Illusion, dass der stete Ausbau von Verbotsrechten dem Urheber das bringen möge, was wir ihm wünschen, nämlich 'die notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen'«, volle Zustimmung.

Die erwähnte kollektive Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften gibt zu guter Letzt das Stichwort für einen weiteren Einwand gegen den neoklassischen Property Rights-Ansatz⁷⁹⁰. So möchte dieser eine pareto-optimale Ressourcenalloktion schlicht durch die Ermöglichung marktbasierter Transaktionsvorgänge erreichen. Indem er dabei das Individuum als Ausgangspunkt nimmt und allein seinen Interaktionen die Herbeiführung von Allokationseffizienz zutraut (sog. »methodologischer Individualismus«), vernachlässigt er die Möglichkeit, dass kollektive Institutionen (wie Verwertungsgesellschaften) unter Umständen eine effizientere Ressourcenallokation bewirken können; letzteres gilt namentlich für die kollektive Wahrnehmung der sogenannten »kleinen Rechte« durch Verwertungsgesellschaften. Angesichts des rapiden Anstiegs urheberrechtlich relevanter Transaktionen und auch trotz DRM-Einsatz voraussichtlich verbleibender Transaktionskosten (darunter vor allem die Such- und Informationskosten der Nutzungswilligen), verspricht die kollektive Wahrnehmung aber unter bestimmten Voraussetzungen im institutionellen Vergleich zur individuellen Wahrnehmung auch in Zukunft eine effizientere Lösung anzubieten⁷⁹¹. Aufgrund der methodologischen Selbstbeschränkung auf die Interaktionen von Individuen bleibt dieser wichtige Aspekt im Rahmen des hier diskutierten Erklärungsan-

789 S.a. *Bornkamm*, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung, in: FS Erdmann, S. 29, 48, der hervorhebt, dass »nach dem Dreistufentest nicht jede Herabstufung des Ausschließlichkeitsrechts auf einen Vergütungsanspruch zulässig« ist. »Hier spielt eine große Rolle,« so *Bornkamm*, a.a.O., weiter, »ob der Ausübung eines Ausschließlichkeitsrechts praktische Gründe entgegenstehen, die nicht nur im Interesse des Nutzers, sondern vor allem auch im Interesse des Urhebers eine gesetzliche Lizenz nahe legen; denn für den Urheber ist der Vergütungsanspruch häufig der sprichwörtliche Spatz in der Hand.«.

790 Der nachfolgende Kritikpunkt gilt dabei im Übrigen auch für die Neue Institutionenökonomik, die ebenfalls stark vom methodologischen Individualismus geprägt ist, s. *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 3.

791 Eingehend zu den verbleibenden Funktionen von Verwertungsgesellschaften im Zeitalter von DRM *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461 ff.

satzes zumeist unberücksichtigt⁷⁹². Bei ihm kommt ferner die dem »methodologischen Kollektivismus« richtigerweise zugrundeliegende Annahme zu kurz, dass sich Phänomene wie das Verhalten gesellschaftlicher Gruppen (wie etwa der Urheber, der Nutzer, der Verwerter oder der (potentiellen) Mitglieder einer Verwertungsgesellschaft) nicht vollständig über das Verhalten von Individuen erklären lassen. In der Folge sind auf seiner Basis komplexe Phänomene wie Verwertungsgesellschaften, deren Eigenschaften sich nicht vollständig mit ihrer Funk-

792 Siehe aber *Merges*, 84 Cal. L. Rev., S. 1293 ff. (1996), der die Genese sog. »Collective Rights Organizations (CROs)« vom Individuum her argumentierend erklärt. Im Einzelnen geht *Merges* davon aus, dass sich solche rein privaten CROs automatisch aus dem Marktgeschehen entwickeln, vorausgesetzt, die Property Rights sind breit genug ausgestaltet. *Merges*, a.a.O., S. 1295, bezeichnet diesen Prozess als »Contracting into Liability Rules«. Gegen diese Annahme von *Merges* lassen sich aber die Erkenntnisse von *Olson*, Die Logik des kollektiven Handelns, anführen. Danach ist es ein Irrglaube davon auszugehen, dass sich große Gruppen von Individuen mit gemeinsamen ökonomischen Interessen unvermeidlich und wie selbstverständlich zu Organisationen zusammenschließen, die dann im Dienste ihrer Gruppeninteressen handeln. *Olson* zeigt, dass sich im Allgemeinen nur verhältnismäßig kleine Gruppen von interessierten Individuen zusammenfinden werden, wie auch von *Hayek* im Vorwort der deutschen Übersetzung betont. *Olson*, Die Logik des kollektiven Handelns, S. 1 f.: »Es wird oft für selbstverständlich gehalten, daß Gruppen, deren Mitglieder gemeinsame Interessen haben, gewöhnlich versuchen, diese gemeinsamen Interessen zu fördern, zumindest wenn es sich um wirtschaftliche Interessen handelt. Man erwartet, daß Gruppen, deren Mitglieder gemeinsame Interessen haben, sich ungefähr so um diese Interessen bemühen, wie man das oft von den Einzelnen hinsichtlich ihrer persönlichen Interessen annimmt. (...) Tatsächlich ist es jedoch *nicht* richtig, daß die Folgerung, Gruppen würden in ihrem Eigeninteresse handeln, sich logisch aus der Annahme rationalen Verhaltens im Eigeninteresse ergibt. Aus der Tatsache, daß es für alle Mitglieder einer Gruppe vorteilhaft wäre, wenn das Gruppenziel erreicht würde, folgt *nicht*, daß sie ihr Handeln auf die Erreichung des Gruppenziels richten werden, selbst wenn sie völlig rational im Eigeninteresse handeln. Außer wenn die Zahl der Individuen in einer Gruppe ziemlich klein ist oder Zwang oder irgendein anderes spezielles Mittel angewendet werden kann, um die Einzelnen zu bewegen, in ihrem gemeinsamen Interesse zu handeln, *werden rationale, im Eigeninteresse handelnde Individuen tatsächlich nicht so handeln, daß ihr gemeinsames oder Gruppeninteresse verwirklicht wird*« (Hervorhebungen jew. im Original). Inwieweit sich *Olsons*, Die Logik des kollektiven Handelns, S. 3, 65 ff., Schlussfolgerung, dass aus vorstehenden Gründen für große Gewerkschaften irgendeine Form von Zwangsmitgliedschaft lebenswichtig ist, auf das Phänomen der Verwertungsgesellschaften übertragen lässt, kann hier nicht vertieft werden. Analog ließe sich hier möglicherweise argumentieren, dass zur Aufrechterhaltung ihrer Lebensfähigkeit und zur Etablierung ihrer »Gegenmacht« gegenüber den Werkverwertern die kollektive Wahrnehmung bestimmter Vergütungsansprüche stets gesetzlich zwingend vorgesehen sein sollte. Auch lassen sich *Olsons* Erkenntnisse unter Umständen fruchtbar machen für das in Skandinavien etablierte kollektive Wahrnehmungsmodell der sog. »Extended Collective License«, das vereinfacht gesagt auf der gesetzlichen Vermutung basiert, dass die Verwertungsgesellschaften in Fällen von Massennutzung auch für Nicht-Mitglieder zur Rechtswahrnehmung berechtigt sind, letztere haben dann in den meisten Fällen aber ein »Opt-Out«-Recht, näher zum Modell der »Extended Collective License« *Koskinen-Olsson*, Collective Management in the Nordic Countries, in: Collective Management of Copyright and Related Rights, Hg. v. *Gervais*, S. 257, 264 ff.

tion als individuelles Verhalten substituierende »Interaktionssysteme«⁷⁹³, die allein der erleichterten Transaktionsabwicklung dienen, beschreiben lassen⁷⁹⁴, nur in begrenztem Maße erklärbar. Eine einzig vom Individuum her erfolgende Argumentation stößt hier an ihre Grenzen.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die vom neoklassischen Property Rights-Ansatz befürworteten, individuell wahrgenommenen unverdünnten Property Rights kaum in allen Fällen als der Weisheit letzter Schluss betrachtet werden können. Im Gegenteil: Wie gezeigt sprechen im Interesse der Urheber, der Verwerter, der Nutzer und der Allgemeinheit angesichts des digitalen Wandels gewichtige Argumente zunehmend für gezielte Aufweichungen des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitscharakters und für den verstärkten Ausbau von Liability Rules. Ob dieser Transformationsprozess so weit gehen sollte, dass Vergütungsansprüche die Regel und Verbotsrechte nur noch die Ausnahme bilden⁷⁹⁵, kann und braucht hier nicht entschieden zu werden. Auch wenn viel für einen solchen Paradigmenwechsel spricht – nicht zuletzt, weil von erlaubnisfreien, aber kompensationspflichtigen Werknutzungen in vielen Bereichen eine überlegene Förderung des kreativen Schaffens zu erhoffen ist⁷⁹⁶ –, genügt vorliegend die Feststellung, dass die vom neoklassischen Property Rights-Ansatz propagierten, gänzlich unverdünnten Ausschließlichkeitsrechte jedenfalls nicht überzeugen können.

793 Dieser Begriff wird hier nicht im engen, kommunikationstheoretischen Sinne *Luhmanns*, *Soziale Systeme*, S. 263 f., 560 ff., verwendet (nach *Luhmann* konstituieren sich Interaktionssysteme dadurch, dass sich die Beteiligten ihrer Anwesenheit – beispielsweise im Rahmen einer sich spontan entwickelnden Gesprächssituation – bewusst sind, eine darüber hinaus gehende »Systembildung« wird von ihm nicht verlangt). Vorliegend wird der Begriff des Interaktionssystems schlicht zur Bezeichnung der durch Verwertungsgesellschaften systematisch ermöglichten Interaktionen bzw. Transaktionen zwischen Urhebern bzw. Rechteinhabern und Nutzungswilligen verwendet.

794 Verwertungsgesellschaften sind mit anderen Worten mehr als die Summe ihrer Mitglieder. So sind sie zumindest in Kontinentaleuropa traditionell getragen von einem Solidargedanken, der seinen Ausdruck in einer Querfinanzierung kommerziell weniger erfolgreicher Urheber findet.

795 In diese Richtung geht *Huuskonen*, *Copyright, Mass Use and Exclusivity*, S. 245 f.: «Although not attempted here, it would be feasible to outline a copyright system with compensation as the core and exclusivity as an exception.», *Huuskonen*, S. 250, schließt seine Arbeit mit dem Fazit: »(...) a more coherent approach towards copyright may be reached by studying copyright as a system of compensation, rather than a system of full control of the use of copyright protected matter. (...) Exclusivity has not disappeared from the overall picture, but shall be reserved to those forms of use where it is applicable. That is, where copyright is directly controllable by the author or other copyright holder without prohibitive overall consequences as to other right holders, users, businesses, or the society.«.

796 Dies gilt freilich längst nicht in allen Bereichen kreativen Schaffens, man denke nur an investitionsintensiven Filmproduktionen.

bb) Negative Auswirkungen des neoklassischen Ansatzes

Wie vorstehend im Rahmen der Diskussion um Verbotsrecht versus Vergütungsanspruch bereits angeklungen ist, kann das neoklassische Erklärungsmoll in seiner Anwendung auf das Urheberrecht zu wenig wünschenswerten Folgen führen. Diese hier erschöpfend darzustellen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. An dieser Stelle sollen deshalb allein einige Kritikpunkte aufgegriffen werden, die in der deutschen Diskussion vielleicht eine noch stärkere Berücksichtigung verdient hätten. So hat etwa *Benkler* den durch vom neoklassischen Property Rights-Ansatz (zumindest in seiner starken Form) propagierten Maximalschutz ausgelösten Bedenken beredten Ausdruck verliehen⁷⁹⁷. Er fragt sich, welche Auswirkungen ein per se hohes Schutzniveau hat und welche strategischen Entscheidungen seitens der Kultur- und Unterhaltungsindustrie dadurch begünstigt werden. Er geht dabei davon aus, dass von einem hohen Schutzniveau vor allem die Unternehmen der Unterhaltungsindustrie (wie Disney oder Time Warner) profitieren. Ein hohes Schutzniveau mache für sie eine Strategie der vertikalen Integration neuer Werke bei gleichzeitiger extensiver Ausschlichtung bestehender Werke attraktiv. Aufgrund des hohen Schutzniveaus neige die Verwerterindustrie ferner dazu, vorhandenes »eigenes« Material, für das sie bereits die Nutzungsrechte haben, wiederaufzubereiten anstatt Neues zu produzieren⁷⁹⁸. Folge dessen sei die Kommerzialisierung und Konzentration der Werkproduktion sowie die Homogenisierung der erzeugten Inhalte⁷⁹⁹. Es ist äußerst fragwürdig, ob dieser plausibel erscheinende Effekt eines stärkeren Schutzes wünschenswert ist. Durch die erhoffte quantitative Steigerung des Ausstoßes kann er jedenfalls nur bedingt aufgefangen werden, denn ein Mehr an umfassend ausgewerteten Filmen, Songs etc. führt nicht automatisch zu einem Mehr an Qualität und Vielfalt.

In eine ähnliche Kerbe schlägt *Lunney*. Sie weist zutreffend darauf hin, dass in einer Welt begrenzter Ressourcen ein Mehr an geschützten Werken gesamtgesellschaftlich ein Weniger in anderen Bereichen bedeuten müsse: »more works of authorship must mean less of something else«⁸⁰⁰. *Lunney* treibt die Sorge um, dass ein erhöhtes Schutzniveau – wie es vom neoklassischen Property Rights-Ansatz befürwortet wird – und die damit verbundene stärkere Anreizwirkung zum »overinvestment« und zur »overproduction« im Bereich der Unterhaltungsindustrie führen kann, wodurch wünschenswerten Bemühungen in anderen gesellschaftlichen Bereichen (Erziehung, Grundlagenforschung, gesellschaftliches Engagement) die erforderlichen Ressourcen in Form von Talent, Arbeitskraft und

797 *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 83 ff. (2002).

798 *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 83 (2002), zufolge sei dies der Grund dafür, »why Disney-like producers are likely to over-invest in repackaging Mickey Mouse cartoons«, s.a. S. 93: »inventory owners will systematically misallocate human creativity to reworking owned-inventory rather than to utilizing the best information inputs available to produce the best new information product.«.

799 *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 84 und 93 ff. (2002).

800 *Lunney*, 49 Vand. L. Rev. 483, 489 (1996).

Kapital entzogen würden⁸⁰¹. Da die Produktion zusätzlicher Werke nicht von sich aus wertvoller sei als ein anderer potentieller Gebrauch der dafür aufgewendeten Ressourcen, sei eine Entscheidung darüber erforderlich, ob die Gesellschaft mehr von einem Ressourceneinsatz zur Schaffung unterhaltender Werke profitiere, denn von einem anderweitigen, kreativen Tätigwerden oder gesellschaftlichem Engagement. Da oben bereits eine kritische Würdigung von *Lunnneys* Erwägungen erfolgt ist⁸⁰², erübrigt sich eine solche hier.

Nachteilige Auswirkungen eines per se hohen Schutzniveaus sind darüber hinaus freilich auch zu Lasten der bestehende Werke nutzenden Kreativen zu befürchten. So birgt eine »Hypertrophie«⁸⁰³ des Urheberrechts für sie das Risiko, dass sie aufgrund omnipräsenter Zustimmungserfordernisse in ihrem kreativen Schaffensprozess massiv behindert werden oder sich dieser Prozeß für sie verteuert, etwa weil die verschiedenen Rechteinhaber bei strategischem Verhalten ihre Verhandlungsposition (z.B. bei der Rechteklärung für ein Multimediawerk) zu nutzen wissen⁸⁰⁴. Eine solche suboptimale Nutzung wird auch als »tragedy of the anticommons« bezeichnet. Diese Tragödie entsteht immer dann, wenn zu viele Individuen Rechte an einer knappen Ressource halten und niemand sie entsprechend ohne Zustimmung nutzen kann, weil keiner ein durchsetzbares Nutzerrecht hat⁸⁰⁵.

801 Vgl. *Lunney*, 49 Vand. L. Rev. 483, 487 ff. und 656 (1996): »Providing copyrighted works more extensive protection would be undesirable – not because it would limit access to the resulting works, though it may do that as well – but because it would draw resources into the production of additional works when those resources would otherwise have been more valuably used elsewhere in our economy.«. Dazu auch *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 337 (1996) und *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 182.

802 Siehe Kap. 4, B. III. 1. c) bb) (1) β).

803 Der Terminus »Hypertrophie« stammt ursprünglich aus der Medizin und meint dort die Vergrößerung eines Organs oder Gewebes durch Größenzunahme des Zellvolumens bei gleich bleibender Zellanzahl; meist verursacht durch eine vermehrte Inanspruchnahme (funktionelle Hypertrophie) des betreffenden Organs, Meyers Grosses Taschenlexikon in 24 Bänden, Bd. 10, S. 107, 5. Aufl., Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich 1995.

804 Ein jeder Rechteinhaber wird nämlich dann sein Werk als den zentralen, nicht substituierbaren Bestandteil (z.B. eines Multimediawerks) verkaufen wollen und mit dieser Argumentation einen maximalen Preis verlangen. Tun dies aber mehrere oder alle Rechteinhaber, so übersteigt der Preis für sämtliche einzelnen Nutzungsrechte in seiner Summe demjenigen Nutzungsentgelt, das zu entrichten wäre, wenn die Verwertungsrechte nur einem Rechteinhaber zugewiesen wären oder wenn von vornherin anstelle von Verbotsrechten nur angemessene Vergütungsansprüche existierten.

805 Grundlegend für den Kritikansatz der »tragedy of the anticommons« *Heller*, 111 Harv. L. Rev. 621, 673 ff. (1998): »A tragedy of the commons can occur when too many individuals have privileges of use in scarce resource (...) A tragedy of the anticommons can occur when too many individuals have rights of exclusion in a scarce resource.«; *Buchanan/Yoon*, 43 Journal of Law & Econ. 1 ff. (2000); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S.333, Fn. 1743, erläutert: »Die Ausübung eines Ausschließlichkeitsrechts kann den Wert eines anderen Ausschließlichkeitsrechts vermindern. Muß ein Nutzer von mehreren Inhabern von Ausschließlichkeitsrechten Nutzungsrechte erwerben, so werden diese nutzenmaximierend dafür einen Preis verlangen, der höher ist, als wenn die Ausschließlichkeits-

Wichtig ist festzuhalten, dass die dem neoklassischen Property Rights-Ansatz zugrundeliegende Weichenstellung nach dem Motto »Wenn viel urheberrechtlicher Schutz gut ist, dann ist mehr besser« auf einer Illusion beruht und zudem bei einer gemeinwohl- bzw. nutzerorientierten Betrachtungsweise zu überaus fragwürdigen Resultaten führt.

c) Zusammenfassung

Auf der Basis des neoklassischen Property Rights-Ansatzes ließe sich zwar theoretisch ohne Weiteres eine urheberrechtliche Schutzexpansion legitimieren, aber keine urheberrechtliche Nutzerschutzdoktrin. Für den in dieser Arbeit unternommenen Versuch, neben dem Schutz der Urheberinteressen insbesondere auch den urheberrechtlichen Schutz von Nutzerinteressen im digitalen Umfeld (u.a. ökonomietheoretisch) zu rechtfertigen, ist dieser Erklärungsansatz damit ungeeignet. Problematisch wäre dies allein dann, wenn diesem Begründungsansatz im Vergleich zu den anderen diskutierten Ansätzen der Vorzug gebührte, er also als solcher überzeugen würde. Dies ist aber – wie gesehen – nicht der Fall. Sein fast ausschließlich in den Marktmechanismus gesetztes Vertrauen geht fehl. So versagt der Marktmechanismus, wie gezeigt, beispielsweise bei der Internalisierung positiver externer Effekte, wodurch bei Verzicht auf staatliche Intervention bestehende Werke nur suboptimal genutzt würden. Der Ausgleich der verschiedenen involvierten Interessen lässt sich über den Markt allein nicht erreichen. Eine solche, von einer »unsichtbaren Hand« geleitete Selbstregulierung ist gerade im Urheberrecht, bei dem der durch eine Werknutzung entstehende, gesellschaftliche Nutzen auf dem Spiel steht, eine gefährliche Illusion.

Der neoklassische Property Rights-Ansatz ist mithin aufgrund diverser Theoriannahmen, die, wie gezeigt, erhebliche Schwachpunkte aufweisen, und der negativen Auswirkungen, die aufgrund des von ihm befürworteten urheberrechtlichen Maximalschutzes zu befürchten sind, abzulehnen. Maßgeblich zu diesem Ergebnis beigetragen hat dabei die Erkenntnis, dass die Zukunft des Urheberrechts angesichts des digitalen Wandels eher in einem gezielten Ausbau von Vergütungsansprüchen (Liability Rules), denn in einem Beharren auf Verbotsrechten (Property Rules) zu suchen ist.

rechte nur einem Inhaber zugeordnet wären; dies führt im Ergebnis zu einer Unternutzung.«; *Depoorter/Parisi*, 21 *Int'l Rev. L. & Econ.* 453, 458 ff. (2002); *Peukert*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 11, 19.

5. Neue Institutionenökonomik mit Transaktionskostenökonomik und Informationsökonomik

Eine weitere Möglichkeit, zu Antworten auf die Frage nach Sinn und Zweck urheberrechtlicher Regulierung zu gelangen, bietet die Neue Institutionenökonomik. Bei der Neuen Institutionenökonomik handelt es sich um einen jüngeren Ableger des neoklassischen Property Rights-Ansatzes, der in seinen Theorieannahmen stärker die beschränkte Rationalität, das beschränkte Eigeninteresse menschlichen Handelns, das Fehlen vollständiger Information und das Bestehen von Transaktionskosten betont⁸⁰⁶. Die Transaktionskostenökonomik und die Informationsökonomik sind entsprechend wichtige Teilgebiete der Neuen Institutionenökonomik. Aufgrund ihrer realitätsnäheren Theorieannahmen unterscheiden sich beide Erklärungsansätze wesentlich von den vorstehend untersuchten neoklassischen Modellannahmen⁸⁰⁷. Grundaussage der Transaktionskostenökonomik ist dabei, vereinfacht gesagt, dass der Staat durch die Schaffung von Regeln (d.h. von »Institutionen« wie denen des Urheberrechts im weiteren Sinne) bzw. durch die Schaffung oder Optimierung von Organisationen zur Durchsetzung dieser Regeln (z.B. Verwertungsgesellschaften) Transaktionskosten massiv senken kann. Das Urheberrecht begreift sie mithin primär als Instrument zur Transaktionskostensenkung, um auf diese Weise der Zahl der erwünschten Transaktionen zu erhöhen. Letztlich sollen dadurch ein möglichst effizienter Zugang zu Nutzungsrechten als auch die größtmögliche wirtschaftliche Partizipation an der Werknutzung für Urheber und Rechteinhaber erreicht werden. Die Informationsökonomik sucht derweil nach Lösungsmöglichkeiten für die Probleme, die sich

806 Zur Neuen Institutionenökonomik siehe *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 544: »(...) ist man sich im großen und ganzen einig, daß die orthodoxen Annahmen über »vollkommene Information« und »vollständige Rationalität« nicht länger beizubehalten sind.«, S. 558: »Von null verschiedene Transaktionskosten und eingeschränkte Rationalität sind Grundzüge der Wirklichkeit, die die ökonomische Theorie berücksichtigen muß.«; *Jolls/Sunstein/Thaler*, 50 Stan. L. Rev. 1471, 1476 ff. (1998), identifizieren neben der »bounded rationality« als weitere Abweichungen zum konventionellen »Rational-Choice-Modell« die Annahme beschränkten Eigeninteresses (»bounded self-interest«) und beschränkter Willenskraft (bounded willpower) bei der Verfolgung eigener langfristiger Interessen; kritisch dazu: *Englerth*, Behavioral Law and Economics: eine kritische Einführung. Preprints of the Max-Planck-Institute for Research on Collective Goods, online verfügbar unter: http://opus.zbw-kiel.de/volltexte/2005/2663/pdf/2004_11online.pdf, S. 37.

807 Zu den Unterschieden auch *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 190. Vgl. zum Verhältnis von »law and economics« im »traditionelleren Sinne« und Neuer Institutionenökonomik aber auch *Posner*, 149 Journal of Institutional and Theoretical Economics, 73, 74 (1993): »(...) many of the apparent differences between the new institutional economics and law and economics are differences merely in emphasis and vocabulary«. Die Abgrenzung der einzelnen ökonomietheoretischen Ansätze lässt sich generell nicht immer trennscharf vollziehen, da die Übergänge häufig fließend sind, und beispielsweise das Transaktionskostenargument inzwischen von den verschiedensten Ansätzen fruchtbar gemacht wird.

aus einer asymmetrischen Informationsverteilung zwischen (potentiellen) Vertragspartnern ergeben können. Sowohl die Transaktionskosten- als auch die Informationsökonomik werden nachfolgend näher vorgestellt und anschließend kritisch gewürdigt.

a) *Inhalt und normzweckrelevantes Programm der Transaktionskostenökonomik*

aa) *Theoretische Grundlagen*

Man kann nicht von Transaktionskosten sprechen, ohne von *Coase* zu sprechen. Er war es, der die Aufmerksamkeit der (Wirtschafts-) Wissenschaft auf die Bedeutung von Transaktionskosten gelenkt hat. Mit seinen beiden bahnbrechenden Aufsätzen »The Nature of the Firm« aus dem Jahre 1937⁸⁰⁸ und »The Problem of Social Cost« aus dem Jahre 1960⁸⁰⁹ hat er den Grundstein für den Transaktionskostenansatz gelegt, der dann maßgeblich von *Williamson*⁸¹⁰ als ein Teilgebiet der Neuen Institutionenökonomik fortentwickelt wurde⁸¹¹. Wie bereits im Rahmen des neoklassischen Property Rights-Ansatzes ausgeführt, ist nach dem *Coase*-Theorem davon auszugehen, dass unter der Voraussetzung fehlender Transaktionskosten private Verhandlungen zu einer effizienteren Ressourcenallokation führen als staatliche Eingriffe (Effizienzthese). Zur Herbeiführung privater Verhandlungen sei somit die Gewährung von Property Rights erforderlich, wobei unerheblich sei, wie und wem diese originär zugewiesen werden, da sich durch Vertragsabschlüsse und in Abwesenheit von Transaktionskosten⁸¹² ohnehin eine optimale Ressourcenallokation einstelle (Invarianzthese)⁸¹³.

Was verbirgt sich hinter dem Begriff der »Transaktionskosten«, für deren Senkung die Rechtsordnung im Anschluss an die Erkenntnisse von *Coase* nach Möglichkeit sorgen sollte? Die Transaktionskostentheorie widmet sich dem Umstand, dass in der realen Welt bei jeglichen Transaktionen Kosten entstehen. *Coase* beschrieb den Begriff der Transaktion folgendermaßen:

808 *Coase*, 4 *Economica*, 386 ff. (1937).

809 *Coase*, 3 *Journal of Law and Economics*, 1 ff. (1960).

810 Etwa *Williamson*, 22 *Journal of Law and Economics*, 233 ff. (1979) und *Williamson*, *Transaktionskostenökonomik*, Münster, Hamburg 1993.

811 Dazu *Coase*, 88 *The American Economic Review* 72 ff. (1998).

812 *Coase* war sich der Tatsache bewusst, dass im Fall existierender Transaktionskosten die Primärzuweisung freilich sehr wohl von Bedeutung ist, *Merges*, 84 *California Law Rev.*, 1293, 1302 (1996).

813 Hierzu und zur Anwendbarkeit des *Coase*-Theorems auf die ökonomische Analyse des Urheberrechts *Reich*, *Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, Diss. München 2003, 1. Kap., A. II. 1. a). Auf die erhebliche Kritikwürdigkeit der Invarianzthese soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden, siehe dazu ebenfalls *Reich*, a.a.O.

»In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.«⁸¹⁴.

Wenn also mit anderen Worten die bei einer Transaktion entstehenden Kosten den zu erwartenden Nutzen einer Transaktion übersteigen, dann wird diese Transaktion durch ein Wirtschaftssubjekt, das sich rational und nutzenmaximierend verhält, nicht durchgeführt werden, obwohl an sich beide Seiten in einem gewissen Umfang profitieren würden. Potentielle Kooperationsgewinne werden in diesem Fall nicht realisiert⁸¹⁵. Die Höhe der jeweiligen Transaktionskosten ist mithin ausschlaggebend für den Grad der individuellen Zielrealisierung seitens der Beteiligten als auch für die Effizienz des Marktes für Rechtspositionen im Allgemeinen⁸¹⁶. Die Transaktionskostenökonomik nimmt daher das Bestehen von Transaktionskosten zum Ausgangspunkt, effiziente Koordinationsmechanismen zu deren Senkung zu suchen⁸¹⁷. Sie versucht, die Funktionsfähigkeit des Marktes für Rechtspositionen durch die Erleichterung von Markttransaktionen zu optimieren, indem sie nach der effizientesten Institution zur Transaktionskostenminimierung forscht⁸¹⁸.

Ziel einer für das Urheberrecht fruchtbar gemachten Transaktionskostenökonomik ist damit also die Ermittlung und Rechtfertigung derjenigen Institution, bei der die Transaktionskosten minimal sind und bei der dadurch sowohl ein möglichst effizienter Zugang zu Nutzungsrechten als auch die größtmögliche wirtschaftliche Partizipation an der Werknutzung für Urheber und Rechteinhaber gewährleistet sind. Die entscheidende Frage der Transaktionskostenökonomik lautet damit: wie lässt sich die durch das Bestehen von Transaktionskosten ausgelöste Ineffizienz der Nutzung und Verbreitung von (künstlich verknappten) geistigen Ressourcen am besten korrigieren? Durch individuelle, durch DRM-basierte oder durch kollektive Rechtswahrnehmung⁸¹⁹? Durch staatliche Intervention oder durch private Koordination⁸²⁰? Durch Property oder durch Liability

814 *Coase*, 3 *Journal of Law and Econ.*, 1, 15 (1960).

815 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 64.

816 *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 122.

817 *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 188.

818 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 64; *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 124: »Da sowohl gesamtwirtschaftlich als auch individuell ein geringer Transaktionsaufwand vorteilhaft ist, ist Ziel des Transaktionskostenansatzes ein Kostenvergleich alternativer Koordinationsformen.«.

819 Die genannten Möglichkeiten müssen sich dabei keineswegs ausschließen. Im Gegenteil: der Einsatz von DRM-Systemen zur Transaktionskostensenkung ist sowohl bei einer individuellen, als auch bei einer kollektiven Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften denkbar.

820 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 93 ff.

Rules⁸²¹? Es ist das Verdienst von *Williamson*, mit der durch ihn weiterentwickelten Transaktionskostenökonomik die denkbaren Koordinationsformen verfeinert zu haben, die privaten Akteuren zur kostenminimierenden Optimierung ihrer Transaktionen zur Verfügung stehen⁸²². Sein Interesse galt dabei allein den Handlungsoptionen zur Transaktionskostensenkung, von denen private Akteure Gebrauch machen können⁸²³. Bevor nachfolgend der Transaktionskostenansatz bzw. vor allem dessen Operationalisierbarkeit beurteilt werden, empfiehlt es sich, zunächst Begriff, Typologie und Messbarkeit der Transaktionskosten zu vertiefen.

bb) Begriff, Typologie und Erfassung der Transaktionskosten

Transaktionskosten sind die Kosten, die bei der Benutzung eines Marktes entstehen⁸²⁴. Orientiert an den zeitlich aufeinander abfolgenden Phasen einer Markttransaktion lassen sich vier Kategorien von Transaktionskosten unterscheiden: 1. Such- und Informationskosten (search costs), 2. Verhandlungs- und Entscheidungskosten (bargaining costs), 3. Überwachungs- und Durchsetzungskosten (enforcement costs) sowie 4. Anpassungskosten⁸²⁵.

Such- und Informationskosten sind die Kosten, die bei der Kontakthanbahnung mit einem potentiellen Vertragspartner entstehen. Dieser ist ausfindig zu machen, Informationen über ihn und seine Konditionen sind zu beschaffen und zu verarbeiten. Allein durch den Zeitaufwand für die Suche entstehen Kosten, ebenso bei

821 Die Auseinandersetzung mit dieser, für die Ausgestaltung des Urheberrechts überaus zentralen Fragestellung wurde vorstehend bereits teilweise im Rahmen der Kritik am neoklassischen Property Rights-Ansatz geführt.

822 *Williamson*, 22 *Journal of Law and Econ.*, 233, 247 ff. (1979).

823 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 95: »Das gesamte Werk *Williamsons* lässt sich als ein Versuch begreifen, die Implikationen aufzuzeigen, die sich aus der Präsenz von Transaktionskosten für die Handlungsoptionen *privater* Akteure ergeben.«.

824 Neben diesen *Markttransaktionskosten* gibt es noch *Unternehmenstransaktionskosten* und die Kosten, die bei der »Einrichtung, Erhaltung und Veränderung der formalen oder informellen politischen Ordnung eines Systems« anfallen (»politische Transaktionskosten«), siehe *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 53 ff.; Allg. zum Begriff der Transaktionskosten auch *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 116 ff.; *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, S. 91 ff.; grundlegend *Coase*, 3 *Journal of Law and Econ.*, 1, 15 (1960).

825 Vgl. *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, S. 91 ff.: »Transaction costs are the costs of exchange. An exchange has three steps. First, an exchange partner has to be located. This involves finding someone who wants to buy what you are selling or sell what you are buying. Second, a bargain must be struck between the exchange partners. A bargain is reached by successful negotiation, which may include the drafting of an agreement. Third, after a bargain has been reached, it must be enforced. (...) We may call the three forms of transaction costs corresponding to these three steps of an exchange: (1) search costs, (2) bargaining costs, and (3) enforcement costs.«. Zu Anpassungskosten *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 137.

der anschließenden Kontaktaufnahme (z.B. Kosten für Telefon- und Internetnutzung). Umgekehrt sind andere darüber zu informieren, dass man selber zu einem Vertragsabschluss bereit ist⁸²⁶. Unter Informationskosten zu Lasten der Urheber und Rechteinhaber fallen etwa auch die Kosten, die beim Aufspüren »illegaler«, also urheberrechtsverletzender Nutzungen entstehen (Kosten der Nutzungserfassung). Die Identifizierung der entsprechenden Nutzer ist schließlich Voraussetzung dafür (Kosten der Nutzeridentifizierung), um ggf. Nutzungsrechte einräumen und v.a. Nutzungsentgelte einfordern zu können⁸²⁷. Zudem müssen Lizenzgeber insbesondere im Fall der Erstverwertung geeignete Lizenznehmer finden⁸²⁸. Im Fall der Zweitverwertung ist es umgekehrt zumeist der potentielle Lizenznehmer, der bereits Kenntnis von einem bestimmten, veröffentlichten Werk hat und dem deshalb der aktive Part der Kontaktabnahnung mit dem zu identifizierenden Rechteinhaber zufällt⁸²⁹. Vor allem dann, wenn ein Urheber wenig bekannt ist, können auf den Lizenznehmer enorme Such- und Informationskosten zukommen.

Ist der Vertragspartner gefunden, fallen erneut Kosten an für das Aushandeln und für den Abschluss des Vertrages (*Verhandlungs- und Entscheidungskosten*). Dieser Prozess erfordert nicht nur Zeit, er kann im Zweifelsfall auch rechtliche und nicht selten kostenintensive Beratung erforderlich werden lassen⁸³⁰. Ist einmal ein Vertrag geschlossen, muss dessen Einhaltung kontrolliert und gegebenenfalls (rechtlich) durchgesetzt werden (*Überwachungs- und Durchsetzungskosten*). Gerade bei längerfristigen Verträgen kann sich dabei nach einer gewissen Zeit unvorgesehener Revisionsbedarf ergeben (*Anpassungskosten*). Im urheberrechtlichen Kontext ist hier namentlich daran zu denken, dass die ursprünglich vereinbarte Lizenzgebühr in einem auffälligen Missverhältnis steht zu den Erträgen und Vorteilen, die der Lizenznehmer aus der Werknutzung zieht. In diesem Fall einer unerwartet erfolgreichen Werkverwertung wird der Lizenzgeber danach streben, am kommerziellen Erfolg durch nachträgliche Vertragsänderung zu

826 Coase, 3 Journal of Law and Econ., 1, 15 (1960).

827 Man kann diese Kosten auch bereits als »Ausschlusskosten« qualifizieren. Dies sind die der Transaktion teilweise vorgelagerten Kosten, die z.B. bei der Spezifizierung, Zuweisung und werterhaltenden Durchsetzung des Urheberrechts entstehen. Darunter lassen sich auch die Kontroll- und Überwachungskosten subsumieren, die aufzuwenden sind, um Dritte davon abzuhalten, urheberrechtlich geschützte Werke unbefugt zu verwenden, vgl. Bing, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 116 und 133 ff., die zu diesen Ausschlusskosten auch Aufwendungen für Abschreckungsmaßnahmen zählt (man denke hier beispielsweise an Anti-Raubkopierer-Kampagnen der Musik- und Filmindustrie, die damit an das Unrechtsbewusstsein potentieller Nutzer appellieren möchte).

828 Bing, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 135, beispielsweise muss der unbekannte Autor einen Verlag finden, der sein Werk publiziert.

829 Bing, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 135.

830 Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, S. 60.

partizipieren⁸³¹. All die genannten Kosten können, je nach ihrer Höhe, mögliche Transaktionen be- oder sogar verhindern⁸³².

Um die jeweilige Höhe von Transaktionskosten beurteilen zu können, hat *Williamson* drei transaktionsspezifische und empirisch fassbare Kriterien eingeführt: die *Häufigkeit*, mit der die Transaktionen sich wiederholen (»frequency«), Ausmaß und Art der *Unsicherheit*, die bei einer Transaktion zu bewältigen ist (»uncertainty«) sowie die *Höhe der transaktionsspezifischen Investitionen* (»asset specificity«)⁸³³. Die Transaktionshäufigkeit wirkt sich aus auf die Dauer, in der sich die Investition in eine bestimmte Koordinationsform amortisiert. Je seltener Transaktionen (beispielsweise über eine Verwertungsgesellschaft) abgewickelt werden, desto länger ist die Amortisationszeit der gewählten Koordinationsform. Auch die Wahrnehmung und Bewältigung von Unsicherheit hat Einfluss auf die Transaktionskostenhöhe. Unsicherheit kann sich ergeben aus der unvollständigen Informationslage hinsichtlich des Vertragsgegenstandes oder des potentiellen Vertragspartners. Sie wächst, je größer der betreffende Markt ist und je dynamischer das rechtliche, wirtschaftliche und nicht zuletzt das technische Umfeld⁸³⁴ ist, in dem eine Transaktion stattfindet⁸³⁵. Zur Überwindung dieser mannigfaltigen Unsicherheit können insbesondere Kontroll-, Informations-, Verhandlungs- und Entscheidungskosten anfallen. Unter transaktionsspezifischen Investitionen schließlich sind solche Kosten zu verstehen, die einzig und allein durch und für eine bestimmte Transaktion entstehen⁸³⁶.

831 In der Praxis wird ihm dies in aller Regel freilich nur in Ausnahmefällen gelingen. Im deutschen Urhebervertragsrecht gewährt § 32a Abs. 1 UrhG dem Urheber in diesen Konstellationen aber immerhin unter bestimmten Voraussetzungen einen zwingenden Anspruch auf Vertragsanpassung, um ihm eine angemessene Beteiligung zu ermöglichen.

832 Dies gilt auch für die Anpassungskosten, zumal dann, wenn sich ex ante bereits ein Nachverhandlungsbedarf antizipieren lässt, *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 137, Fn. 108; beispielsweise können unter Umständen unkalkulierbare Nachforderungen aufgrund einer gesetzlichen Änderung des Urhebervertragsrechts entstehen.

833 *Williamson*, 22 *Journal of Law and Econ.*, 233, 246 (1979); *Williamson*, 87 *The American Journal of Sociology*, 548, 555 f. (1981); *Williamson*, Transaktionskostenökonomik, S. 12 ff.; *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 119 f.

834 Die technischen Rahmenbedingungen als maßgeblichen Faktor der Transaktionskostenhöhe betonen *Picot/Dietl/Franck*, Organisation. Eine ökonomische Perspektive, S. 62.

835 Zu beachten ist aber auch die Abhängigkeit der Höhe der Transaktionskosten vom Verhalten und der individuellen Erfahrung der Akteure auf dem relevanten Markt: Insbesondere Aufsichts- und Durchsetzungskosten werden umso niedriger ausfallen, je mehr gegenseitiges Vertrauen besteht und je mehr Verfügungsrechte von vornherein respektiert werden. In diesem Fall bestehen relativ einheitliche Vorstellungen bezüglich fairer und gerechter Lösungen im Konfliktfall. Vgl. hierzu *Richter*, Institutionen ökonomisch analysiert, S. 9.

836 *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 120, führt als Beispiel die Kosten an, die durch die Aushandlung eines Vertrags für eine spezielle, einmalige Transaktion verursacht werden.

b) Kritische Würdigung der Transaktionskostenökonomik

Gegen den Transaktionskostenansatz lassen sich verschiedene Einwände erheben. Sie lassen sich unterteilen in theorieimmanente Kritikpunkte (dazu unter aa)), und Kritikpunkte, die eher auf den verbleibenden Stellenwert des Transaktionskostenarguments zur Rechtfertigung urheberrechtlicher Regulierung angesichts der durch den Einsatz von DRM-Systemen eröffneten Möglichkeiten zur individuellen Transaktionskostenminimierung abzielen (dazu unter bb)). Viele der grundsätzlicheren Kritikpunkte decken sich dabei mit denjenigen, die bereits im Rahmen der kritischen Würdigung der vorstehenden Erklärungsansätze diskutiert wurden⁸³⁷. Dies gilt insbesondere für die generelle Frage der Erforderlichkeit des Urheberrechts angesichts alternativer (vertraglicher oder technischer) Schutzmechanismen und Vermarktungsstrategien sowie für die Kritik an einer ausschließlichen Fokussierung auf das Effizienzziel und damit einhergehender Vernachlässigung von Gerechtigkeitserwägungen. Die Einwände hinsichtlich des ökonomischen Verhaltensparadigmas hingegen gelten für die Transaktionskostenökonomik, mit ihren der Neuen Institutionenökonomik generell zugrundeliegenden realitätsnäheren Verhaltensannahmen, demgegenüber längst nicht in dem gleichen Maße. Im Gegenteil: Namentlich die Annahme nur beschränkt rationalen Verhaltens zählt zu den klaren Vorzügen dieses Ansatzes⁸³⁸.

aa) Kritik an Theorieprämissen

Eine klare konzeptionelle Schwäche des Transaktionskostenansatzes besteht darin, dass er sich allein auf die Transaktionen zwischen (potentiellen) Vertragspartnern konzentriert. Dadurch bleiben Auswirkungen dieser jeweiligen bilateralen Interaktionen auf Dritte gleichermaßen unberücksichtigt wie externe Faktoren, die auf die jeweilige Transaktion und deren Organisation einwirken. Es werden also positive wie negative externe Effekte der privaten Verhandlungen nicht ausreichend in Betracht gezogen⁸³⁹; ebenso werden weitere Fälle von Marktversagen, also Konstellationen, in denen der Markt alleine nur suboptimale, unvollkommene Ergebnisse hervorbringt⁸⁴⁰, durch die eindimensionale Fokussierung des Transaktionskostenansatzes auf die Erleichterung von Markttransaktionen ausge-

837 S. Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (2) und (4).

838 Dazu, dass diese Annahme im Rahmen dieses theoretischen Erklärungsmodell leider nicht immer konsequent durchgehalten wird, siehe die nachfolgenden Ausführungen.

839 Insbesondere die unzureichende Internalisierung positiver externer Effekte über den Markt ist im Rahmen der kritischen Würdigung des neoklassischen Property Rights-Ansatzes oben bereits vertieft dargestellt worden. Auf die dortigen Ausführungen wird hiermit explizit verwiesen, siehe Kap. 4 C. I. 4. b) aa) (1).

840 Ursachen für Marktversagen können sein: das Vorhandensein von Monopolstellungen bzw. allgemein von Marktmacht, das Bestehen externer Effekte, öffentlicher Güter oder asymmetrischer Informationslagen, *Cooter/Ulen*, Law & Economics, S. 44 ff.

blindet. Zu nennen sind hier namentlich die Vernachlässigung der Probleme, die sich aus dem Vorhandensein einer asymmetrischen Informationsverteilung (z.B. im Verhältnis zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer)⁸⁴¹ oder dem Bestehen von Marktmacht ergeben können⁸⁴².

Schließlich ist zu kritisieren, dass der Transaktionskostenansatz unterstellt, die relevanten Entscheidungsträger wählen zwangsläufig die Koordinationsform, die am effizientesten die Transaktionskosten senkt. Bei den Annahmen über diesen Auswahlprozess werden mögliche Informationsdefizite der Akteure und die begrenzte Rationalität ihres Handelns vernachlässigt⁸⁴³. Insbesondere bei einer staatlichen Regulierung der Transaktionskosten⁸⁴⁴, durch welche gesamtwirtschaftlich gesehen wiederum neue und nicht zu unterschätzende Interventionskosten entstehen⁸⁴⁵, kann der Entscheidungsprozess zudem auch von metaökonomischen Kriterien geleitet sein. Hier können – und sollten bis zu einem gewissen Umfang auch – Beweggründe zum Tragen kommen, die sich nicht allein daran orientieren, wie sich die Funktionsfähigkeit des Marktes für Rechtspositionen durch Transaktionskostenminimierung optimieren lässt. Es liegt deshalb auf der Hand, dass die Transaktionskostenökonomik alleine noch keine erschöpfenden Handlungsempfehlungen für die Ausgestaltung des Urheberrechts geben kann. Die Aussagekraft der Transaktionskostenökonomik ist insoweit begrenzt; ihre Erkenntnisse sollten stets mit dem Vorbehalt gewürdigt werden, dass metaökonomische Erwägungen zu einem abweichenden Ergebnis führen können. Zu den Schwächen des Transaktionskostenansatz zählt zudem gewiss seine begrenzte Operationalisierbarkeit⁸⁴⁶. So lassen sich etwa *ex ante* kaum zuverlässige Aussagen treffen über die voraussichtliche Transaktionskostenhöhe derjenigen Koordi-

841 Auf diesen Gesichtspunkt, der durch die Informationsökonomik aufgegriffen worden ist, wird im weiteren Verlauf der Untersuchung noch näher eingegangen.

842 Den zuletzt genannten Aspekt kritisiert auch *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 131 f.

843 Näher dazu *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 130 f., die in diesem Zusammenhang insbesondere die auf Informationsproblemen beruhenden Risiken staatlicher Intervention aufzeigt.

844 Im urheberrechtlichen Kontext können Transaktionskosten von staatlicher Seite reguliert werden durch die urheberrechtliche Schrankenausgestaltung, die generelle Reduzierung des Schutzzumfangs, die obligatorische Vorgabe der kollektiven Wahrnehmung gesetzlicher Vergütungsansprüche durch eine Verwertungsgesellschaft, sog. »Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit«, sowie allgemein durch die staatliche Festlegung des allgemeinen Ordnungsrahmens für Verwertungsgesellschaften (Kontrahierungszwang etc.).

845 Zu diesen durch die Änderung oder Schaffung rechtlicher Vorschriften ausgelösten Kosten *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 106 ff., der vor dem Hintergrund, dass nicht nur die Benutzung des Marktes, sondern auch des Staatsapparates (der »governmental machine«) Kosten verursacht, davor warnt, dass prohibitiv hohe Transaktionskosten alleine nicht automatisch staatliche Intervention indizieren sollten. Die Interventionskosten müssten im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse stets kleiner sein als der Nutzen, den sie stiften.

846 Auch diesen Schwachpunkt teilt er somit mit den zuvor diskutierten, ökonomietheoretischen Erklärungsansätzen.

nationsform, die bislang nicht zur Transaktionskostenminimierung gewählt wurde und die sich deshalb nicht empirisch untersuchen lässt⁸⁴⁷. Der durch die Transaktionskostenökonomik angestrebte Kostenvergleich alternativer Koordinationsformen zur Reduktion von Transaktionskosten wird dadurch maßgeblich erschwert.

bb) Verbleibende Erforderlichkeit staatlicher Transaktionskostensenkung angesichts von DRM?

Das Aufkommen von DRM-Systemen hat die Frage aufgeworfen, ob es zur Transaktionskostensenkung tatsächlich urheberrechtlicher Regulierung bedarf oder ob sich die Transaktionskosten nicht effizienter durch den Einsatz von DRM-Systemen senken lassen⁸⁴⁸. Der Stellenwert des Transaktionskostenarguments steht somit in Frage. Die Beantwortung dieser Fragestellung ist insofern schwierig, als sich die Höhe der verschiedenen Transaktionskosten gerade in einem dynamischen Umfeld wie dem der sich ständig wandelnden DRM-Systeme nicht präzise quantifizieren lässt⁸⁴⁹. Eine weitere Unwägbarkeit kommt dadurch ins Spiel, dass bislang nicht absehbar ist, welche Geschäftsmodelle sich mit welcher Akzeptanz auf der Basis von DRM-Technologien tatsächlich nachhaltig am Markt etablieren werden und wie sich entsprechend der Angebotsmarkt für urheberrechtlich geschützte Werke künftig strukturieren wird⁸⁵⁰. Die Transaktionskostenökonomik erlaubt insofern allenfalls Aussagen über Tendenzen und sich abzeichnende Muster hinsichtlich der Auswirkungen des DRM-Einsatzes⁸⁵¹. Vor diesem methodologischen Hintergrund überrascht es nicht, dass die Auswirkungen von DRM und Internet auf die Höhe der Transaktionskosten kontrovers beurteilt werden⁸⁵². Mit einiger Sicherheit feststellen lässt sich nur, dass der Einsatz technischer Schutzmechanismen zumindest das Potential hat, wenigstens teilweise die Kosten einer

847 Bing, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 119 und 130.

848 Für eine Überlegenheit von DRM-Systemen gegenüber dem Urheberrecht tritt aus diesem und anderen Gründen beispielsweise Bell, 76 N. C. L. Rev. 557, 586 (1998), ein.

849 Bing, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 119, 125 f. und 130.

850 Wenn schon einige Unsicherheit in Bezug auf die technische Entwicklung und Zuverlässigkeit von DRM-Systemen besteht, muss dies also umso mehr gelten für die hierauf basierenden und sich erst noch entwickelnden Marktmodelle, so bereits Hansen/Schmidt-Bischoffshausen, GRUR Int. 2007, 461, 473. So untersuchen etwa Fränkl und Karpf allein über 40 verschiedene Marktmodelle, Fränkl/Karpf, Digital Rights Management Systeme, S. 137 ff.

851 Vgl. Bing, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 132: »Wenn auch oft nicht die Höhe der Kosten direkt bestimmbar ist, ermöglicht er (der Ansatz, Einfügung durch den Verf.) doch, die hinter diesen stehenden Probleme zu analysieren und Mustervoraussagen über Wirkungen bestimmter Maßnahmen zu treffen.«.

852 Elkin-Koren/Salzberger, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 568 (1999); Elkin-Koren/Salzberger, Law, Economics and Cyberspace, S. 90 ff.

Transaktion zwischen (potentiellen) Vertragspartnern zu reduzieren⁸⁵³. DRM-Systeme versprechen vor allem die bei Urhebern bzw. Rechteinhabern anfallenden Such- und Informationskosten zu reduzieren. Die Beschaffung von Informationen über potentielle Vertragspartner und auch die Kontrolle legaler und vor allem auch illegaler Nutzung wird durch technische Lösungen, die das Potential von »Digital Object Identifier« (sog. DOI-) Systemen voll ausschöpfen, erleichtert. Ebenso bieten DRM-Systeme theoretisch auch dem einzelnen Urheber bzw. Rechteinhaber die Möglichkeit einer besseren Standardisierung stattfindender Transaktionen. Vertragsabschlüsse zu standardisierten Bedingungen per Mausklick können daher auch für den einzelnen Urheber bzw. Rechteinhaber ehemals kostspielige und langwierige Vertragsverhandlungen ersetzen, mit anderen Worten also die Verhandlungskosten reduzieren. DRM-Befürworter schlussfolgern daher, dass das Transaktionskostenargument etwa zur Rechtfertigung von Schrankenregelungen durch die technische Entwicklung bereits an Bedeutung verloren habe bzw. weiter verlieren werde⁸⁵⁴.

Auch wenn somit unter dem Eindruck der »neuen« technischen Möglichkeiten die Reduktion der Transaktionskosten durch DRM und Internet bisweilen für eine Selbstverständlichkeit gehalten wird, ist eine solche Transaktionskostensenkung aber keineswegs zwingend. So weist *Bechtold* zutreffend darauf hin, dass bei einer DRM-basierten Nutzungserfassung und -kontrolle allein die dadurch steigende Anzahl erforderlicher Vertragsschlüsse zu einer Erhöhung der Transaktionskosten führen könne⁸⁵⁵. Auf diese negativen Effekte, die durch eine technische, aber ebenso auch durch eine gesetzliche oder vertragliche Schutzexpansion entstehen, wurde bereits verschiedentlich verwiesen⁸⁵⁶. Wenn man zudem davon

853 *Bell*, 76 N.C. L. Rev. 557, 583 f. (1998); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 327, der zu dem Ergebnis gelangt, »daß das Internet und DRM-Systeme das *Potential* haben, Transaktionskosten deutlich zu senken, daß dieses Potential bisher aber allenfalls in Ansätzen realisiert wurde.« (Hervorhebung im Original).

854 *Bell*, 76 N.C. L. Rev. 557, 582 ff. (1998), der argumentiert, ein »fared-use«-System werde die Bedeutung des »fair use« reduzieren; *Merges*, 12 Berkeley Tech. L. J. 115, 130 ff. (1997) (S. 132: »(...) if the fair use defense arises only when transaction costs are prohibitive, the dramatic reduction in those costs will give the defense a very limited role in the future.«).

855 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 325, *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 568 (1999), die in diesem Zusammenhang betonen, dass die »human (cognitive) cost of engaging in a transaction, paying attention, learning the different options, defining preferences, and making choices may remain the same.«.

856 Siehe dazu insbesondere die Diskussion über Property und Liability Rules. Inwieweit sich die Situation durch eine bereits an der Hardware anknüpfende, auf der Überprüfung der Hard- und Softwareintegrität beruhende Manipulationskontrolle (Stichwort: »Trusted Computing«) noch verschärfen wird, weil durch sie nahezu umfassend jede Nutzung eines digitalen Inhalts von einem entsprechenden Nutzungsvertrag abhängig werden könnte, kann hier nicht vertieft werden. Zum Thema »Trusted Computing« siehe die FAQ-Liste von *Ross Anderson* unter: <http://www.cl.cam.ac.uk/~rja14/tcpa-faq.html> und *ders.*, Cryptography and Competition Policy – Issues with »Trusted Computing«, online verfügbar unter: <http://www.cl.cam.ac.uk/~rja14/Papers/tcpa.pdf>.

ausgeht, dass eine individuelle, DRM-basierte Rechtswahrnehmung zu einem im Vergleich zur analogen Welt stärker fragmentierten Angebotsmarkt führen wird⁸⁵⁷, dann ist im digitalen Umfeld auch in Zukunft mit signifikanten Such-, Informations- und Verhandlungskosten vor allem zu Lasten Nutzungswilliger zu rechnen⁸⁵⁸. Gestützt wird das Transaktionskostenargument darüber hinaus durch auch in Zukunft voraussichtlich unverändert analog verbreitete Inhalte, bei denen der Einsatz von DRM-Systemen von vornherein nicht in Betracht kommt oder für deren nachträgliche Digitalisierung kein Interesse besteht. Ebenso wenig darf vernachlässigt werden, dass nicht wenige Urheber im Gegensatz zu professionellen Verwertern finanziell oder von ihren technischen Kenntnissen und Befähigungen her überfordert sein mögen, selber DRM-Systeme zum Einsatz zu bringen. Der flächendeckende Einsatz umgehungssicherer TPM- und DRM-Systeme bleibt somit ebenso eine Illusion wie eine Welt ohne Transaktionskosten. Aus diesen Gründen behält das Transaktionskostenargument also prinzipiell seine Relevanz⁸⁵⁹.

857 Für eine solche Marktentwicklung könnte sprechen, dass der individuelle Urheber bzw. Rechteinhaber darum bemüht sein wird, den größten individuellen Vorteil aus der Nutzung seines Werks zu ziehen. Es ist daher durchaus wahrscheinlich, dass vor allem wirtschaftlich erfolgreiche Rechteinhaber bzw. Urheber deshalb in der Zukunft angesichts der technischen Möglichkeiten von DRM-Systemen weniger gewillt sein werden, Querfinanzierungen zu Gunsten von wirtschaftlich schwächeren Urhebern in einem System der kollektiven Rechtswahrnehmung zu ihren Lasten hinzunehmen. Die wahrscheinliche Konsequenz ist ihre Abwanderung aus den Verwertungsgesellschaften traditioneller Prägung und ihre anderweitige Reorganisation. Wie diese Reorganisation aussehen wird, lässt sich heute noch nicht mit Sicherheit sagen. Neben großen Online-Musikportalen wie dem iTunes Store (<http://www.apple.com/itunes/store/>) sind im Musikbereich ebenso zahlreiche kleinere Musikdienste wie etwa das Independent-Label Magnatune (<http://magnatune.com>), mit anderen Worten also eine Marktzersplitterung, zu beobachten.

858 Selbst wenn es eines Tages digitale Erkennungssysteme geben sollte, die lückenlos jede digitale Werknutzung erfassen können und einen nahezu umfassenden Schutz des Rechteinhabers ermöglichen, so ändert dies ferner nichts daran, dass einige Nutzungswillige selber ein originäres Bedürfnis haben mögen, sich aktiv und einer beabsichtigten Nutzung zeitlich vorgelagert an den Berechtigten wenden zu können (sei es, weil sie gezielt dessen Einwilligung für eine Bearbeitung einholen möchten, sei es, weil sie allgemein möglichen Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Schadensersatzansprüchen aus dem Weg gehen wollen), zu diesem Gesichtspunkt der auch im digitalen Kontext verbleibenden Such- und Informationskosten Nutzungswilliger *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 475 f.

859 Vgl. *Elkin-Koren/Salzberger*, Law, Economics and Cyberspace, S. 96: »In summary, so far there is no clear empirical evidence for a decrease in transaction costs in Cyberspace, despite the theoretical analysis in this direction.«; Selbst *Bell*, 76 N.C. L. Rev. 557, 584 (1998) räumt ein, dass technischer Schutz »search and exchange costs« nicht völlig beseitigen könne, »thus perhaps leaving contractual gaps for fair use to fill (...) Fair use thus remains relevant, even given ARM« (= Automated Rights Management). *Bell* begründet diese Auffassung zusätzlich damit, dass Fair Use »certain «socially beneficial« uses, such as criticism and parody« diene, bei denen es der Urheberrechtsinhaber möglicherweise vorziehe, keine Nutzungsrechte einzuräumen.

c) Zwischenergebnis zur Transaktionskostenökonomik

Auch wenn die Transaktionskostenökonomik nicht frei von Schwächen ist und der technische Wandel zweifellos das Potential hat, dem Transaktionskostenargument einen erheblichen Bedeutungsverlust zuzufügen, ist dieser Ansatz dennoch prinzipiell zur Rechtfertigung des Urheberrechts geeignet. Denn die Transaktionskostenökonomik verspricht in jedem Fall Erkenntnisgewinn darüber, warum bei Bestehen prohibitiv hoher Transaktionskosten unter Umständen staatliche Intervention zur Senkung derselben erforderlich werden kann. Sie kann überzeugend erklären, inwieweit es für den einzelnen Rechteinhaber und Nutzer sowie für die Effizienz eines Wirtschaftssystems allgemein vorteilhaft sein kann, bestimmte Transaktionen beispielsweise mittels einer entsprechenden Schranken- ausgestaltung oder der Etablierung von Nutzerrechten überhaupt erst zu ermöglichen. Der Transaktionskostenansatz vertieft insofern das Verständnis für die ökonomische Notwendigkeit urheberrechtlicher Regulierung (oder auch Deregulierung) und hilft bei der Entscheidung, ob die erwünschten Markttransaktionen eher durch eine Property oder eine Liability Rule befördert werden sollten. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zum neoklassischen Property Rights-Ansatz. Recht soll aus Sicht der Transaktionskostenökonomik im Gegensatz zur neoklassischen Theorie Markttransaktionen nämlich nicht nur ermöglichen, sondern gegebenenfalls auch durch gezielte Intervention in den Marktmechanismus erleichtern.

d) Inhalt und normzweckrelevantes Programm der Informationsökonomik

Eine weitere ökonomietheoretische Begründungsschicht für das Ob und Wie urheberrechtlicher Regulierung verspricht die Informationsökonomik⁸⁶⁰. Gegenstand der Informationsökonomik ist insbesondere die Beschäftigung mit Konstellationen, in denen bei (potentiellen) Vertragspartnern eine asymmetrische Informationsverteilung besteht, beide also deshalb auf unterschiedlichen »Informationsstufen« stehen⁸⁶¹. Beispielsweise kann ein Verwerter als Lizenznehmer besser über die übliche Vergütung für eine Werknutzung bzw. allgemein die sich bietenden Optionen zur Vertragsgestaltung informiert sein als ein möglicherweise selten oder sogar erstmals und damit unerfahren am Markt agierender Urheber.

860 Zur Informationsökonomik: *Stiglitz*, 92 *The American Econ. Rev.* 460 (2002); *Macho-Stadler/Pérez-Castrillo*, An Introduction to the Economics of Information. Der Ansatz von *Stiglitz* darf nicht mit der Arbeit eines anderen Nobelpreisträgers, nämlich der *Stiglitzers*, verwechselt werden. *Stiglitzers*, 69 *The Journal of Political Econ.* 213 ff. (1961), Verdienst ist es, auf die Bedeutung von Informationskosten als wichtigen Teil der Transaktionskosten hingewiesen zu haben, während *Stiglitz* aufgrund seiner Analyse von Märkten mit asymmetrischer Informationsverteilung hervorgetreten ist.

861 Allgemein *Stiglitz*, 92 *The American Econ. Rev.* 460, 469 ff. (2002); *Macho-Stadler/Pérez-Castrillo*, An Introduction to the Economics of Information, S. 1 ff.

Folge asymmetrischer Information können in diesem Fall insbesondere wenig vorteilhafte Vertragskonditionen für den schlechter Informierten sein (unterdurchschnittliche Vergütung, Unterzeichnung eines Buy-Out-Vertrages etc.). Löst der Markt das Problem asymmetrischer Informationslagen nicht von alleine, bedarf es unter Umständen staatlicher Intervention, um dieses Marktversagen zu korrigieren. Die Informationsökonomik konzentriert sich dabei auf Lösungsmöglichkeiten für die Probleme, die sich aus einer asymmetrischen Informationsverteilung zwischen zwei Vertragspartnern ergeben können.

Vor dem Hintergrund der Informationsökonomik lässt sich ein weiterer Zweck des Urheberrechts insofern möglicherweise darin erkennen, Informationsasymmetrien auszugleichen. Ähnlich wie die Informationsökonomik dazu verwendet worden ist, um ein ökonomisch effizientes Verbraucherschutzrecht zu entwerfen⁸⁶², könnte sie nun in ähnlicher Weise herangezogen werden, um insbesondere eine urheberrechtliche Nutzerschutzdoktrin zu entwickeln. Auch dem Urheberrechtsschutz beispielsweise in Gestalt des Urhebervertragsrechts könnte sich durch Rückgriff auf die Informationsökonomik zusätzliche ökonomietheoretische Legitimation verleihen lassen. Aufschluss darüber, inwiefern sich die Informationsökonomik für das (Urheber-) Recht fruchtbar machen lässt, bietet in Ansätzen der Forderungskatalog, den *van den Bergh* und *Lehmann* basierend auf der Informationsökonomik für die Gestaltung des (Verbraucherschutz-) Rechts aufgestellt haben⁸⁶³. Danach sollte das Recht (1.) die Kosten der Informationsbeschaffung und -verbreitung prinzipiell möglichst niedrig halten und nicht erhöhen. Das Recht sollte (2.) die Pflicht zur Gewährung von Informationen demjenigen auferlegen, der sie ohne besonderen Aufwand zur Verfügung stellen kann, diese aber nicht freiwillig zur Verfügung stellt. Das Recht sollte (3.) das Verhalten von »free ridern« eindämmen, um den Markt für Informationen nicht unverhältnismäßig zu beeinträchtigen⁸⁶⁴. Wenn die Voraussetzungen für ein Marktversagen als Konse-

862 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 193 m.w.N.; *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 589.

863 *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 593. Für die komprimierte Wiedergabe dieser Forderungen wird nachfolgend auch auf die Zusammenfassung von *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 197 f., zurückgegriffen.

864 Die Informationsökonomik betrachtet Information als öffentliches Gut, das sich durch Nicht-Exklusivität und Nicht-Rivalität auszeichnet (siehe dazu schon oben unter Kap. 4 C. I. 3. a) aa)). »Nicht-Exklusivität« bedeutet dabei, dass es nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten möglich ist, diejenigen Nutzer auszuschließen, die für die Nutzung (der Information) nicht zahlen wollen. Dem hierdurch auftretenden Problem der *free rider* (Trittbrettfahrer) soll das Recht vorbeugen, »damit das Merkmal der Nicht-Exklusivität die Weitergabe von Informationen über den Markt nicht unverhältnismäßig behindert.«, so *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 593. Auf eine Konsequenz der Trittbrettfahrerproblematik weist *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 194, Fn. 139, hin. Sie sei die Ursache dafür, dass »Informationsmärkte auf der Grundlage privater Verbraucherdienste nur schwer entstehen« können. »Verbraucherinstitutionen müssen öffentlich finanziert werden, weil die Verbraucher die Informationen auch ohne oder ohne wesentliche eigene finanzielle Leistung bekommen können.«, dazu auch *Duggan*, The Economics of Consumer Protection, S. 33 ff.

quenz von Qualitätsunsicherheit gegeben sind⁸⁶⁵, sollte die Rechtsordnung (4.) Haftungsregeln (Produkthaftung), Informationspflichten und eine Regulierung der Produktqualität vorsehen, um Informationsdefizite zu überwinden. (5.) Institutionen des Goodwill und der Reputationsförderung sollten von der Rechtsordnung geschützt werden⁸⁶⁶. (6.) Irreführende Angaben müssen verboten werden, da durch sie die Informationskosten erhöht werden; konkrete und nachprüfbare Informationen sollten hingegen gefördert werden. Und (7.) müssen bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen dem Spannungsverhältnis zwischen Informationsverbreitung und Wettbewerb Rechnung getragen werden. Eine Lösung, die aus informationsökonomischen Gründen vorteilhaft erscheint, kann die Intensität des Wettbewerbs gefährden. Zur Aufrechterhaltung von Wettbewerb ist daher nur eine Reduzierung, nicht aber eine völlige Eliminierung der Informationskosten anzustreben⁸⁶⁷.

Überträgt man diese auf der Informationsökonomik basierenden Erkenntnisse auf das Urheberrecht, können sie in den Fällen, in denen ebenfalls eine Informationsasymmetrie zu konstatieren ist, den Weg zur gebotenen Regulierung durch das Urheberrecht weisen. Dieses – soweit ersichtlich – für das Urheberrecht bislang weitgehend unausgeschöpftes Potential der Informationsökonomik⁸⁶⁸ kann hier nur exemplarisch anhand zweier Problemfelder veranschaulicht werden.

865 Zwei Konstellationen können in diesem Zusammenhang zu einem Marktversagen führen: Im Fall des »moral hazard« (moralische Versuchung) entfällt für den Produzenten der Anreiz, hohe Qualität anzubieten, wenn der Verbraucher sie nicht prüfen kann. Eine solche Verhaltensänderung nach Wegfall des Risikos, durch den Vertragspartner effektiv kontrolliert zu werden, ist besonders relevant bei sog. »Erfahrungsgütern« und nimmt mit der Anonymität eines (Massen-) Marktes und einer geringen Zahl erwarteter Wiederholungskäufe zu, s. zu letzteren Faktoren auch *Menke*, GRUR 1993, 718, 721, zur Differenzierung zwischen Such-, Erfahrungs- und Vertrauensgütern *Nelson*, 78 *Journal of Political Econ.* 311 ff. (1970), *ders.*, 82 *Journal of Political Econ.* 729 ff. (1974). Das Vorliegen einer Informationsasymmetrie ist auch ursächlich für das Phänomen der falschen bzw. ungünstigen Auswahl (»adverse selection«), aufgrund dessen es zu einer Qualitätsverschlechterung und damit letztlich einem Marktversagen kommen kann. Dieses im Anschluss an den grundlegenden Aufsatz von *Akerlof*, 84 *The Quarterly Journal of Econ.* 488 ff. (1970) auch als »Market for Lemons«-Problem bekannte Phänomen fasst *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 195, folgendermaßen zusammen: »Wenn Kunden nur Preise, aber nicht die Qualität vergleichen können, kaufen sie entsprechend der Durchschnittserwartung von Qualität beim billigsten Anbieter. Ein vergleichsweise hochwertiges Gut wird nicht angeboten, weil dies der Markt nicht honoriert. Die schlechten Produkte verdrängen allmählich die guten.«; s.a. *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 591.

866 Zu diesen Such- und Informationskosten reduzierenden Institutionen zählt etwa auch das Markenrecht, *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 198 m.w.N.

867 Näher zu diesem Aspekt *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 590.

868 Ansätze dazu finden sich aber beispielsweise bei *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 339 ff.

aa) *Informationsökonomische Rechtfertigung des urhebervertragsrechtlichen Urheberschutzes*

Die Überwindung der Informationsasymmetrie zwischen Urheber und Verwerter ist eingangs bereits angerissen worden⁸⁶⁹. Für das Vorliegen einer asymmetrischen Informationsverteilung spricht in diesem Fall, dass regelmäßig Nutzungsrechte erwerbende Verwertungskonzerne aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung und Spezialisierung eher über ausgeprägte transaktionsspezifische Kenntnisse verfügen als der einzelne Urheber. Für den Musiker, Autor etc. besteht daher – zumal dann, wenn er geschäftlich unerfahren ist – das Risiko, bei der Vereinbarung der Lizenzgebühr bzw. der generellen Ausgestaltung eines Lizenzvertrages überverteilt zu werden⁸⁷⁰. Diese in vielen Fällen anzunehmende Informationsasymmetrie haben manche Gesetzgeber (wie namentlich der deutsche) zum Anlass genommen, zugunsten der Urheber Schutzvorschriften im Urhebervertragsrecht zu etablieren⁸⁷¹. So wird der Urheber in Deutschland etwa davor geschützt, sämtliche Verwertungsrechte als Ganzes zu übertragen, er kann bekanntlich nur Nutzungsrechte einräumen (§ 31 UrhG); der Umfang der Rechteinräumung wird zusätzlich beschränkt durch den so genannten »Zweckübertragungsgrundsatz« (§ 31 Abs. 5 UrhG), wonach davon auszugehen ist, dass der Urheber im Zweifel keine weitergehenden Rechte überträgt als es für die Erreichung des Vertragszwecks erforderlich ist. Die Zweckübertragungslehre führt somit zu einer Spezifizierungslast des Rechtserwerbers, d.h. wer sichergehen will, dass er das jeweilige Nutzungsrecht erwirbt, muss dafür Sorge tragen, dass er es ausdrücklich bezeichnet⁸⁷². Diese Spezifizierungslast lässt sich aus Sicht der Informationsökonomik dahingehend interpretieren, dass der Lizenzgeber besser darüber informiert wer-

869 S. Kap. 4 C. I. 5. d).

870 Dazu u.a. *Schricker*, IIC 2004, 850 ff.

871 Zuzugestehen ist freilich, dass das Bestehen von Informationsasymmetrie nicht der einzige Grund für diese Gesetzgebung gewesen ist. Dieses informationsökonomische Argument mag der Gesetzgebung inhaltlich zwar u.a. zugrundegelegt haben, wurde in dieser informationsökonomischen Terminologie soweit ersichtlich aber nicht expliziert. Neben der asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Urhebern und Verwertern war gewiss auch die überlegene Machtstellung der einen Partei gegenüber der anderen ein wesentliches Motiv für die Urhebervertragsrechtsreform. Zwar könnte man argumentieren, Wissen ist Macht, das Kräfteungleichgewicht zwischen Urheber und Verwerter basiert also gewissermaßen nur auf Informationsdefiziten des Urhebers. Mit einer solchen Argumentation griffe man aber zu kurz und ließe jene Machtaspekte unberücksichtigt, die auf der finanziellen Abhängigkeit eines Lizenzgebers von seinem Lizenznehmer beruhen können (Beispiel: Da der Lizenznehmer am längeren Hebel sitzt, hält sich ein rational agierender Urheber bei Vergütungs(nach-)verhandlungen möglicherweise zurück, um die weitere Zusammenarbeit mit einem Verlag, Sender oder sonstigem Auftraggeber nicht zu gefährden). Dass die Transaktionskosten- und Informationsökonomik diese Machtaspekte – und damit das Problem gestörter Vertragsparität – nicht ausreichend berücksichtigen, ist eine der nicht zu leugnenden Schwächen dieser Ansätze, so auch *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 131 f.

872 *Dreier-Schulze-Schulze*, UrhG, § 31, Rn. 111.

den soll, in welchem Umfang er sich seiner Rechte begibt. Die Informationspflicht wird dabei demjenigen auferlegt, der die entsprechenden Informationen aufgrund seiner in aller Regel überlegenen Erfahrung leichter erbringen kann. Die §§ 32, 32a UrhG sollen dem Urheber derweil – zumindest in der Theorie – eine angemessene Vergütung und weitere Beteiligung sichern. Spätestens dann, wenn das Urhebervertragsrecht in der Praxis seine erhoffte Schutzfunktion aber nicht in dem erwünschten Maße erfüllt⁸⁷³ und sich die Informationsasymmetrie der Vertragsparteien in für den Urheber nachteiligen Vergütungsvereinbarungen oder einem totalen Rechte-Buy-Out manifestiert, sprechen informationsökonomische Gründe im Übrigen wiederum dafür, Verwertungsgesellschaften mit ihrem Spezialwissen zur Abschwächung der bestehenden Informationsasymmetrien einzusetzen⁸⁷⁴. Um auch dem einzelnen Urheber die Möglichkeit zu geben, auf Augenhöhe mit Verwerterkonzernen zu verhandeln – so lässt sich argumentieren –, bedarf es offensichtlich einer institutionalisierten kollektiven Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften als Gegenmacht⁸⁷⁵. Dieser Gesichtspunkt soll hier aber nicht weiter vertieft werden.

bb) Informationsökonomische Rechtfertigung des Nutzerschutzes

Ein weiterer Anwendungsbereich, in dem sich die Informationsökonomik für die Rechtfertigung urheberrechtlicher Regulierung fruchtbar machen lässt, ist das Verhältnis zwischen Verwerter und Nutzer. Eine asymmetrische Informationsverteilung zwischen diesen beiden kann aus informationsökonomischer Sicht unter bestimmten Voraussetzungen eine urheberrechtliche Nutzerschutzdoktrin recht-

873 Kritisch etwa *Schricker*, IIC 2004, 850, 856 f.

874 Näher zur Auffangfunktion von Verwertungsgesellschaften für ein unzureichend funktionierendes Urhebervertragsrecht *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 477 ff.; *Drexler*, Auf dem Weg zu einer neuen europäischen Marktordnung der kollektiven Wahrnehmung von Online-Rechten der Musik? in: *Wahrnehmungsrecht in Polen, Deutschland und Europa*, Hg. v. *Riesenhuber*, S. 193, 221 ff.

875 *Goldmann*, Die kollektive Wahrnehmung musikalischer Rechte in den USA und Deutschland, S. 406: »Trotz der zukünftigen Perspektiven für eine individuelle Rechteverwaltung ist es nötig, Verwertungsgesellschaften zu erhalten, da nur sie in der Lage sind, dauerhaft auch dem einzelnen Urheber die Möglichkeit paritätischen Handelns mit Verwerterkonzernen zu bieten und so das bestehende Gegenmachtsskonzept zu bewahren.«. *Becker*, ZUM 1995, 231, 237, formuliert das Gegenmachtsskonzept folgendermaßen: »Erst der Zusammenschluss zu starken und effizienten Verwertungsgesellschaften macht aus der Vielzahl der musikalischen Urheber einen ernstzunehmenden und adäquaten Verhandlungspartner für die Nutzer-Giganten, der in der Lage ist, die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen der Urheber auch gegenüber dem wirtschaftlich Stärkeren zu vertreten und durchzusetzen.«.

fertigen⁸⁷⁶. Problematische Informationsasymmetrien lassen sich insoweit insbesondere feststellen, sobald DRM-Systeme ins Spiel kommen. Diese schränken

- 876 Der Terminus »Nutzerschutz« wird hier trotz der großen inhaltlichen Nähe zum »Verbraucherschutz« beibehalten. Zwar scheint der Verbraucherbegriff auf den ersten Blick der treffendere und rechtspolitisch geeignetere zu sein. Schließlich suggeriert er im juristischen Kontext unmittelbar das Bestehen einer Schutzbedürftigkeit. Auch hat der Verbraucherschutzgedanke in den vergangenen Jahren einen wahren Siegeszug erlebt (siehe zur begrifflichen Ausweitung und staatlichen Aufwertung *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 1 ff. und *Beater*, Schutzzweckdenken, S. 1 und 73 ff.). Nichts wäre daher an sich naheliegender, als sich der Popularität dieser rechtspolitischen Strömung anzuschließen und auf der Erfolgswelle des Verbraucherbegriffs mitzuschwimmen. Dennoch soll in dieser Arbeit auf die Bezeichnung »Verbraucher« bewusst verzichtet werden. Im urheberrechtlichen Kontext sprechen u.a. semantische und rechtspolitische Gründe gegen die Verwendung des Verbraucherbegriffs: Semantisch würde der Begriff des Verbrauchers verschleiern, dass sich der Werkgenuss vielfach nicht in einem konsumtiven »Verbrauchen« erschöpft. Die Werknutzung ist in vielen Fällen vielmehr die Voraussetzung für kreativ-schöpferisches Werkschaffen und geistige Auseinandersetzung (zu diesem fließenden Übergang und zur Heterogenität »der« Nutzer *Cohen*, 74 *Fordham L. Rev.* 347 ff. (2005); *Lenhart/Madden*, Teen Content Creators and Consumers, S. 1 ff., 8 f., 10 ff.; *Liu*, 42 *William and Mary L. Rev.* 1245 ff. (2001)). Wenn man somit davon ausgeht, dass viele »Nutzer« die erworbenen Werke häufig nicht nur passiv zu einem möglichst günstigen Preis »konsumieren« wollen, sondern sie vielmehr aktiv und selbstbestimmt verwenden möchten, um etwa selber kreativ tätig zu sein oder um zu lehren, zu kritisieren und sich selber und Dritte zu informieren (*Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33, 35; eingehend zu diesem Unterschied *Liu*, 44 *Boston College L. Rev.* 397, 402 ff. (2003); grundlegend zum generellen Wandel vom passiven Verbraucher hin zum aktiven Nutzer in der »networked information economy« *Benkler*, *The Wealth of Networks*, S. 125 f., 135), dann greift der Verbraucherbegriff evidenterweise zu kurz. Dieser Gesichtspunkt ist von höchster rechtspolitischer Relevanz. Denn 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.«. Gleichwohl ist dem Verbraucherschutzdenken in rechtspolitischer Hinsicht mit einer gewissen Vorsicht zu begegnen, denn in ihm ist der Keim zur ideologischen Überhöhung angelegt. Die Gefahr, dass der Schutz der Verbraucher- (wie im Übrigen auch der Nutzer-) Interessen zur Einbahnstraße wird, ist freilich nur dann gegeben, wenn diese Schutzinteressen mit einem normativen Absolutheitsanspruch verfolgt werden. Dies ist in der rechtspolitischen Diskussion soweit ersichtlich aber ganz überwiegend nicht der Fall. Der urheberrechtliche Schutz der Verbraucher- bzw. Nutzerinteressen wird vielmehr im Allgemeinen (und so auch hier) nur als ein zunehmend wichtigeres, durch den Gesetzgeber verstärkt zu berücksichtigendes Argument unter anderen verstanden. In der Zusammenschau der Pro- und Contra-Argumente erscheint der Begriff des Nutzerschutzes jedenfalls als der urheberrechtsspezifischere und damit besser geeignete (im Ergebnis wie hier: *Benkler*, 52 *Federal Communication Law Journal* 561 ff. (2000) (contra »consumer«, dafür aber pro »user«); ähnlich auch *Cohen*, 74 *Fordham L. Rev.* 347 (2005)); auch *Grosheide*, 7 *E.I.P.R.* 321 ff. (2001) verwendet »user«. Die terminologische Festlegung auf den Terminus »Nutzerschutz« schließt jedoch nicht aus, dass einige Aspekte des hier verfolgten

den Nutzer potentiell in seiner Entscheidungsfreiheit ein, legal erworbene digitale Inhalte zu hören, zu sehen, zu lesen, auszutauschen oder abzuspeichern, wann, wo, wie und wie oft er will⁸⁷⁷. Die durch DRM-Systeme bewirkten Nutzungsbeschränkungen und Inkompatibilitäten können daher zu erheblichen Such- und Informationskosten seitens der Nutzer führen⁸⁷⁸. Informationsangaben darüber, auf welchen Abspielgeräten, mit welchem Betriebssystem, in welchem Dateiformat und in welchem Umfang (Nutzungsdauer etc.) erworbene Musikstücke oder Filme genutzt werden können, ersparen dem Nutzer Such- und Informationskosten. Um dabei eine Standardisierung zu erreichen, die dem zu Informierenden das Verständnis der Angaben erleichtert, so lässt sich argumentieren, bedarf es daher gewisser einheitlicher Vorschriften, seien sie staatlicher oder privater Natur⁸⁷⁹. Ganz in diesem Sinne lässt sich die Kennzeichnungspflicht, die der deutsche Gesetzgeber in § 95d UrhG vorgesehen hat, als in informationsökonomischer Sicht gebotene Informationspflicht erklären. Nach § 95d Abs. 1 UrhG sind Werke und andere Schutzgegenstände, die mit technischen Maßnahmen geschützt werden, deutlich sichtbar mit Angaben über die Eigenschaften der technischen Maßnahmen zu kennzeichnen. Stellen die Verwender technischer Schutzmaßnahmen die entsprechenden Informationen nicht freiwillig zur Verfügung

Nutzerschutzes auch verbraucherschützender Natur sein können, also vorrangig auf den Nutzer als Konsumenten abzielen (Beispiel: DRM-Kennzeichnungspflichten). S.a. generell ablehnend zum Verbraucherschutzdenken im Urheberrecht *Ladd*, GRUR Int. 1985, 77, 78 ff.; *Schricker*, GRUR 1992, 242, 245. Den Gedanken des Verbraucherschutzes für urheberrechtliche Problemstellungen hingegen befürwortend: *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33 ff. (die im Ergebnis für eine über das Urheberrecht hinausgehende, umfassendere »digitale Verbraucherschutzagenda« eintritt), *Schweikart*, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 129 ff. sowie *Rehbinder*, Die Parsifal-Frage oder der Gedanke des Verbraucherschutzes im Urheberrecht, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. *Dittrich*, S. 91 ff. *Liu* entscheidet sich in seinem grundlegenden Beitrag mit dem programmatischen Titel »Copyright Law's Theory of the Consumer«, 44 B. C. L. Rev. 397, 400 f. (2003), etwas unglücklich für den Terminus »consumer«, 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.

877 *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33 f., online verfügbar unter: <http://www.itas.fzk.de/tatup/062/helb06a.pdf>. *Helberger* weist darüber hinaus darauf hin, dass DRM-Systeme unter Umständen in die Privatsphäre eingreifen und den Datenschutz verletzen. »Im Extrem installieren DRM-Systeme sogar ohne Erlaubnis des Verbrauchers Software auf dessen Computer, die zu Schäden an Soft- und Hardware oder Dateien des Verbrauchers führen kann.«.

878 Abgesehen von diesen negativen Aspekten profitieren Nutzer natürlich in gewisser Hinsicht auch vom DRM-Einsatz, weil die erweiterten technischen Kontroll- und Abrechnungsmöglichkeiten neue Geschäftsmodelle für die Verwertung digitaler Inhalte ermöglichen. Dieser Gesichtspunkt soll hier nicht unterschlagen werden. Ein Beispiel ist die DRM-basierte Preisdiskriminierung. Durch sie ist es möglich geworden, beispielsweise bei iTunes anstelle eines kompletten Albums auch gezielt nur einzelne Songs zu erwerben.

879 Vgl. *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 595.

und kommt es infolgedessen zu einem Marktversagen als Konsequenz von Qualitätsunsicherheit⁸⁸⁰, ist spätestens in letzterem Fall an eine effektive Sanktionierung von Verstößen gegen die gesetzliche Kennzeichnungspflicht zu denken⁸⁸¹. Mangelnde Interoperabilität, die durch den Einsatz der Technik hervorgerufen wird und die zu erheblichen Informationskosten seitens der Nutzer führen kann (auf welchem Abspielgerät in welchem Dateiformat kann ich erworbene Musikstücke abspielen?), kann – sofern der Markt dieses Problem nicht von alleine behebt – aus informationsökonomischer Sicht sogar Vorschriften erforderlich werden lassen, die für die Nutzer die Interoperabilität gewährleisten. In diesem Fall bedarf es jedoch freilich eines besonders behutsamen Vorgehens durch den Gesetzgeber, damit die angestrebte Senkung der Informationskosten nicht zu einer Gefährdung des Wettbewerbs führt.

Informationsasymmetrien können im Verhältnis zwischen Verwerter und Nutzer aber nicht allein hinsichtlich technischer, sondern auch im Hinblick auf vertragliche Nutzungsbeschränkungen auftreten⁸⁸². Auch in diesen Fällen kann die Informationsökonomik somit unter bestimmten Voraussetzungen zur Rechtfertigung urheberrechtlicher Regulierung herangezogen werden und damit der Begründung einer urheberrechtlichen Nutzerschutzdoktrin dienen. Die Rede ist von der Korrektur des Marktversagens beim Konditionenwettbewerb⁸⁸³.

Allgemein gilt: Wenn Nutzer aufgrund hoher Informationskosten keinen Qualitätsvergleich zwischen verschiedenen technischen wie vertraglichen Nutzungsrestriktionen vornehmen, dann leidet darunter der Konditionenwettbewerb. Der Markt wird die Verwender technischer und/oder vertraglicher Nutzungsrestriktionen dann nicht zu optimalen Nutzungsbedingungen zwingen, die Qualität der angebotenen »Ware«, d.h. die Verwendbarkeit des Werkträgers und der erlaubte

880 So kann es beispielsweise zu einer sog. »adverse selection« kommen: Wenn die Nutzer die Qualität angebotener CDs vor dem Kauf nicht vergleichen können – weil es sich bei diesen um Erfahrungsgüter handelt –, wohl aber die Preise, werden sie aufgrund einer Durchschnittsvorstellung von Qualität (d.h. sie erwarten, dass Bild- und Tonträger kopierfähig sind und auf allen marktüblichen Abspielgeräten zeitlich unbegrenzt abspielbar, s. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 95d, Rn. 4, zu den allgemeinen Voraussetzungen, unter denen Nutzungsbedingungen aus Nutzersicht eine »gute Qualität« aufweisen s.a. *Shapiro/Varian*, Information Rules, S. 98), bei den Anbietern mit den billigsten Preisen kaufen, *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 591. Ein Anbieter, der vergleichsweise hochwertige Qualität offerieren will, bekommt dies nicht honoriert. Die Qualitätsunsicherheit kann daher dazu führen, dass die qualitativ schlechteren Produkte (mit unter Umständen starken Verwendungsrestriktionen) allmählich die höherwertigen verdrängen (zu diesem sog. »Market for Lemons«-Problem siehe bereits oben). Zu einem anderen Ergebnis können Wiederholungskäufe beim gleichen Anbieter führen, dazu nachfolgend.

881 Siehe dazu näher in Kap. 5 D. 4. a).

882 Näher dazu *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 337 ff.

883 Vgl. *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 194 u. 330 ff., wonach aus Sicht der Informationsökonomik »etwa das AGB-Gesetz als Korrektur des Marktversagens beim Klauselwettbewerb aufgefaßt werden« kann; *Duggan*, The Economics of Consumer Protection, S. 60 ff.

Nutzungsumfang hinsichtlich des Werks, verschlechtert sich für den Nutzer (Fall der »*adverse selection*«⁸⁸⁴). Aus Sicht der Informationsökonomik kann dem UrhG dann die Funktion zufallen, als ein Gesetz zur Sicherung der Qualität von Nutzungsbedingungen zu dienen⁸⁸⁵. Alternativ könnte man auch von der Etablierung bzw. Erhaltung digitaler Nutzerfreiheiten durch das Urheberrecht sprechen⁸⁸⁶. Entsprechende nutzerschützende Vorschriften könnten beispielsweise hinauslaufen auf ein Nutzerrecht auf Interoperabilität, ein Nutzerrecht auf die Erstellung von Sicherungskopien oder in einem näher zu definierenden Umfang auch auf ein Nutzerrecht auf digitale Privatkopie.

Da vielfach vertreten wird, dass das Problem (zu) weitreichender Nutzungsbeschränkungen durch den Konditionenwettbewerb gelöst werde⁸⁸⁷, eine Interven-

884 Zu diesem Begriff s.o.

885 Diese Formulierung ist angelehnt an *Drexls*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 200, Ausführungen zum ehemaligen AGB-Gesetz (nunmehr §§ 305-310 BGB): »Aus Sicht der ökonomischen Analyse ist das AGB-Gesetz deshalb ein »Gesetz zur Sicherung der Qualität von AGB««.

886 Einen Überblick über einen Teil der hier in Rede stehenden Nutzerfreiheiten liefert die »Consumer Technology Bill of Rights« unter: <http://www.digitalconsumer.org/bill.html>: »1. Users have the right to "time-shift" content that they have legally acquired. This gives you the right to record video or audio for later viewing or listening. For example, you can use a VCR to record a TV show and play it back later. 2. Users have the right to "space-shift" content that they have legally acquired. This gives you the right to use your content in different places (as long as each use is personal and non-commercial). For example, you can copy a CD to a portable music player so that you can listen to the songs while you're jogging. 3. Users have the right to make backup copies of their content. This gives you the right to make archival copies to be used in the event that your original copies are destroyed. 4. Users have the right to use legally acquired content on the platform of their choice. This gives you the right to listen to music on your Rio, to watch TV on your iMac, and to view DVDs on your Linux computer. 5. Users have the right to translate legally acquired content into comparable formats. This gives you the right to modify content in order to make it more usable. For example, a blind person can modify an electronic book so that the content can be read out loud. 6. Users have the right to use technology in order to achieve the rights previously mentioned. This last right guarantees your ability to exercise your other rights. Certain recent copyright laws have paradoxical loopholes that claim to grant certain rights but then criminalize all technologies that could allow you to exercise those rights. In contrast, this Bill of Rights states that no technological barriers can deprive you of your other fair use rights.«.

887 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 337, fasst die Argumentation derer sich diejenigen bedienen, die auf eine Lösung durch den Wettbewerb vertrauen, folgendermaßen zusammen: »In einem Wettbewerbsmarkt würden Anbieter keine überbordenden Schutzmaßnahmen einsetzen, da diese zu starken Nutzungsbeschränkungen führen, die Konsumenten dies nicht akzeptieren, daher auf andere Anbieter ausweichen und damit die Nachfrage nach zu stark geschützten Inhalten sinkt.«. S.a. *Easterbrook*, 42 *Houston L. Rev.* 953, 968 ff. (2005); *Bell*, 76 *N.C. L. Rev.* 557 ff. (1998); *Post*, 52 *Stanf. L. Rev.* 1439, 1454 ff. (2000); *Samuelson*, 14 *Berkeley Tech. L. J.* 519, 566 (1999). Scharfsinnig kommentiert *Schweikart*, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 130, das vielfach vorgebrachte Argument, der Verbraucher (bzw. Nutzer) könne sich in einer Marktwirtschaft durch sein Konsumverhalten selbst schützen. Er weist darauf hin, dass dieser Einwand zunächst einleuchtend klinge, er letztlich aber unter einer gewissen Widersprüchlichkeit

tion des Gesetzgebers deshalb also unnötig sei, bedarf es einer näheren Begründung, warum aus informationsökonomischer Sicht gleichwohl eine staatliche Intervention plausibel erscheint. Aufschluss bietet insoweit die Diskussion über den Konditionenwettbewerb bezüglich allgemeiner Geschäftsbedingungen⁸⁸⁸. Nach der grundlegenden informationsökonomischen Analyse von *Adams* scheitert ein wirksamer Konditionenwettbewerb hier u.a. an beschränkten Informationszugangs- und Informationsverarbeitungsmöglichkeiten⁸⁸⁹. Das Verständnis und der Vergleich mehrerer Geschäftsbedingungen verursache für den Verbraucher erhebliche Kosten, die aufzubringen sich nur in äußerst begrenztem Maße lohne. Die Informationsbeschaffung stünde zu dem sich daraus ergebenden Nutzen häufig deshalb außer Verhältnis, weil das Eintreten eines in den Geschäftsbedingungen unterschiedlich geregelten Ereignisses ungewiss bzw. unwahrscheinlich sei⁸⁹⁰. Der Vergleich unterschiedlicher Preise sei demgegenüber ungleich leichter. Da für den Verwender von Geschäftsbedingungen im Gegensatz zur anderen, nur vereinzelt Verträge schließenden Vertragspartei, ein größerer Anreiz bestehe, sich über die Folgen einer bestimmten Ausgestaltung der Geschäftsbedingungen zu informieren, komme es zu einer Informationsasymmetrie⁸⁹¹. Die prohibitiv hohen Informationskosten führen im Endeffekt dazu, dass seitens der Verbraucher der Vergleich von Geschäftsbedingungen unterbleibt. In der Folge besteht für die Verwender der Geschäftsbedingungen kein Anreiz, in einen Über-

leide: »Wie nämlich würde wohl der kontinental-europäische geprägte Urheberrechtler reagieren, legte man dem wirtschaftlich unterlegenen Autor nahe, sein Werk eben nicht zu verwerten, wenn er eine »angemessene« Vergütung nicht aushandeln könne? Er würde auf die gestörte Vertragsparität und die Notwendigkeit eines Urhebervertragsrecht hinweisen, welches das Versagen des marktwirtschaftlichen Prinzips zugunsten der Schwachen ausgleicht. Während man anlässlich eines »Marktversagens« beim Urheber also häufig den Ruf nach regulativem Eingreifen des Gesetzgebers vernehmen kann, läßt sich bei entsprechenden Maßnahmen zugunsten der Verbraucher eine auffallende Zurückhaltung beobachten«, obwohl auch hinsichtlich der Nutzer Zweifel angebracht seien, ob sie sich am Markt tatsächlich so gut behaupten können.

888 Wie *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 338, zutreffend feststellt, sind nämlich »Nutzungsverträge in DRM-Systemen (...) regelmäßig allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Frage, ob ein Wettbewerb unterschiedlicher Nutzungsverträge möglich erscheint, ist ein spezieller Anwendungsfall des allgemeineren Problems eines Wettbewerbs allgemeiner Geschäftsbedingungen.«.

889 *Adams*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Hg. v. *Neumann*, S. 655, 662 ff.; dazu *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 331.

890 *Adams*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Hg. v. *Neumann*, S. 655, 663; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 342; *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 331.

891 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 342; *Elkin-Koren*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1155, 1182 (1998).

flügelungswettbewerb zum Vorteil der Verbraucherseite einzutreten⁸⁹². Die Folge: Marktversagen.

Diese Erkenntnisse lassen sich auf den Wettbewerb um unterschiedlich liberale Nutzungsbedingungen im Bereich der digitalen Werkverwertung übertragen. Dieser Wettbewerb würde funktionieren, wenn der Nutzer die vertraglichen und/oder technischen Nutzungsbedingungen der verschiedenen Anbieter effektiv vergleichen könnte und er seine Erwerbsentscheidung davon abhängig machen würde. Technische Schutzmaßnahmen lassen die erworbenen Inhalte aber zum Erfahrungsgut⁸⁹³ werden, d.h. oftmals kann der Nutzer das Schutzniveau vor dem Erwerb gar nicht vergleichen, er lernt erst aus der Nutzungserfahrung. Unwahrscheinlich erscheint der Vergleich zwischen den verschiedenen Nutzungsbedingungen auch deshalb, weil die vertragliche Beschreibung der Nutzungsoptionen zumindest in DRM-Nutzungsverträgen oftmals komplex ist und die für das Verständnis aufzubringenden Informationskosten dementsprechend hoch sind⁸⁹⁴. Bei hohen Informationskosten aber ist es im Regelfall nur rational, sich als Konsument nicht mit den vertraglichen und technischen Details der Nutzungsrestriktionen auseinanderzusetzen. Die Aufnahme, Speicherung und Verarbeitung dieser speziellen Informationen lohnt sich nämlich im Regelfall für den Einzelnen nur dann, wenn die Grenzkosten der Informationsbeschaffung niedriger oder gleich dem Grenznutzen sind, also dem zusätzlichen Nutzen, den er aus dem Gebrauch der Information zieht⁸⁹⁵. Oft ist seitens der Anbieter eine zu leichte Vergleichbar-

892 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 342.

893 Zu diesem Begriff *Nelson*, 78 *Journal of Political Econ.* 311 ff. (1970), *ders.*, 82 *Journal of Political Econ.* 729 ff. (1974).

894 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 344 f.; *Elkin-Koren*, 73 *Chi.-Kent L. Rev.* 1155, 1180 ff. (1998); *Perlman*, 53 *Vand. L. Rev.* 1831, 1838 (2000). Eine eingehende verbraucherrechtliche Analyse der auf dem deutschen Markt eingesetzten Lizenz- und Nutzungsbedingungen sowie technischen Schutzmaßnahmen liefert *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, in einer im Auftrag der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (VZBV) erstellten Untersuchung, online verfügbar unter: http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf. *Kreutzer* kommt darin zu folgendem, alarmierenden Befund, S. 8: »Viele Nutzungs- und Lizenzbestimmungen sind äußerst kompliziert formuliert und haben eine beträchtliche Länge. Kaum einem Verbraucher werden sich Inhalt und Folgen der von ihm akzeptierten Verträge ohne weiteres erschließen. Angesichts der Vielzahl an Nutzungsbedingungen, mit denen – vor allem online aktive - Durchschnittsverbraucher jeden Tag konfrontiert werden, ist es schon faktisch unmöglich, dass sich jeder mit jedem Klauselwerk intensiv auseinandersetzt. (...) Eine derartige »vertragliche Überregulierung« muss letztlich dazu führen, dass sich die Verbraucher der zunehmenden Verkomplizierung des Alltags entziehen.«.

895 Allgemein dazu *Kirsch*, Neue Politische Ökonomie, S. 238.

keit mit Wettbewerbern auch gar nicht erwünscht⁸⁹⁶. Eine gewisse Unübersichtlichkeit des Massenmarktes, intransparente vertragliche und/oder technische Nutzungsbedingungen und fehlende Interoperabilität der verwendeten technischen Standards können ganz im Gegenteil sogar im ureigenen Interesse der Anbieter liegen. Urheber bzw. Rechteinhaber neigen hinsichtlich der von ihnen angebotenen Produkte zu Verschleierungsstrategien, um auf diese Weise gezielt die Vergleichbarkeit zu Konkurrenzangeboten zu erschweren⁸⁹⁷. Für viele überforderte Nutzer stehen demgegenüber der ungleich leichtere Preisvergleich und die inhalt-

896 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 325. Diese Angebotsstrategie gilt freilich nur für den Wettbewerb um unterschiedlich schützende DRM-Systeme, nicht aber für den davon abzugrenzenden Wettbewerb unterschiedlich geschützter Inhalte innerhalb eines einheitlichen DRM-Systems. In letzterer Konstellation bietet ein Anbieter zum Zwecke der Preisdiskriminierung verschiedene Inhalte an, die technisch unterschiedlich stark oder gar nicht geschützt sind, zu dieser Differenzierung *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 350 f. In diesem Fall hat der Anbieter natürlich ein originäres Interesse daran, dass der (potentielle) Vertragspartner die voneinander abweichenden Nutzungsbedingungen versteht, damit er sie seiner Erwerbsentscheidung zugrundelegen kann. Zu diesem Preisdiskriminierungsargument *O'Rourke*, 12 Berkeley Tech. L.J. 53, 85 f. (1997); zu den Schwächen einer Preisdiskriminierung siehe bereits oben unter Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (2); kritisch auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 343, Fn. 1781, und S. 350, der anmahnt zu bedenken, dass »der Wettbewerb zwischen verschiedenen digitalen Inhalten, die unterschiedlich stark geschützt sind, davon ab (-hänge), inwieweit die Inhalte substituierbar sind.«. Die Frage, ob und inwieweit urheberrechtlich geschützte Werke Substitute haben, werde aber gerade kontrovers beurteilt und sei letztlich nur im Einzelfall mit Hilfe empirischer Untersuchungen zu beantworten. Auch wenn die verschiedenen Inhalte im Einzelfall nahe Substitute darstellen sollten, sei fraglich, ob dies zu einem Wettbewerb unterschiedlicher DRM-Schutzniveaus führe. Anders ist möglicherweise (die von *Bechtold* im Übrigen nicht näher untersuchte) Konstellation zu beurteilen, bei der ein Anbieter nicht verschiedene Werke, sondern das gleiche Werk optional mit oder (gegen Aufpreis) ohne technischen Schutz offeriert. Ob es zu einem solchen Alternativangebot kommt, hängt aber wiederum davon ab, ob der jeweilige Anbieter überhaupt die Wahlmöglichkeit hat, sein Angebotsportfolio optional mit bzw. ohne technischen Schutz auszugestalten. Laut *Steve Jobs* sind Apple bei seinem iTunes Store insoweit (zumindest bislang) aber gerade die Hände gebunden. Die vier großen Musik Majors (Universal, Sony BMG, Warner und EMI), bei denen Apple die im iTunes Store vertriebenen Musikwerke weitgehend lizenziert, verlangten danach von Apple, dass zur Vermeidung unbefugter Vervielfältigungen Vorkehrungen in Gestalt von DRM-Schutzmechanismen getroffen werden müssen, s. *Jobs*, Thoughts on Music, veröffentlicht am 06.02.2007 auf der Apple-Unternehmenswebsite unter <http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/>.

897 Derlei Verschleierungseffekte sind in gewisser Hinsicht auch die Folge sog. »proprietärer« technischer Lösungen, die wie z.B. iTunes ein geschlossenes System etablieren. Die Angebote von iTunes sind nur für Apple Macintosh-Umgebungen verfügbar, was den Vergleich der Nutzungsbedingungen mit anderen Inhaltsanbietern zu Lasten der Nutzer erschwert. Zudem müssen bei der Analyse der Nutzungsbedingungen des Systems iTunes die Kosten für die Anschaffung der Abspielgeräte (iPods) zu den variablen Kosten für die einzelnen Nutzungsvorgänge hinzugerechnet werden, was die Vergleichbarkeit zu anderen Musikangeboten zusätzlich erschwert. Siehe zu den Nutzungsbedingungen von iTunes unter <http://www.apple.com/legal/itunes/de/service.html>.

liche Qualität der in einem DRM-System verfügbaren Werke im Vordergrund⁸⁹⁸, weshalb sie dazu tendieren, den Vergleich der weniger leicht verständlichen Nutzungsbedingungen zu vernachlässigen. Eine intensive Auseinandersetzung mit den vertraglichen oder technischen Details einer Nutzungsbeschränkung stünde für sie häufig außer Verhältnis zu dem sich daraus ergebenden Nutzen. *Kreutzer* kommt daher zu dem Ergebnis, dass »mit Sicherheit davon auszugehen (ist), dass die weitaus meisten Verbraucher Nutzungs- und Lizenzbestimmungen gar nicht oder nur flüchtig lesen und sich daher ihrer Rechte und Pflichten nicht bewusst sind.«⁸⁹⁹.

Wenn unter diesen Voraussetzungen der Informationsgrad der Nutzer absinkt und zu ihren Lasten eine Informationsasymmetrie entsteht, dann ist es um einen wirksamen Konditionenwettbewerb schlecht bestellt. Die Gefahr, dass der Konditionenwettbewerb zum Erliegen kommt, steigt dabei noch, je stärker der Anbietermarkt oligopolistisch⁹⁰⁰ oder sogar monopolistisch strukturiert ist. Er erstirbt vollends, wenn für ein angebotenes Werk keine nahen Substitute bestehen⁹⁰¹. Das wahrscheinliche Scheitern des Konditionenwettbewerbs macht daher aus informationsökonomischer Sicht staatliches Eingreifen erforderlich, um ein bestimmtes Mindestmaß an Nutzerfreiheiten aufrechtzuerhalten. Auf die Einwände, die sich gegen diese informationsökonomische Betrachtungsweise vorbringen lassen, wird nachfolgend unter e) näher eingegangen.

898 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 351.

899 *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hg. v. VZBV, S. 8.

900 Dies ist international etwa im Bereich der Musikverwerter oder der Wissenschaftsverlage der Fall. So setzt sich das Quartett der auf das Massenpublikum abzielenden Musikmajors zZ aus Universal, Sony BMG, Warner und EMI zusammen.

901 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 345, *ders.*, S. 291, zur Frage, inwieweit das Urheberrecht zu einem Monopol im ökonomischen Sinne führt, weil für das geschützte Werk kein nahes Substitut vorhanden ist (»Kann der Konsument bei gleichen Präferenzen auf andere Werke ausweichen, verfügt der Urheber eines Werks über keine Monopolstellung im ökonomischen Sinn.«); *Elkin-Koren*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1155, 1184 f. (1998): »The low level of competition is also due to the fact that users' choices in transactions regarding copyrightable materials is very limited. (...) Licenses are often offered on a »take-it-or-leave-it« basis. (...) This depends of course on the availability of perfect substitutes for informational works. The question of substitutes is controversial and may vary depending on the type of work and the type of user involved. Although some informational works may have perfect substitutes (such as telephone listings), many works may not. To the extent that an informational work is indispensable, information suppliers will have the power to dictate the terms of use.«. Je stärker beispielsweise ein Verleger mit einer monopolartigen Stellung ausgestattet ist, weil ein Wissenschaftler einen ganz bestimmten Aufsatz und keinen anderen benötigt, desto weniger ist er einem Konditionenwettbewerb ausgesetzt.

e) Kritische Würdigung der Informationsökonomik

Hinsichtlich der informationsökonomischen Rechtfertigung urheberrechtlicher Regulierung lassen sich zweierlei Art Einwände erheben. Die einen sind eher theorieimmanenter Natur und stellen das angenommene Marktversagen in Frage (dazu unter aa)). Ein zweiter, folgenorientierter Kritikstrang fragt danach, ob die staatliche Regulierung der vertraglichen wie technischen Nutzungsbedingungen wirklich vorteilhaft wäre (dazu unter bb)).

aa) Kritik an Theorieprämissen

Gegen eine informationsökonomische Rechtfertigung des Nutzerschutzes lassen sich nicht unerhebliche Einwände vorbringen. So lässt sich das angenommene Scheitern des Wettbewerbs um Nutzungskonditionen aus mehreren Gründen anzweifeln. Die Wahrscheinlichkeit, dass es hier zu einer auf Informationsasymmetrie beruhenden *adverse selection* kommt, kann nämlich bei Wiederholungskäufen sinken. *Akerlofs* »Markets for lemon«-Modell beschreibt Märkte, auf denen die involvierten Vertragspartner lediglich einzelne isolierte Verträge miteinander abschließen⁹⁰². In diesem Fall geht der Anbieter nicht davon aus, dass der Konsument mit ihm als – einem von anderen Anbietern unterscheidbaren – Vertragspartner weitere Verträge abschließt⁹⁰³. Die Ausgangslage ist aber dann eine entscheidend andere, wenn Nutzer mehrfach beim gleichen Anbieter digitale Inhalte erwerben. Bei wiederholten Käufen kann der Nutzer die Qualität des Erfahrungsguts (sprich: die Nutzungsoptionen) unter bestimmten Voraussetzungen zunehmend besser beurteilen. Die Informationsasymmetrie verringert sich, und für die Anbieter besteht dann ein Anreiz, in Erwartung eines zukünftigen Absatzrückganges von vornherein bessere Qualität anzubieten (sprich: vielseitige Abspielbarkeit, Kopierbarkeit zum privaten Gebrauch, allgemein großer, weitgehend unbegrenzter Nutzungsumfang).

Ob eine solche Korrektur des Marktversagens tatsächlich eintritt, hängt von zahlreichen Faktoren ab, die sich wiederum aus der von *Adams* unternommenen informationsökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen ableiten lassen⁹⁰⁴. Danach muss der Nutzer nach dem Kauf die schlechte Qualität der Nutzungsbedingungen überhaupt feststellen, bestimmter vertraglicher und/oder tech-

902 *Adams*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Hg. v. *Neumann*, S. 655, 665.

903 *Adams*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Hg. v. *Neumann*, S. 655, 665.

904 *Adams*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Hg. v. *Neumann*, S. 655, 665 ff.

nischer Nutzungsrestriktionen also erst gewahrt werden⁹⁰⁵. Sodann muss er die qualitativ schlechten Nutzungsbedingungen auch dem richtigen Anbieter zuordnen können⁹⁰⁶. Weitere relevante Faktoren sind in Analogie zu *Adams* der Umfang und die Schnelligkeit, mit der aufgrund persönlicher Erfahrung besser informierte Nutzer oder andere Nutzer, an die die entsprechenden Informationen weitergegeben worden sind, auf die jeweilige Qualität der Nutzungsbedingungen reagieren, indem sie erneute Vertragsschlüsse mit dem Verwender der qualitativ schlechten Nutzungsbedingungen verweigern⁹⁰⁷. Der Umfang und die Schnelligkeit, mit der diese Konsumentenabwanderung als Reaktion auf die jeweilige Qualität erfolgt, hängen wiederum von der Wirkung von »informational intermediaries« ab⁹⁰⁸. Darunter lassen sich die Informationsweitergabe wie beispielsweise durch Verbraucherschutzverbände und die allgemeine Medienberichterstattung oder auch dem Informationsaustausch dienende Informationsforen im Internet fassen. Diese können das Erreichen einer vergleichsweise besseren Informationssituation zugunsten der Nutzer beschleunigen⁹⁰⁹. Ob ein rational gewinnmaximierender Anbieter der Versuchung widerstehen kann, seine beim Vertragsschluss ahnungslosen Kunden mit minderer Qualität zu bedienen, hängt nach *Adams* schließlich davon ab, ob er die durch bessere Qualität zusätzlich erzeugten, zukünftigen Gewinne höher einstuft als diejenigen Gewinne, die durch Verkäufe an ahnungslose Kunden bei der Produktion minderwertiger Qualität eingestrichen werden können⁹¹⁰.

Inwieweit die vorstehend beschriebene Heilung des Marktversagens durch Wiederholungskäufe unter Berücksichtigung aller genannten Kriterien letztlich mög-

905 Vgl. *Adams*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Hg. v. *Neumann*, S. 655, 670.

906 Vgl. *Adams*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Hg. v. *Neumann*, S. 655, 670; ihm folgend *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 347, Fn. 1801.

907 Vgl. *Adams*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Hg. v. *Neumann*, S. 655, 666.

908 *Adams*, a.a.O., S. 655, 670 f., der zugleich darauf hinweist, dass Anbieter theoretisch der Informationsverbesserung entgegenwirken können, indem sie sich Konsumenten gegenüber qualitätsdiskriminierend verhalten. Auf diese Weise kann der Anbieter die zu erwartende Schädigung seines zukünftige Absatzes durch einen bestimmten Konsumenten reduzieren.

909 Ihre Wirkung können diese Ausgleichsmechanismen freilich nur dann entfalten, wenn die Informationslage aufgrund von Marktzutrittschranken in Form hoher *sunk costs* einigermaßen stabil ist. Hohe irreversible (sunk) Kosten schützen vor einem ständigen Zu- und Abstrom von Anbietern schlechter bzw. schwierig zu beurteilender Qualität.

910 *Adams*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Hg. v. *Neumann*, S. 655, 668. Die Entwicklung der Musik- und Filmverwertung in den vergangenen Jahren lehrt aber, dass viele der etablierten Anbieter in der Transitionsphase von

lich ist, ist angesichts divergierender Marktgegebenheiten und unterschiedlicher Nutzungsrestriktionen im Rahmen der Verwertung von Musik-, Film- und Sprachwerken äußerst schwierig zu beurteilen. Betrachtet man beispielsweise den Musikmarkt, auf dem technisch geschützte Musikwerke online an ein zunehmend größeres Publikum verkauft werden, so ist fraglich, ob sich der einzelne Konsument von sich aus der vertraglichen oder technischen Nutzungsrestriktionen überhaupt in jedem Fall bewusst wird⁹¹¹. Moderne DRM-Systeme versprechen gerade, dass der Konsument von den technischen Schutzmechanismen zu meist gar nichts bemerkt⁹¹². Dieser Aspekt ist aber letztlich auch nicht allein ausschlaggebend dafür, ob es zu einer Verringerung der Informationsasymmetrie zwischen Nutzern und Verwertern kommt. Wie die informationsökonomische Untersuchung von Adams gezeigt hat, hängen der Umfang und die Schnelligkeit, mit der Konsumenten zu einer besser informierten Ausgangsposition gelangen, maßgeblich von der Informationsweitergabe durch Dritte ab. Neben dem individuellen Informationsaustausch unter enttäuschten Konsumenten, der durch das Internet wesentlich erleichtert worden ist, spielen insoweit Informationsvermittler (Verbraucherschutzverbände, NGOs, DRM-Informationsportale, Blogs, Special-Interest-Zeitschriften sowie die allgemeine Berichterstattung) eine wesentliche Rolle. Die durch sie erfolgte Informationsvermittlung hat in der jüngeren Vergangenheit zu einer weit verbreiteten Sensibilisierung für das Problem überbordender Schutzmaßnahmen geführt⁹¹³. Umstrittene Nutzungsrestriktionen wie etwa die von Apple im Rahmen des iTunes Music Store haben ein enormes Me-

analogen zu digitalen Verwertungsmodellen nicht immer rational agiert haben, sondern vielmehr wie gebannt eher auf die Risiken (und weniger die Chancen) des digitalen Wandels fixiert waren und dementsprechend auf technisch unterstützte Nutzungsrestriktionen und Einzelvergütungen gesetzt haben, anstatt die Konsumentenpräferenzen ernstzunehmen. Hier scheint erst allmählich ein Umdenken einzusetzen.

- 911 Diese Bewusstwerdung ist keineswegs zwingend. So wird längst nicht jeder Nutzer, die Musik, die er beispielsweise bei iTunes erworben hat, auf mehreren verschiedenen Geräten seiner Wahl abspielen wollen oder aber diese für mehrere Freunde brennen wollen. Gemäß der iTunes-Nutzungsbedingungen ist dies gegenwärtig (Stand: 16.02.2007) nur eingeschränkt möglich, s. Punkt 9 unter <http://www.apple.com/legal/itunes/de/service.html>.
- 912 Bechtold, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 349, demzufolge heutige DRM-Systeme »derart in die Hard- oder Softwareumgebung des Konsumenten integriert (werden), daß sich die Nutzung eines DRM-Systems von der Nutzung eines ungeschützten Systems nicht unterscheidet.«.
- 913 Siehe insoweit etwa das Informationsangebot »Consumers Digital Rights« (online verfügbar unter: http://www.consumersdigitalrights.org/cms/index_de.php), des Europäischen Verbraucherverbandes BEUC (Bureau Européen des Unions de Consommateurs) oder das gemeinsame gerichtliche Vorgehen von Verbraucherorganisationen aus Frankreich, Deutschland und Skandinavien für verbraucherfreundlichere Nutzungsbedingungen bei iTunes, siehe dazu die Pressemitteilung vom 22.01.2007, hg. von der deutschen Verbraucherzentrale Bundesverband (VZBV), online verfügbar unter: <http://www.vzbv.de/go/presse/830/8/36/index.html>. Zu einer besseren Informiertheit vieler Nutzer beigetragen haben gewiss auch Informationsportale wie z.B. »iRights.info«, das in auch für juristische Laien verständlicher Sprache über das Urheberrecht in der digitalen Welt informiert, siehe dort etwa den Beitrag von *Spielkamp*, Rechte oder Restriktionen?, vom 01.04.2005, online

dienecho gefunden⁹¹⁴. In einigen Ländern – wie zum Beispiel besonders ausgeprägt in Frankreich – ist eine regelrechte Anti-DRM-Bewegung entstanden⁹¹⁵. Die Kritiker übersetzen das Akronym DRM dabei polemisch mit »Digital Restrictions Management« oder mit »Digitale Rechte-Minimierung«. Diese Entwicklung hat dazu geführt, dass immer mehr potentielle Nutzer von der Existenz nutzerunfreundlicher Nutzungsbedingungen im Rahmen der digitalen (On- wie Offline-) Musik-, Film- und Literaturverwertung als solcher mehr oder weniger konkret Kenntnis erlangt haben. Einige von ihnen werden sich deshalb gewiss auch frustriert von den legalen, aber DRM-basierten Downloadangeboten abgewandt haben⁹¹⁶. Unter anderem in Reaktion auf diese Konsumverweigerung ist besonders in der Musikindustrie teilweise ein intensives Überdenken des DRM-Einsatzes zu

· verfügbar unter: <http://irights.info/index.php?id=140>. S.a. den »Verbraucherleitfaden zum Digitalen Rechtemanagement«, der im November 2006 vom »INDICARE«-Projekt in zehn verschiedenen Sprachen veröffentlicht worden ist, online verfügbar unter: <http://www.indicare.org/consumer-guide>, INDICARE steht für *Informed Dialogue about Consumer Acceptability of DRM Solutions in Europe*; s.a. auch das Informationsangebot von »DRM Watch« unter: <http://www.drmwatch.com/>. Zu den vielfältigen Informationsvermittlern und Kampagnen auch *Hugenholtz et. al.*, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, S. 198, im Internet: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf.

914 Siehe etwa *Blank*, *Freiheit für die Musik - weg mit dem Kopierschutz*, *Financial Times Deutschland* vom 13.12.2006, im Internet: <http://www.ftd.de/meinung/kommentare/141343.html?zid=90914>; *Spielkamp*, *Das radikale Maximum*, brand eins Magazin 9/2004, im Internet: http://www.brandeins.de/home/inhalt_detail.asp?id=1530&wh=&MenuID=130&MagID=56&sid=su8418944162789. Weitere Nachweise finden sich im Verbraucherleitfaden zum Digitalen Rechtemanagement, Hg. v. INDICARE-Projekt, im Internet: <http://www.indicare.org/consumer-guide>, S. 2.

915 Im Zuge der jüngsten französischen Urheberrechtsreform hat sich beispielsweise im Jahr 2006 die über die DRM-Problematik informierende Website <http://www.stopdrm.info/> zur zentralen Anlaufstelle für die Koordination von Anti-DRM-Demonstrationen, Flash-Mobs und diverser anderer Aktionen entwickelt. S.a. die Anti-DRM-Kampagne der »Free Software Foundation« (<http://www.fsf.org/>) namens »Defective by design«, im Internet: <http://defectivebydesign.org/en/>.

916 Diesen Zusammenhang beleuchten unter Auswertung empirischer Studien *Fetscherin*, *Evaluating Consumer Acceptance for Protected Digital Content*, in: *Digital Rights Management*, Hg. v. *Becker et. al.*, S. 301, 315 f., *ders.*, *Consumer acceptance of digital rights management systems*, 2 *Indicare Monitor* Nr. 3 (2005), im Internet: http://www.INDICARE.org/tiki-read_article.php?articleId=105 sowie *Hugenholtz et. al.*, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, S. 206 f., im Internet: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf: »Consumer surveys have shown that consumers especially dislike that paid files have a lack of portability to other devices. They also dislike encryption and requirements for specific software and/or hardware to use the digital content, nor do like restrictions on playability. (...) For the majority of digital music users the transfer of files between devices is important (for 84 per cent) as well as to share music with friends and family (75 per cent).«.

beobachten⁹¹⁷. Dies scheint für das Funktionieren des Marktes zu sprechen. Dabei darf man aber nicht vernachlässigen, dass dieses Umdenken wohl weniger durch die bessere Informiertheit der Verbraucher ausgelöst worden ist, als vielmehr überwiegend durch die Einsicht vieler Verwerter, dass DRM-Systeme technisch nicht in dem erwünschten Maße funktionieren⁹¹⁸. Sie sind deshalb ineffektiv, weil es aller Voraussicht nach immer genügen wird, dass eine technisch versierte Person den technischen Schutzmechanismus eines DRM-Systems knackt und das entschlüsselte Werk über das Internet Dritten zur Verfügung stellt. In Fachkreisen wird diese Schwäche von DRM-Systemen auch als BORA-Problem bezeichnet: »break once, run anywhere«⁹¹⁹. Die Anfälligkeit für Umgehungen dieser Art zwingt die DRM-Verwender zu einem kostspieligen Katz-und-Maus-Spiel; die immer wieder erforderlich werdenden Nachbesserungen der DRM-Systeme veranlassen die Verwerter dabei fortlaufend zu finanziellen Aufwendungen, die anderen, produktiveren Bereichen – wie beispielsweise der Erstellung neuer Werke – unter Umständen entzogen werden⁹²⁰.

Hinzu kommt, dass sich der unter Verwertern seit einiger Zeit teilweise zu beobachtende Einstellungswandel in Bezug auf DRM zumindest bislang längst nicht auf alle Verwertungssektoren, in denen jeweils verschiedene DRM-Systeme zum

917 Exemplarisch mögen dafür die Äußerungen von *Steve Jobs*, Mitbegründer von Apple, stehen, die Anfang 2007 für viel Wirbel in der Musikindustrie und der interessierten Öffentlichkeit gesorgt haben und die Diskussion über die Sinnhaftigkeit von DRM weiter angefacht haben, *Jobs*, *Thoughts on Music*, veröffentlicht am 06.02.2007 auf der Apple-Unternehmenswebsite unter <http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/>. *Jobs* hatte erklärt, Apple sei bereit, bei iTunes auf den DRM-Einsatz zu verzichten, wenn die großen Musik-Labels dies denn zuließen. Kritiker vermuteten dahinter in erster Linie eine PR-Strategie, mit der Apple auf wachsenden Druck von Seiten der Kartellbehörden und Verbraucherschutzorganisationen reagieren wollte. Die zunehmend kritische Sicht vieler Musikmanager bestätigt gleichwohl eine von »Jupiter Research« zwischen Dezember 2006 und Januar 2007 durchgeführte Umfrage (im Internet: <http://www.jupiterresearch.com/bin/item.pl/research:concept/83/id=98785/>). Danach hielten 54 % der befragten Vertreter der Musikindustrie die heute eingesetzten DRM-Systeme für »zu restriktiv«, 62 % der Befragten waren im Durchschnitt der Ansicht, dass die Verkaufszahlen in die Höhe schießen würden, wenn die vertriebene Musik auf allen MP3-Playern abspielbar wäre. Diese Auffassung teilten immerhin 58 % der Befragten bei den größeren Record Labels.

918 *Jobs*, *Thoughts on Music*, a.a.O.: »Why would the big four music companies agree to let Apple and others distribute their music without using DRM systems to protect it? The simplest answer is because DRMs haven't worked, and may never work, to halt music piracy.«.

919 *Spielkamp*, Die Zukunft der Ideen, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 30-31/2005, online verfügbar unter: http://www.bpb.de/publikationen/S2PWF1,5,0,Die_Zukunft_der_Ideen.html.

920 So *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 367, der die Aufgabe urheberrechtlicher Regulierung darin erkennt, diesen »Technologie-Wettbewerb zwischen den Entwicklern technischer Schutzmaßnahmen und den Entwicklern von Umgehungsvorrichtungen« mit Hilfe von Vorschriften, die die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen verbieten, zu stoppen. Zur Anfälligkeit des bei iTunes verwendeten DRM-Systems *Jobs*, *Thoughts on Music*, am 06.02.2007 unter: <http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/>.

Einsatz gelangen, erstreckt⁹²¹. Es besteht insofern berechnete Skepsis, dass DRM-Systeme in sämtlichen Bereichen der digitalen Werkverwertung von heute auf morgen wieder verschwinden werden. Es wäre naiv zu glauben, dass sich die Verwerterindustrie dieses Kontrollinstrumentarium wieder aus den Händen nehmen lässt. Die Vorstellung totaler – oder zumindest weitgehender – Kontrolle über die Werknutzung dürfte gepaart mit den sich theoretisch bietenden Möglichkeiten der DRM-basierten Preisdiskriminierung und der Unterbindung sog. »Arbitrage-Geschäfte« für viele Verwerter schlicht zu verführerisch sein. Abgesehen davon darf man auch nicht die in vielen Bereichen getätigten Investitionen in die DRM-Entwicklung vernachlässigen. Auch sie erklären eine gewisse »systemträge«, zögerliche Reaktion auf das vielfach diagnostizierte DRM-Akzeptanzproblem. Ein weiterer Grund, warum zunächst von der weiteren Verwendung von DRM-Systemen auszugehen ist, ist darin zu erkennen, dass Unklarheit über die Alternativen besteht⁹²².

Solange restriktive DRM-Systeme aber zum Einsatz kommen, darf man nicht außer Acht lassen, dass ein Mehr an potentiell verfügbaren Informationen nicht automatisch gleichzusetzen ist mit einer besseren Informiertheit aller von den Nutzungsrestriktionen Betroffenen. Ein allgemein gestiegenes Problembewusstsein seitens potentieller Nutzer führt nicht zwangsläufig zu einer erhöhten Kenntnis der einzelnen technischen und vertraglichen Nutzungsbedingungen und damit zu besser informierten Erwerbsentscheidungen⁹²³. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein jeder Nutzer über die für ihn unter Umständen nachteiligen Konditionen im Detail informiert ist, sinkt vielmehr mit der Komplexität und dynamischen Ent-

921 Einen instruktiven Überblick über die diversen DRM-Systeme in den verschiedenen Bereichen vermitteln *Hugenholtz/Guibault/van Geffen*, *The Future of Levies in a Digital Environment*, S. 4 f. Ihre Studie stammt jedoch bereits aus dem Jahre 2003. Aktuellere Informationen über verwendete bzw. verfügbare DRM-Systeme finden sich bei *Kreutzer*, *Verbraucherschutz bei digitalen Medien*, Hg. v. VZBV, S. 50 ff. (Stand: Juli 2006) und im Internet unter DRM Watch (<http://www.drmwatch.com/>).

922 Wenig erprobte werbefinanzierte Refinanzierungsmodelle beispielsweise bergen unkalkulierbare Risiken für die Verwerterindustrie. Eine Renaissance abgabenfinanzierter Lösungen (Geräteabgaben, Abgaben auf Breitband-Internetzugänge etc.) wäre an sich naheliegend (siehe dazu bereits oben im Rahmen der Diskussion um Property versus Liability Rules). Auch diese Lösung sieht sich aber einem Akzeptanzproblem ausgesetzt, wenn die Abgabepflicht sich etwa auf Geräte erstreckt, die ggf. tatsächlich nur in geringem Umfang zur Vornahme urheberrechtsrelevanter Vervielfältigungshandlungen verwendet werden (s. etwa die Diskussion über die Vergütungspflichtigkeit von Computern).

923 Dies bestätigen die Ergebnisse der repräsentativen INDICARE-Verbraucherumfrage, *Dufft et. al.*, *Digital Music Usage and DRM*, aus dem Jahre 2005, bei der 4.852 Internetnutzer in sieben europäischen Ländern (Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Niederlande, Schweden, Spanien, Ungarn) befragt wurden, s. http://www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=110, v.a. S. 36-40. Laut *Bohn*, *Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis*, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 41, 43, zeigen die Umfrageergebnisse, dass der Mehrheit der Konsumenten schlicht das nötige Wissen fehle, um informierte Erwerbsentscheidungen treffen zu können: 63 % der Befragten haben laut besagter INDICARE-Umfrage noch nie von DRM gehört, weitere 23 % wussten nicht genau, was DRM ist (s. *Dufft et. al.*, *Digital Music Usage and DRM*, S. 36). Dieser dramatisch geringe Infor-

wicklung der Nutzungsrestriktionen und dem jeweils erforderlichen technischen Vorverständnis⁹²⁴. Abgesehen von diesem Problem der nur beschränkten menschlichen Kapazitäten zur Informationsverarbeitung darf man auch nicht vergessen, dass es zumeist nur rational ist, sich als Konsument nicht mit sämtlichen vertraglichen und technischen Details der Nutzungsrestriktionen auszueinandersetzen, zumal die Grenzkosten der Informationsbeschaffung und -bewältigung im Regelfall den Grenznutzen, also den zusätzlichen Nutzen, den der rein konsumtive Nutzer aus dem Gebrauch einer Information zieht, übersteigen werden⁹²⁵. Es ist daher davon auszugehen, dass viele, wenn nicht sogar die meisten Nutzer weiterhin Verträge eingehen werden, ohne sich der sie später unter Umständen treffen-

mationsgrad unter Konsumenten lässt sich auch eindeutig feststellen bei Kunden von Online-Musikportalen. Danach wussten frappierende 79 % der befragten Internetnutzer, die in den vergangenen sechs Monate digitale Musik käuflich erworben hatten, nicht, ob diese DRM-geschützt war oder nicht. Die weit überwiegende Mehrheit der Befragten (71 %) gab zudem an, dass ihnen Nutzungsrestriktionen hinsichtlich der erworbenen Musik nicht bekannt seien. Weitere 16 % wussten zwar von Nutzungsrestriktionen, ohne jedoch mit den Einzelheiten vertraut zu sein, *Dufft et. al.*, Digital Music Usage and DRM, S. 37 ff. Die Ergebnisse einer weiteren INDICARE-Erhebung aus dem Jahr 2006, die sich nicht auf die Musik-, sondern auf die Videonutzung fokussierte, erhärten diesen alarmierenden Befund, *Dufft et. al.*, Digital Video Usage and DRM, im Internet: http://www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=170, S. 34 ff. Grundlage dieser im Januar 2006 durchgeführten Studie sind die Antworten von 2.731 Internetnutzern aus Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Schweden und Spanien. Die Befragung förderte auch hier ein ähnlich geringes Maß an Informiertheit der Konsumenten zutage: 62 % der Befragten hatten danach noch nie von DRM gehört. Unter denjenigen, die von DRM gehört hatten, gaben wiederum 21 % an, nicht genau zu wissen, was DRM ist, 9 % gaben an, annäherungsweise über DRM Bescheid zu wissen. Eine signifikant abweichende, höhere DRM-Aufgeklärtheit war allein in Frankreich zu beobachten. Dort hatten nur 45 % der Befragten noch nie von DRM gehört. (Diese Abweichung dürfte jedoch wesentlich darauf zurückzuführen sein, dass die dreitägige 1. Lesung des Gesetzesentwurfs für die französische Urheberrechtsnovelle, die kurz vor der Befragung stattgefunden hatte und bei der intensiv über die DRM-Problematik gestritten wurde, in den Medien große Aufmerksamkeit erregt hatte). Schließlich war sich auch die große Mehrheit derjenigen, die online bereits Filme heruntergeladen hatten, im Unklaren darüber, ob die erworbenen Filme Nutzungsrestriktionen unterlagen, *Dufft et. al.*, Digital Video Usage and DRM, S. 34 f. Auch wenn davon auszugehen ist, dass inzwischen die Informiertheit der Konsumenten deutlich zugenommen haben dürfte (sei es durch persönliche Erfahrung oder aufgrund entsprechender Berichterstattung), stützen diese empirischen Befunde doch die These, dass die weit überwiegende Zahl der Nutzer nicht oder zumindest nicht genau über DRM und die mit dieser Technologie zumeist einhergehenden Nutzungsrestriktionen informiert ist.

- 924 Letzterer Gesichtspunkt gilt in besonderem Maße für die Generation, die mit den neuen technischen Möglichkeiten altersbedingt tendenziell ohnehin nicht so vertraut ist, wie die Generation, die mit Computer und Internet groß geworden ist.
- 925 Die Kosten der Informationsbeschaffung bzw. -bewältigung bleiben auch bzw. gerade bei einem deutlichen Mehr an verfügbaren Informationen unter Umständen hoch, weil es für den Einzelnen dann möglicherweise kostspielig wird, jene Informationen, die für ihn irrelevant sind, von jenen zu unterscheiden, die ihm von Nutzen sein können. Man könnte insofern von einem Informationsflut-Argument sprechen.

den vertraglichen und/oder technischen Nutzungsbeschränkungen bewusst zu sein⁹²⁶. Von einer durch Wiederholungskäufe ermöglichten Überwindung der Informationsasymmetrie zwischen Verwertern und Verbrauchern und damit einhergehender Heilung des Marktversagens kann daher im Ergebnis gegenwärtig nur in begrenztem Umfang die Rede sein.

Auf den ersten Blick lässt sich das Scheitern des Wettbewerbs um vertragliche wie technische Nutzungsbedingungen aber möglicherweise mit der These in Zweifel ziehen, dass die Vereinheitlichung der Nutzungskonditionen seitens der Wettbewerber unter Umständen sogar erstrebenswert sei, weil sich dadurch der Nebenleistungswettbewerb (um komplexe Nutzungsbedingungen) auf den Hauptleistungswettbewerb (um Preis und Qualität des Produkts) verlagern werde⁹²⁷. Die durch die Konditionenvereinheitlichung erhoffte Konzentration auf den Hauptleistungswettbewerb habe insofern eine wettbewerbsfördernde Wirkung⁹²⁸. Ungeachtet der fragwürdigen wettbewerbstheoretischen Prämissen dieser These, die hier nicht vertieft werden sollen⁹²⁹, ist dieser Einwand aber bereits deshalb abwegig, weil die angenommene Dichotomie zwischen Haupt- und Nebenleistungswettbewerb hier in dieser Form nicht existiert. Die vertraglichen wie technischen Nutzungsbedingungen sind im Bereich der immateriellen Werkverwertung neben der inhaltlichen Qualität ein zentraler Qualitätsaspekt des angebotenen Guts; sie definieren nicht irgendeine Nebenleistung, sondern die Hauptleistung. Die vertragstypische Leistung besteht hier schließlich gerade in der Verschaffung von Zugangs- bzw. Nutzungsrechten. Der vertraglich wie technisch gewährte Nutzungsumfang entscheidet dabei wesentlich über die Qualität des transferierten immateriellen Guts⁹³⁰. Der Einwand der Wettbewerbsverlagerung bzw. -förderung durch Konditionenvereinheitlichung kann insofern schon allein wegen der zentralen Bedeutung der verwendeten Nutzungsbedingungen nicht überzeugen. Die Annahme der freiwilligen Konditionenvereinheitlichung ist zudem häufig schlicht unrealistisch, zumal es – wie vorstehend bereits ausgeführt – gerade im eigenen Interesse der Anbieter liegen kann, durch eine gezielte Verschleierungs- oder Koppelungsstrategie (Beispiel iTunes + iPod) die Vergleichbarkeit mit Konkurrenzangeboten zu erschweren. Die These von der Wett-

926 *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hg. v. VZBV, S. 13.

927 Diesen Einwand diskutiert und verwirft *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 345 f.

928 Diese These vertritt mit Blick auf Allgemeine Geschäftsbedingungen *Kliege*, Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, S. 121 f.

929 Dazu *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 345 m.w.N.

930 Ähnlich bereits *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 346; *Gomulkiewicz*, 13 Berkeley Tech. L. J. 891 (1998): »The license is the product«. S.a. *Shapiro/Varian*, Information Rules, S. 98: »The more liberal you make the terms under which costumers can have access to your product, the more valuable it is to them. A product that can be shared with friends, loaned out, rented, repeatedly accessed, or sold in a resale market is obviously more valuable to a potential user than one that can be accessed only once, under controlled conditions, by only a single party.«.

bewerbsverlagerung und damit Wettbewerbsförderung infolge einer Konditionenvereinheitlichung geht mithin fehl.

Erschwerend kommt hinzu, dass hinsichtlich des Wettbewerbs um unterschiedliche DRM-Systeme nicht allein aufgrund einer asymmetrischen Informationsverteilung von einem Marktversagen auszugehen ist. In dieser Konstellation können nämlich auch sog. »Lock-In-« und »Netzwerk-Effekte« den Wettbewerb behindern⁹³¹. *Lock-In-Effekte* treten dann auf, wenn die Kosten für einen Wechsel etwa von einer DRM-Systemumgebung zu einer anderen (sog. »switching costs«) größer sind als der durch den Wechsel zu erzielende Nutzen⁹³². Die Gründe für prohibitiv hohe »switching costs« sind vielfältig. Ausgelöst werden können sie durch die notwendige Anschaffung neuer Hard- und Software⁹³³, den zeitlichen Aufwand für die Eingewöhnung in ein anderes Systemumfeld⁹³⁴ oder mangelnde Systemkompatibilität⁹³⁵. Wenn es den Anbietern gelingt, die Konsumenten durch hohe »switching costs« an sich zu binden und der Systemwechsel aufgrund dieses Lock-In unwahrscheinlich wird, dann leidet darunter der Wettbewerb zwischen unterschiedlich restriktiven DRM-Systemen. Es kommt mithin zu einem Marktversagen.

Netzwerkeffekte können zu dem gleichen Resultat führen. Vereinfacht gesprochen kann eine weit verbreitete Nutzung eines bestimmten, am Markt durchgesetzten DRM-Standards und die damit einhergehende Nutzensteigerung (sprich: ein Netzwerkeffekt⁹³⁶) den Wettbewerb zwischen DRM-Systemen verhindern. Problematische Konsequenz solcher Netzwerkeffekte kann unter Umständen insbesondere die Aufrechterhaltung suboptimaler, ineffizienter Lösungen sein, weil sich ökonomisch effizientere oder technisch überlegene Alternativen dann nicht gegen das dominante DRM-System am Markt durchsetzen können. Eine solche innovationsverdrängende »Systemträgheit« wird auch als »Pfadabhängigkeit«

931 Ausführlich dazu *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 351 ff.

932 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 362 ff.; *Shapiro/Varian*, Information Rules, S. 104.

933 Dies ist namentlich relevant bei geschlossenen, proprietären Systemen, bei dem erworbene Inhalte nur auf bestimmten Abspielgeräten abgespielt werden können (Beispiele: iTunes + iPod, oder eBook + entsprechendes eBook-Lesegerät (sog. eBook-Reader)).

934 *Shapiro/Varian*, Information Rules, S. 121 f.

935 Die fehlende Interoperabilität von DRM-Systemen kann bei einem Systemwechsel beispielsweise zum Verlust der persönlichen Audio-, Video oder Textdateien-Sammlung führen, *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 363 f.; *Shapiro/Varian*, Information Rules, S. 122 f.

936 Grundlegend *Katz/Shapiro*, 75 American Econ. Rev. 424 ff. (1985) und *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L. Rev. 479 ff. (1998). Verstärkt wird der skizzierte Netzwerkeffekt durch sog. »positive Rückkoppelungen«, die dadurch entstehen, dass Netzwerke mit wachsender Größe für immer mehr potentielle Nutzer attraktiv werden, was die Nutzerzahl weiter steigen lässt, wodurch im Endeffekt wiederum der Nutzen für alle zunimmt, instruktiv zum Phänomen der Netzwerkeffekte *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 351 ff. und *Shapiro/Varian*, Information Rules, S. 173 ff., die die »positiven Rückkoppelungen« als »positive feedback« bezeichnen.

bezeichnet⁹³⁷. Die komplexe Frage, inwieweit bei welchen DRM-Systemen in welchen Fallgruppen direkte und indirekte Netzwerkeffekte entstehen, soll an dieser Stelle aber nicht weiter vertieft werden, da sie letztlich zu weit aus der hier geführten Diskussion des Marktversagens infolge von Informationsasymmetrie herausführt⁹³⁸. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung soll die Feststellung genügen, dass Netzwerkeffekte unter bestimmten Voraussetzungen den Wettbewerb zwischen unterschiedlichen DRM-Systemen zusätzlich erschweren können.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Annahme, der Wettbewerb um vertragliche wie technische Nutzungskonditionen werde aufgrund von Informationsasymmetrien, Lock-In- und Netzwerkeffekten scheitern, durchaus realistisch erscheint.

bb) Vorteilhaftigkeit gesetzlicher Regulierung?

Wenn – wie vorstehend erarbeitet – davon auszugehen ist, dass ein Konditionenwettbewerb aufgrund asymmetrischer Informationsverteilung unwahrscheinlich ist und die Informationsasymmetrie, wie gesehen, auch nur bedingt durch Wiederholungskäufe bzw. Informationsvermittlung überwunden werden kann, der Markt also deshalb (und zusätzlich aufgrund wettbewerbsbehindernder Netzwerk- und Lock-In-Effekte) wahrscheinlich versagt, dann bleibt die Frage, inwieweit eine staatliche Regulierung der Nutzungsbedingungen gegenüber einer Kontrolle durch den offenbar unzureichenden Konditionenwettbewerb vorzuziehen ist. Einige der maßgeblichen Kriterien für diese Abwägung vermag erneut die Literatur zur AGB-Gesetzgebung zu liefern⁹³⁹. Vorteilhaft ist eine gesetzliche AGB-Kontrolle danach insoweit, als die AGB-Qualitätssicherung unmittelbar und mit verzögerungsfreier Durchsetzungskraft vonstatten geht⁹⁴⁰. Zu ihren Vor-

937 Mit dem Phänomen der Pfadabhängigkeit lässt sich generell erklären, warum bestimmte technische Standards auch dann bestehen bleiben, wenn an sich bereits technisch ausge-reifere oder differenziertere Lösungen existieren, eine entsprechende Umstellung aber zu hohe Kosten mit sich brächte, siehe zum Begriff der Pfadabhängigkeit (*path dependency*) *Liebowitz/Margolis*, 11 *Journal of L., Econ. & Organization*, 205 ff. (1995); *North*, Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung, S. 119, 133, *passim*; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 594 f.

938 Es sei verwiesen auf die nähere Untersuchung entsprechender Netzwerkeffekte bei *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 351 ff.

939 Dieses methodologische Vorgehen praktiziert auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 347, Fn. 1803.

940 *Adams*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Hg. v. *Neumann*, S. 655, 674 f. Die hohe Durchsetzungswirkung einer gesetzlichen AGB-Kontrolle lässt sich dabei mit den Gesetzmäßigkeiten der »economies of scale« erklären. Versteht man die Kosten einer gesetzeskonformen AGB-Ausgestaltung als Kosten der Produktion von ABGs, so sinken nämlich nach der auch als »Gesetz der Massenproduktion«

zügen zählt ferner die deutliche Verminderung der Such- und Informationskosten zugunsten der Konsumenten. Während in Ermangelung einer staatlichen Regulierung jeder einzelne Konsument eine vergleichsweise AGB-Inhaltskontrolle unternehmen müsste – und damit häufig überfordert wäre –, reduziert sich dieser Informationsaufwand beträchtlich, sobald per Gesetz eine gewisse AGB-Mindestqualität vorgeschrieben wird und der Verbraucher auf diese vertrauen kann⁹⁴¹. Indem durch diese Qualitätssicherung auch der schlechter Informierte aufgefangen wird, lässt sich auf diese Weise ein vergleichsweise höheres Maß an Einzelfallgerechtigkeit erzielen.

Die genannten Vorzüge einer gesetzlichen gegenüber einer wettbewerblichen Kontrolle gelten prinzipiell auch für die denkbare gesetzliche Sicherung der Qualität von Nutzungsbedingungen bei der (digitalen) Werkverwertung. Ein de lege ferenda zu formulierender, urheberrechtlicher Kanon von Mindestbedingungen, der zur Sicherung v.a. digitaler Nutzerfreiheiten eingehalten werden müsste, könnte auch hier die Informationskosten der betroffenen Nutzer senken und die Informationsasymmetrie zwischen Verwertern und potentiellen Nutzern korrigieren. Zwar sind gewiss nicht wenige Nutzer in der Lage, aufgrund von Wiederholungskäufen oder anderweitig erlangter Informationen besser informierte Erwerbsentscheidungen zu treffen, dies gilt aber längst nicht für alle von den Nutzungsrestriktionen Betroffenen. Der Einzelne ist hier nicht selten von der erforderlichen Informationsverarbeitung überfordert oder aber der zu leistende Informationsaufwand steht für ihn außer Verhältnis zu dem sich daraus ergebenden Nutzen. Eine urheberrechtliche Kontrolle digitaler Nutzerfreiheiten könnte hier für mehr Einzelfallgerechtigkeit sorgen und unter Umständen schneller greifen als ein auf Wiederholungskäufen basierendes Kontrollsystem der Konsumverweigerung. Letzteres gilt vor allem dann, wenn die freiwillige Rückgängigmachung bestimmter Nutzungsrestriktionen aufgrund des Bestehens sog. »Pfadabhängigkeiten« seitens der Anbieter nicht verzögerungsfrei erfolgt bzw. unter Umständen sogar ganz unterbleibt⁹⁴². Ebenso kann sich die staatliche Intervention bei Bestehen eines Marktversagens aufgrund sog. »Lock-In-Effekte« als überlegen erweisen. Wie oben bereits dargestellt, treten solche Lock-In-Effekte dann

bekannten Regel der »economies of scale« ab einer gewissen kritischen Masse mit einer zunehmenden Produktionsmenge die Kosten pro produzierter Einheit, »im Extrem bis zum Minimalwert der variablen Kosten pro Stück.«, *Altmann, Volkswirtschaftslehre*, S. 317. Bei einer »economy of scale« sind dabei lediglich die Fixkosten degressiv, nicht aber die variablen Kosten. Trotz hoher Fixkosten, die den AGB-Verwendern bei der Ausgestaltung bzw. Anpassung der AGBs entstehen können, können diese insofern über die Masse der »produzierten«, gesetzeskonformen ABGs ihre fixen Kosten im Durchschnitt reduzieren. Die Aussicht, von dieser Fixkostendegression zu profitieren, stellt für viele AGB-Verwender einen Anreiz zur gesetzeskonformen Ausgestaltung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar.

941 *Adams, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)*, in: *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, Hg. v. *Neumann*, S. 655, 675 f.

942 Zum Begriff der Pfadabhängigkeit siehe bereits oben.

auf, wenn die Kosten für einen Wechsel etwa von einer DRM-Systemumgebung zu einer anderen (sog. »switching costs«) beispielsweise aufgrund der erforderlichen Anschaffung neuer Abspiel- oder Lesegeräte oder mangelnder Kompatibilität der unterschiedlichen Systeme größer sind als der durch den Wechsel zu erzielende Nutzen⁹⁴³. Wenn es auf diese Weise den Anbietern gelingt, die Konsumenten durch hohe »switching costs« an sich zu binden, droht der Wettbewerb zwischen unterschiedlich liberalen, vertraglich wie technisch realisierten Nutzungsrestriktionen zu scheitern. Dieses Marktversagen lässt dann ein Einschreiten des Gesetzgebers vorteilhaft erscheinen.

Ein spezialgesetzliches Tätigwerden in Gestalt urheberrechtlicher Nutzerschutzvorschriften wäre jedoch dann entbehrlich, wenn den überbordenden Nutzungsrestriktionen bereits durch anderweitige, selbstverpflichtende Vereinbarungen der Verwerterindustrie oder bereits bestehende, gesetzliche Bestimmungen Grenzen gesetzt wären, und damit eine gewisse Mindestqualität hinsichtlich der Nutzungsbedingungen gewährleistet wäre. In diesem Zusammenhang ist namentlich an verbraucherschützende, AGB-rechtliche Vorschriften (§§ 305-310 BGB) zu denken⁹⁴⁴. Nach der in Deutschland in § 307 BGB geregelten AGB-Inhaltskontrolle sind Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmungen nicht klar und verständlich sind. Manche vertraglichen Nutzungsbedingungen werden also unter Umständen schon deshalb unwirksam sein, weil sie wegen Unklarheit, Unübersichtlichkeit oder Undurch-

943 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 362 ff.; *Shapiro/Varian*, Information Rules, S. 104.

944 *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hg. v. VZBV, S. 10 f. Dass bei der Ausnutzung geschäftlicher Unerfahrenheit (Beispiel: Rechtsunkennntnis, § 4 Nr. 2 UWG) oder der Verwendung rechtswidriger allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Umständen auch wettbewerbsrechtliche Ansprüche gemäß § 8 Abs. 1 i.V.m. § 4 Nr. 2 oder Nr. 11, jeweils i.V.m. § 3 UWG in Betracht kommen können, Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 4, Rn. 2.10, 2.21, 11.156, soll hier ebenso wenig vertieft werden wie die unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht zu ziehende kartellrechtliche Kontrolle des Einsatzes von technischen Schutzmaßnahmen. Mit Hilfe technischer Schutzmaßnahmen durchgesetzte Preisdiskriminierungen oder Gebietsbeschränkungen können ggf. einen Kartellrechtsverstoß darstellen. Von besonderer Relevanz ist das Kartellrecht auch für die Interoperabilitätsproblematik. Hier stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Kartellrecht ein marktbeherrschendes Unternehmen zwingen kann, eine verwendete DRM-Technologie zu lizenzieren oder zumindest Dritten Schnittstelleninformationen zur Verfügung zu stellen, damit diese kompatible Produkte anbieten können, dazu *Arlt*, GRUR 2005, 1003, 1005 ff.; *Arlt*, Digital Rights Management Systeme, S. 269 ff. und eingehend auch *Schäfer*, Die kartellrechtliche Kontrolle des Einsatzes von technischen Schutzmaßnahmen im Urheberrecht.

schaubarkeit am Transparenzgebot scheitern⁹⁴⁵. Gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel jedenfalls dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Diesem gesetzlichen Regelbeispiel liegt der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz zugrunde, dass den Vorschriften des dispositiven Rechts bei der Inhaltskontrolle von AGB eine Leitbildfunktion zukommen soll⁹⁴⁶. Diese Leitbildfunktion können urheberrechtliche Vorschriften im hier interessierenden Kontext aber freilich nur dann übernehmen, wenn entsprechende nutzerschützende Regelungen überhaupt existieren und der Nutzerschutz ihr wesentlicher Grundgedanke ist. Die allgemeine zivilrechtliche AGB-Inhaltskontrolle kann ihren Schutz vor unangemessen benachteiligenden, restriktiven Nutzungsbestimmungen mit anderen Worten nur dann entfalten, wenn der Gesetzgeber im Urheberrecht klare Wertungsentscheidungen zugunsten bestimmter Nutzerbefugnisse getroffen hat⁹⁴⁷. Gerade an solchen Wertungen mangelt es im Regelfall aber gerade. Ein Nutzerrecht auf Interoperabilität besteht de lege lata zum Beispiel ebensowenig wie ein Nutzerrecht auf die Erstellung einer digitalen Sicherungskopie⁹⁴⁸. Auf der Basis eines theoretisch urheberzentrierten und faktisch verwerterzentrierten Paradigmas konzentrieren sich die Schutzbemühungen bislang vielmehr einseitig auf die Interessen der Urheber bzw. Rechteinhaber⁹⁴⁹. Eine gesetzliche Sicherung bestimmter Nutzerbefugnisse im digitalen Umfeld ist in diesem in Kontinentaleuropa unverändert dominierenden Erklärungsmodell jenseits der existierenden Schrankenrege-

945 Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hg. v. VZBV, S. 12 f., der die sprachliche Ausgestaltung der verwendeten Nutzungs- und Lizenzbestimmungen bemängelt: »Anbieter konfrontieren die Nutzer häufig mit überkomplizierten, zum Teil an die jeweiligen Dienste oder Produkte oder das deutsche Rechte (sic!) wenig angepasste, vorformulierte Vertragsbestimmungen. Allgemeine Geschäftsbedingungen mit einer Länge von zehn DIN-A4-Seiten oder mehr sind keine Seltenheit.«

946 BGH 41, 154; Palandt-*Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 307, Rn. 25.

947 *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hg. v. VZBV, S. 10.

948 Etwas anderes gilt in Umsetzung der Computerprogramm-Richtlinie 91/250/EWG in Bezug auf Computerprogramme. Gemäß § 69d Abs. 2 UrhG hat derjenige, der zur Benutzung eines Programms berechtigt ist, das vertragliche nicht abdingbare Recht eine Sicherungskopie (sog. Back-up-Kopie) anzufertigen. Vertragliche Bestimmungen, die dazu in Widerspruch stehen, also die Anfertigung einer entsprechenden Sicherungskopie untersagen, sind gemäß § 69g Abs. 2 UrhG nichtig. Gleiches gilt gemäß § 69g Abs. 2 UrhG für das Recht der Programmbeobachtung (§ 69d Abs. 3 UrhG) und das Recht zum Dekompilieren gemäß § 69e UrhG.

949 Ähnlich kritisch *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hg. v. VZBV, S. 10; Ausgesprochen kritisch 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 fehle laut *Helberger* ein zeitgemäßes Konzept des Nutzers. Ähnlich *Cohen*, 74 Fordham L. Rev. 347 ff. (2005), die »the user's absence from copyright doctrine« beklagt und dessen stärkere Berücksichtigung einfordert.

lungen prinzipiell nicht vorgesehen. Nach traditionellem Verständnis wird den Nutzerinteressen ausreichend durch die Schrankenbestimmungen Rechnung getragen⁹⁵⁰. Die wohl herrschende Meinung erkennt in den Schrankenbestimmungen dabei bislang keine Nutzerrechte⁹⁵¹. Ein vereinzelt kodifiziertes, explizites Nutzerrecht (wie das in § 95b Abs. 2 UrhG, das letztlich auch »nur« auf die Durchsetzung einiger Schrankenprivilegierungen abzielt) ist insoweit nicht mehr

950 Ob durch Schrankenbestimmungen privilegierte Werknutzungen vertraglich untersagt werden können und inwieweit die AGB-rechtliche Kontrolle in diesem Fall Anwendung findet, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Siehe zu dieser Frage aber *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hg. v. VZBV, S. 11: »Ob ein Ausschluss von Schrankenbestimmungen in Nutzungs- und Lizenzbestimmungen im Einzelfall z. B. mit »wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen« unvereinbar ist, lässt sich jedoch mangels klarer gesetzgeberischer Wertungsentscheidungen häufig nicht eindeutig klären.«. Vertreten lässt sich demgegenüber aber auch, dass sich der Anwendungsbereich von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB einzig auf dispositives Recht erstreckt, Palandt-*Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 307, Rn. 26; a.A. BGH 87, 17. Das zwingende Recht – und als solches sind die meisten Schrankenbestimmungen wohl zu verstehen – ist nach einer in der Literatur vertretenden Ansicht nicht in die AGB-rechtliche Kontrolle einbezogen. Die Verbindlichkeit zwingenden Rechts ergebe sich bereits aus § 134 BGB. § 307 Abs. 2 Nr. 1 habe demgegenüber ausschließlich die Funktion, auch Normen des dispositiven Rechts einer Änderung durch AGB zu entziehen. Der AGB-rechtlichen Kontrolle definitiv entzogen sind jedenfalls die Fälle, in denen das UrhG bestimmte Schrankenbestimmungen für explizit unabdingbar erklärt hat, siehe z.B. § 55a Satz 3, § 69g Abs. 2 i.V.m. § 69d Abs. 2 und 3 sowie § 69e. Näher zum Problem der vertraglichen Einschränkung gesetzlicher Schrankenbestimmungen, Dreier-Schulze-*Dreier*, UrhG, Vor § 44a, Rn. 9, demzufolge die Abdingbarkeit gesetzlicher Schrankenbestimmungen zumindest in frei ausgehandelten Individualvereinbarungen zulässig ist. In AGB enthaltene Beschränkungen seien demgegenüber unzulässig, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligten. Laut *Dreier* dürfte die vertragliche Untersagung einer an sich schrankenprivilegierten Werknutzung dort nicht zulässig sein, wo die Schrankenregelung von einem überragenden, explizit grundrechtlich verbürgten Allgemeininteresse getragen sei (Beispiel: Privilegierung der Werknutzung zu Zwecken der Berichterstattung, § 50 UrhG). Ähnlich *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 820: »Wenn man (...) davon ausgeht, dass die Schranken den Nutzern Rechte gewähren, dass sie innerhalb des Urheberrechts demokratische Grundwerte verkörpern und konkretisieren, so hat dies zur Konsequenz, dass sie als zwingend betrachtet werden müssten und Vorrang vor vertraglichen Bestimmungen haben sollten«. Anders bewertet demgegenüber aber zumindest *Dreier*, a.a.O., diejenigen Schrankenregelungen, die ein bislang im analogen Bereich bestehendes Marktversagen zu korrigieren suchten. In diesen Fällen erscheint *Dreier* eine mittels AGB vorgenommene Untersagung einer schrankenprivilegierten Werknutzung nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

951 Schricker-*Melichar*, Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 1 ff.; *Hohagen*, Überlegungen zur Rechtsnatur der Kopierfreiheit, in: FS Schricker II, S. 353 ff. A.A.: *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 820; *Patterson/Lindberg*, The Nature of Copyright. A Law of Users' Rights. Mit weiteren Nachweisen zu dieser ähnlich auch in den USA geführten Kontroverse *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 383, Fn. 1967 (ohne sich im Ergebnis selber der Ansicht von Schrankenbestimmungen als Nutzerrechten anzuschließen).

als eine die Regel bestätigende Ausnahme⁹⁵². In weitgehender Ermangelung explizit nutzerschützender Vorschriften im Urheberrecht bietet mithin die allgemeine AGB-Inhaltskontrolle nach § 307 BGB – abgesehen von im Einzelfall möglichen Verstößen gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB – kaum Schutz vor überbordenden Nutzungsrestriktionen. Die insofern zu diagnostizierende Leerstelle im Urheberrecht unterstreicht die Notwendigkeit für die Etablierung einer urheberrechtlichen Nutzerschutzdoktrin und der darauf basierenden Gewährung expliziter, durchsetzungsstarker Nutzerrechte (Recht auf Sicherungskopie für legal erworbene Inhalte, Recht auf Interoperabilität bzw. Übertragbarkeit in verschiedene Dateiformate, in eingeschränktem Umfang ggf. sogar Recht auf digitale Privatkopie⁹⁵³ etc.).

Unabhängig von den insoweit also bislang unzureichenden nutzerschützenden Vorschriften stellt sich jedoch die Frage, ob eine staatliche Regulierung der Nutzungsbedingungen abstrakt-generell vorteilhaft und erstrebenswert wäre. Fest steht insoweit, dass jedenfalls Alleingänge eines nationalen Gesetzgebers nur von begrenztem Wert wären (und internationalrechtlich ohnehin auch nur begrenzt möglich⁹⁵⁴). Der Schutz der Nutzerinteressen im digitalen Umfeld kann langfristig nur dann wirklich erfolgreich sein, wenn er von einem europäischen und internationalen Harmonisierungsprozess begleitet wird⁹⁵⁵. Dabei darf jedoch nicht aus den Augen verloren werden, dass die staatlichen Interventionskosten, die durch eine erforderlich werdende Änderung oder Schaffung nationaler wie europa- und internationalrechtlicher Vorschriften entstehen können, im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse stets kleiner sein sollten, als der Nutzen, den sie

952 Eine weitere nutzerschützende Vorschrift stellt die in § 95d UrhG kodifizierte Kennzeichnungspflicht dar.

953 Eine solche Befugnis zur digitalen Privatkopie liefe im deutschen Recht hinaus auf die Erstreckung des § 95b Abs. 1 UrhG auf die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch; i. V. m. § 95b Abs. 2 UrhG hätte der Schrankenbegünstigte gegenüber dem Rechtsinhaber, der technische Maßnahmen zum Einsatz bringt, dann den Anspruch, dass dieser die zur Verwirklichung der Schrankenprivilegierung benötigten Mittel zur Verfügung stellt.

954 Bei der Schaffung neuartiger Nutzerrechte wäre insbesondere dem Dreistufentest Rechnung zu tragen, der bei jeder Beschränkung von Urheberrechten als Schrankenschanke zu berücksichtigen ist, siehe Art. 5 Abs. 5 der RL 2001/29/EG, Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPs oder Art. 10 WCT und Art. 16 Abs. 2 WPPT. S. a. *Bornkamm*, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung, in: FS Erdmann, S. 29, 44; *Senfleben*, Dreistufentest, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 171.

955 Die »Charta für Verbrauchersouveränität in der digitalen Welt«, die das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (BMELV) zusammen mit Verbraucherschutzverbänden erarbeitet hat und die laut einem Bericht der Financial Times Deutschland (s. *Ohler/Benoit*, Apple droht Ärger in ganz Europa, Financial Times Deutschland vom 19.02.2007, im Internet: http://www.ftd.de/technik/it_telekommunikation/163107.html) auch mit den anderen europäischen Verbraucherschutzministern abgestimmt werden soll, ist insofern ein erfreulicher Schritt in die richtige Richtung (die Charta ist online verfügbar unter: http://www.vzbv.de/mediapics/charta_digitale_welt_2007.pdf). In dem Grundsatzpapier heißt es auf S. 4 beispielsweise zum Thema Interoperabilität: »Eine sowohl den Verbraucherinteressen als auch den Interessen der Wirtschaft dienende

stiften⁹⁵⁶. Sind die staatlichen Interventionskosten aber größer als der zu erreichende Nutzen, wäre zumindest bei einer rein an ökonomischen Kriterien ausgerichteten Betrachtungsweise von einer gesetzlichen Regulierung der Nutzungsbedingungen abzusehen. Auf den ersten Blick leuchtet diese Abwägung durchaus ein. Das Bestehen eines Marktversagens allein sollte gewiss nicht automatisch staatliche Intervention indizieren, da auch staatliches Handeln nicht ohne Kosten zu haben ist⁹⁵⁷. Der prinzipiell also berechnete Vergleich zwischen staatlichen Interventionskosten und dem durch die Intervention zu erzielenden Nutzen leidet aber unter der gleichen methodologischen Schwäche wie die meisten ökonomietheoretischen Ansätze. Es treten insoweit spiegelbildlich die gleichen, bereits bekannten Probleme der Quantifizierung und damit Operationalisierung auf wie bei anderen ökonomischen bzw. utilitaristischen Ansätzen⁹⁵⁸. Die Messungsprobleme gelten dabei gleichermaßen für die Quantifizierung der Interventionskosten wie für die Erfassung desjenigen Nutzens, der sich durch eine Intervention in der Zukunft möglicherweise erzielen lässt⁹⁵⁹. Eine Folgeevaluierung auf der Basis einer kardinal messbaren Kosten-Nutzen-Gegenüberstellung ist daher realistisch kaum zu bewältigen. Denkbar wäre allenfalls eine qualitative Prognostische Entscheidung, die angesichts der Unwägbarkeiten des gesetzgeberischen Prozesses und dem äußerst schwierig abzuschätzenden Aufwand, der erforderlich ist, um nutzerschützende Vorschriften national und auf europäischer Ebene zu etablieren und durchzusetzen, aber ebenso problembehaftet ist. Im Ergebnis ist der Aspekt der Interventionskosten somit ein wenig praktikables Kriterium für die abstrakte Beurteilung der Frage, ob der Gesetzgeber vertragliche und technische Nutzungsrestriktionen, die vor allem bei der Verwertung digitaler Inhalte zu beobachten sind, regulieren sollte oder nicht.

Zu den direkten Interventionskosten, die durch den Vorgang der Intervention als solcher ausgelöst werden, zählen auch Informationskosten⁹⁶⁰. Der Gesetzgeber muss sich darüber informieren, warum und wie er tätig werden sollte. Dadurch entstehen Kosten. Auch wenn der Gesetzgeber gewissenhaft darum bemüht ist, die erforderlichen Informationen zu erlangen, schließt dies daher

▫ Angebotsstrategie sollte zur Vermeidung von Abhängigkeiten auf offene Standards setzen und die Interoperabilität der Produkte gewährleisten. Verschiedene Systeme sollten miteinander kommunizieren und interagieren können und die Nutzung von Inhalten sollte nicht an bestimmte Endgeräte oder Betriebssysteme gebunden werden. Die Interoperabilität der Produkte ermöglicht es Verbraucherinnen und Verbrauchern, ihre Marktmacht dahingehend zu nutzen, ihren konkreten Vorstellungen und Ansprüchen entsprechende Angebote nachzufragen und so den Markt mit zu gestalten.«.

956 Coase, 3 Journal of L. & Econ., 1, 17 f. (1960): »(...) the governmental machine is not itself costless«; Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 106 ff.

957 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 107 ff.

958 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 109, der die verschiedenen Typen von Interventionskosten untersucht und eine qualitative Differenzierung zwischen direkten und indirekten Interventionskosten vorschlägt.

959 S. zum Problem der Nutzenmessung bereits oben im Rahmen der kritischen Würdigung des Utilitarismus.

960 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 109.

nicht aus, dass bei ihm unter Umständen Informationsdefizite verbleiben. Dies erklärt sich primär mit seinen in aller Regel begrenzten Personal- oder Mittelsourcen, aber auch mit der gezielten, eigeninteressierten Einflussnahme durch organisierte Interessenverbände⁹⁶¹. Informationsdefizite des Gesetzgebers aber können evidenterweise zum Problem werden. Es zählt insofern zu den allgemeinen Schwächen eines gesetzlichen Regulierungsansatzes, dass fraglich ist, warum ausgerechnet der Gesetzgeber über die für die Regulierung erforderlichen Informationen verfügen sollte (erkenntnistheoretischer Einwand). Diese Frage stellt sich mit besonderer Dringlichkeit bei einer sich dynamisch verändernden Materie wie dem DRM-Einsatz. Annäherungsweise ausgleichen ließen sich die staatlichen Informationsdefizite eventuell, wenn etwa die Wissenschaft in der Lage wäre, besser informierte Regulierungsvorschläge zu unterbreiten. Ob dies hinsichtlich überbordender Nutzungsrestriktionen beispielsweise auf der methodologischen Basis der Informationsökonomik geleistet werden kann, ist fraglich. Denn die informationsökonomische Untersuchung der Nutzerschutzbedürfnisse kann zwar die zwischen Rechteinhabern und Nutzern bestehende Informationsasymmetrie als Problem identifizieren, dem Gesetzgeber aber nur bedingt Anleitung zur Problemlösung bieten. Wenn man den Blick zurückwendet auf den eingangs zitierten Forderungskatalog, den *van den Bergh* und *Lehmann* basierend auf der Informationsökonomik für die Ausgestaltung des Rechts formuliert haben⁹⁶², so enthält dieser für den Fall des auf Informationsasymmetrie beruhenden Marktversagens insbesondere die Forderung nach Informationspflichten und Regulierung der Produktqualität. Entsprechend lässt sich immerhin die generelle Forderung nach DRM-Kennzeichnungspflichten und einer Regulierung der Qualität von Nutzungsbedingungen ableiten. Diese gesetzgeberischen Maßnahmen finden hier insoweit ihre informationsökonomische Rechtfertigung – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Wie diese Maßnahmen im Einzelnen aussehen sollten, beantwortet die Informationsökonomik allerdings nur bedingt. Weitgehend unklar bleibt daher auch, welche Nutzerfreiheiten de lege ferenda mit welchen Mitteln einen gesetzlichen Schutz erfahren sollten. Es bleibt die Frage, wo die Trennlinie zwischen technisch und rechtlich unterstützter Nutzungskontrolle und gesetzlich garantierten Nutzerbefugnissen in den einzelnen Verwertungssektoren im Detail verlaufen sollte. Dies wird sich allenfalls auf der Basis empirischer Studien im konkreten Einzelfall durch den Gesetzgeber im Rahmen einer wertenden

961 Weitere Gründe allgemeiner Natur nennt *Lindblom*, 39 *Public Administration Review* 517, 518 (1979): »No person, committee, or research team, even with all the resources of modern electronic computation, can complete the analysis of a complex problem. Too many interacting values are at stake, too many possible alternatives, too many consequences to be traced through an uncertain future (...)«.

962 *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 593; dazu auch *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 197 f.

Betrachtung entscheiden lassen⁹⁶³. Ob der Gesetzgeber auf der Basis dieser Informationen, die sich beispielsweise durch die kritische Analyse der auf dem Markt verwendeten restriktiven Nutzungsbedingungen und die Durchführung von Verbraucherumfragen zur Ermittlung frustrierter Nutzererwartungen gewinnen lassen, dann aber zu nutzerschützenden Vorschriften gelangt, die auf das empirisch ermittelte Schutzbedürfnis eine angemessene Antwort finden, steht auf einem anderen Blatt. Ein mögliches »Politikversagen« zu Lasten der Nutzer bzw. Verbraucher erscheint angesichts der in aller Regel vergleichsweise besser organisierten Verwerterlobby jedenfalls nicht unwahrscheinlich⁹⁶⁴. Informationsdefizite seitens des Gesetzgebers und langwierige Gesetzgebungsprozesse bergen zudem das Risiko, das einmal etablierte nutzerschützende Vorschriften auch dann unverändert bestehen bleiben, wenn sie sich als unpraktikabel oder ineffizient erweisen sollten bzw. schlicht durch die Marktentwicklung überholt werden.

Diese Bedenken sollten die Wissenschaft aber nicht von vornherein davon abhalten, mögliche nutzerschützende Regulierungsvorschläge zu unterbreiten. So lässt sich dem zuletzt genannten Risiko gesetzestechnisch etwa durch die zeitliche Befristung der Geltungsdauer einer entsprechenden Regelung begegnen (sog. »sunset provision«). Ein umfassend verstandenes Nutzerschutzkonzept könnte zudem prozedurale oder institutionelle Lösungen bereithalten, die den Interessen der Nutzer im Gesetzgebungsprozess, in Verfahren der Selbstregulierung und im täglichen Marktgeschehen trotz der erfahrungsgemäß schlagkräftigeren Verwerterlobby wirkungsvoll Gehör verschaffen⁹⁶⁵. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die möglichen Informationsdefizite des Gesetzgebers in ihren Auswirkungen aller Voraussicht nach weniger gravierend sein dürften als die – wie

963 Im Rahmen der durch den Gesetzgeber vorzunehmenden Wertung sollte dabei selbstverständlich auch zum Tragen kommen, dass Erwerb und Nutzung digitaler Inhalte nicht zu vergleichen sind mit dem Kauf gewöhnlicher, materieller Konsumgüter. Die staatliche Intervention kann zur Vermeidung unerwünschter Unternutzung von Geisteswerken auch unter kulturpolitischen und demokratietheoretischen Gesichtspunkten gerechtfertigt sein und nicht nur deshalb, weil ein Marktversagen vorliegt, dazu noch näher nachfolgend.

964 Zum Problem des »Politikversagens« unter Berücksichtigung der »Public-Choice«-Theorie auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 368, Fn. 1899. Allgemein zur »Public-Choice«-Theorie *Kirsch*, Neue Politische Ökonomie. Die Bedeutung von Interessengruppen für Gesetzgebung und Politik und die Frage, wie »Special Interest Groups« Information instrumentalisieren, analysieren auch *Grossman/Helpman*, Special Interest Politics, S. 103 ff.

965 Diese Option des Nutzer- bzw. Verbraucherschutzes nennt auch *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33, 38. Sie spricht insofern von einer ordnungspolitischen Ebene des Verbraucherschutzes, der seinen Ausdruck in der Partizipation der Verbraucher in der Marktordnung und der wirksamen Vertretung von Verbraucherinteressen in der Gesetzgebung sowie in Verfahren der Selbstregulierung finden müsse. Es ist evident, dass die Ausarbeitung einer derartig übergreifenden Nutzerschutzagenda, die sich auf Verfahrensvorschriften im Rahmen der Gesetzgebung, aber auch auf das Zivilprozessrecht (Stichwort: Prozesskostenhilfe) oder auch das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) erstrecken müsste, den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

gezeigt – wahrscheinlich zu einem Marktversagen führenden Informationsdefizite der Nutzer. Ein Nichthandeln des Gesetzgebers würde die Nutzer im digitalen Umfeld unverändert schutzlos lassen. Das Scheitern des Konditionenwettbewerbs ginge primär zu ihren Lasten, weil die Rechteinhaber dann weiterhin nahezu nach Belieben die vertraglichen und technischen Nutzungsbedingungen diktieren könnten. Nach alledem erscheint somit trotz der genannten Einwände eine behutsame gesetzliche Regulierung der vertraglichen wie technischen Nutzungsrestriktionen im Rahmen der digitalen Werkverwertung aus informationsökonomischer Sicht vorteilhaft. Wie ein solcher Nutzerschutz konkret aussehen könnte, wird in Kapitel 5 zu skizzieren sein⁹⁶⁶.

f) Zusammenfassung zur Neuen Institutionenökonomik

Im Vergleich zu den zuvor diskutierten Rechtfertigungsbemühungen gewinnen die der Neuen Institutionenökonomik zuzurechnenden Erklärungsansätze eindeutig aufgrund der ihnen zugrundeliegenden Annahme, dass wir in einer Welt kostspieliger Transaktionen und asymmetrisch verteilter Informationen leben. Denn solange nicht der empirische Gegenbeweis erbracht ist, muss davon ausgegangen werden, dass der Gebrauch des Marktmechanismus auch im Zeitalter von DRM mit erheblichen Kosten, genauer mit Transaktionskosten verbunden bleibt. Indem sich die Transaktionskostenökonomik auf diese beruft, kann sie schlüssig den Bedarf für urheberrechtliche Regulierung erklären.

Derweil überzeugt die Informationsökonomik, indem sie im Gegensatz zu neoklassischen Erklärungsbemühungen die Informationsdefizite und auch die Grenzen der Informationsverarbeitung bei den beteiligten Akteuren ernst nimmt⁹⁶⁷.

966 In diesem Zusammenhang wird dann auch zu untersuchen sein, ob Nutzerrechte überhaupt das richtige Instrument sind, um auf restriktive Nutzungsbedingungen zu reagieren. Es steht nämlich zu befürchten, dass viele Nutzer mit der individuellen Durchsetzung ihrer Nutzerrechte in der Praxis möglicherweise überfordert wären. Inwieweit sich auf dieses Problem der Nutzerrechtsdurchsetzung unter Umständen durch eine Ausweitung kollektiver Rechtsschutzmöglichkeiten, die z.B. durch Verbraucherverbände wahrgenommen werden, oder eher durch einen Ausbau von Liability Rules reagieren lässt, wird ebenfalls in Kap. 5 D. II. 5. zu vertiefen sein. Dort wird auch zu diskutieren sein, ob eine weitere sinnvolle Variante urheberrechtlicher Intervention möglicherweise darin zu erblicken ist, dem Rechteinhaber von vornherein den Einsatz solcher Nutzungsrestriktionen zu untersagen, die die vom Gesetzgeber statuierten Freiräume beeinträchtigen, dazu auch *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 820. Damit ist die generelle Frage verknüpft, inwieweit namentlich DRM-Systeme einer rechtlichen Technikgestaltung zugänglich sind und inwiefern sie in einem »wertorientierten Gestaltungsprozess« (*Bechtold*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 47 ff.) insbesondere unter Maßgabe des in dieser Arbeit propagierten Nutzerschutzparadigmas modifiziert werden können, s. zu den denkbaren Optionen der Technikgestaltung etwa auch *Armstrong*, 20 Harvard Journal of Law & Technology 49, 68 ff. (2006) oder *Böhle*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 55 ff.

967 *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 200.

Unter Berücksichtigung dieser realitätsnäheren Theorieannahmen gelingt es ihr, asymmetrische Informationsverteilung als Problem zu identifizieren und Lösungsmöglichkeiten zu seiner Abhilfe vorzuschlagen. Mit ihrem Interesse für asymmetrische Informationsverteilung kann die Informationsökonomik dabei namentlich auch die Etablierung neuartiger nutzer- bzw. verbraucherschützender Vorschriften im Urheberrecht rechtfertigen. Das Urheberrecht in seiner Gesamtheit lässt sich mit diesem Erklärungsansatz freilich nicht legitimieren. Die beschriebenen Informationsdefizite stellen nur einen Teilaspekt der durch das Urheberrecht zu lösenden Probleme dar.

Zuzugestehen ist denn auch, dass sowohl die Transaktionskostenökonomik (mit ihrer eindimensionalen Frage danach, wie sich Markttransaktionen erleichtern lassen), als auch die Informationsökonomik (mit ihrem Bemühen, auf Informationsasymmetrie beruhendes Marktversagen zu korrigieren), metaökonomische, d.h. verfassungsrechtliche oder kulturpolitische Gesichtspunkte vernachlässigen. Diese sollten bei der Ausgestaltung des Urheberrechts aber zweifelsohne ebenfalls berücksichtigt werden. Eine entsprechende normative Theorie können beide Erklärungsansätze somit nicht ersetzen. Dennoch kann die Neue Institutionenökonomik mit Transaktionskosten- und Informationsökonomik zumindest als überzeugender Ausgangspunkt für die ökonomietheoretische Rechtfertigung urheberrechtlicher Regulierung betrachtet werden.

6. Resümee bezüglich ökonomietheoretischer Rechtfertigungsansätze

Wie die Untersuchung der verschiedenen ökonomietheoretischen Erklärungsansätze gezeigt hat, sind wir von einer abschließenden, ökonomietheoretischen Antwort auf die Frage nach dem Warum (und Wie) des Urheberrechts nach wie vor weit entfernt⁹⁶⁸. In Anbetracht der Tatsache, dass sich die Bedingungen der Werk-schöpfung, Werkverbreitung und Werknutzung insbesondere im digitalen Umfeld stetig weiter verändern und unsere empirischen Kenntnisse darüber notwendig begrenzt sind, wäre eine solch endgültige und umfassende Aussage wohl auch unsinnig, wenn nicht gar unmöglich. Was die verschiedenen Ansätze mit unterschiedlicher Überzeugungskraft aber prinzipiell bieten können, sind Teilantworten, neue Sichtweisen altbekannter Probleme⁹⁶⁹ und – wie im Fall der Informati-

968 Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 367.

969 Dass die ökonomietheoretische Beschäftigung mit dem Urheberrecht längst nicht immer zu etwas per se Neuem führt, sondern teilweise lediglich einen neuen Blickwinkel auf überlieferte Vorstellungen eröffnet, etwa indem sie urheberrechtliche Denktraditionen mittels ökonomischer Terminologie rekonstruiert, gilt namentlich für das Incentive-/Access-Paradigma. Mit diesem wird letztlich »nur« der traditionell dem Urheberrecht zugrundeliegende Anreizgedanke und die Notwendigkeit eines Interessenausgleichs durch das Urheberrecht ökonomietheoretisch rekonstruiert, s. *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 308 (1996): »The incentive approach seeks to explicate intellectual property's traditional incentive rationale in economic terms.«.

onsökonomik gesehen – auch Hilfestellung zur Bewältigung neuartiger Problemstellungen, wie denen, die durch die erweiterten technischen Nutzungsrestriktionen im digitalen Umfeld entstanden sind. Hier kann die Informationsökonomik zur Korrektur eines auf Informationsasymmetrie beruhenden Marktversagens prinzipiell nutzerschützende Vorschriften rechtfertigen, mit anderen Worten also einen zunehmend wichtiger werdenden Teilaspekt urheberrechtlicher Regulierung legitimieren.

Die kritische Würdigung der verschiedenen Ansätze hat aber auch deutlich werden lassen, dass alle diskutierten Erklärungsmodelle Schwächen aufweisen. Hinsichtlich einer ökonomietheoretischen Rechtfertigung des Urheberrechts erscheint daher eine gewisse Nüchternheit und Skepsis geboten. Im Wesentlichen haben sich drei, bei nahezu allen Ansätzen mehr oder weniger wiederholende Kritikstränge herauskristallisiert⁹⁷⁰:

Der erste Strang der Kritik zielt dabei auf fragwürdige modelltheoretische Prämissen wie namentlich das ökonomische Verhaltensparadigma ab. Die Verhaltensannahme, der Mensch sei ein rational eigennützig agierender Nutzenmaximierer, wurde im Lichte der »Behavioral Law and Economics«-Forschungsrichtung problematisiert, und die zumeist implizit vorausgesetzte Anreizwirkung, die vom Urheberrecht ausgehen soll, infragegestellt. Die vorliegende Arbeit ist insoweit unter Berücksichtigung empirischer Studien zu dem Ergebnis gelangt, dass die lange Zeit unkritisch angenommene monetäre Anreizwirkung zumindest für den Urheber im Regelfall maßlos überbewertet sein dürfte. Auch wenn die monetäre Anreizwirkung bei vielen Kreativen schlicht nicht verfängt, bedeutete es aber, das Kind mit dem Bade auszuschütten, aus diesem Grund die Anreizthese vollends zu verwerfen. Als Konsequenz aus der festgestellten Überbewertung der monetären Anreizwirkung ist lediglich der hohe Stellenwert, der der angenommenen Anreizwirkung von manchen beigemessen wird, erheblich zu relativieren. Das Anreizparadigma bietet infolgedessen nur noch eine deutlich geschwächte Rechtfertigungsbasis für den Urheber- bzw. Verwerterenschutz. Ebenso ist das ökonomische Verhaltensmodell auf der Grundlage jüngerer verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse dahingehend einzuschränken, dass Menschen nur im Grundsatz eine rationale und eigennützige Nutzenmaximierung anstreben, was gerade nicht bedeutet, dass ihnen dies immer gelingt oder sie davon mitunter nicht Abstand nehmen. Diese modelltheoretischen Einwände haben im Ergebnis zu einer deutlichen Schwächung des traditionellen Incentive-/Access-Modells und des neoklassischen Property Rights-Ansatzes geführt, umgekehrt aber zur Stärkung der im Geiste der Neuen Institutionenökonomik konzipierten Erklärungs-

970 Auf den eingangs nur kurz gewürdigten, relativ abstrakten Mehrebenenansatz treffen die nachfolgend skizzierten Einwände dabei nur bedingt zu. Seine relativ schlichten, undifferenzierten und urheberrechtsunspezifischen Modellannahmen – aufgrund derer dieser Ansatz letztlich auch verworfen wurde – bieten keine vergleichbare Angriffsfläche.

modelle beigetragen, da diese von vornherein realitätsnähere Verhaltensannahmen zugrundelegen⁹⁷¹.

Ein zweiter Kritikstrang, der – wie sich gezeigt hat – grundsätzlich alle diskutierten Erklärungsmodelle in gleicher Weise trifft, richtet sich gegen die begrenzte Operationalisierbarkeit ökonomietheoretischer Ansätze. Ihre Operationalisierbarkeit leidet essentiell unter einem Mangel empirischer Erkenntnisse und Daten. So wissen wir beispielsweise zu wenig darüber, was etwa kreatives Schaffen tatsächlich motiviert. Selbst dann, wenn man wie hier im Grundsatz von der Existenz einer geringen bzw. zumindest vielfach überbewerteten monetären wie nicht-monetären Anreizwirkung ausgeht, leidet die Prognoseschärfe des ökonomischen Verhaltensmodells darunter, dass Menschen nach verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen ihr Verhalten bestenfalls beschränkt rational an solchen Anreizen ausrichten und mitunter von einer eigennützigen Nutzenmaximierung Abstand nehmen. Die dadurch bedingte Prognoseunschärfe verringert evidenterweise die Brauchbarkeit der ökonomietheoretischen Ansätze⁹⁷². Hinzu kommt ein massives Messungsproblem: Denn um im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse Aussagen darüber treffen zu können, bis zu welchem Punkt die vermuteten positiven Effekte der Anreizgewährung die damit verbundenen Nachteile der Zugangs- und Nutzungsbeschränkung überwiegen, verlangt die ökonomische Analyse methodologisch an sich eine Quantifizierung der Vor- und Nachteile urheberrechtlichen Schutzes. Dabei bleibt aber offen, wie Kosten und Nutzen in dieser komplexen Konstellation empirisch ermittelt und in Geldeinheiten ausgedrückt werden sollen. Aufgrund dieser methodologischen Schwäche sind daher keine konkreten Aussagen über den optimalen Balancepunkt zwischen Anreiz- und Nutzungsoptimierung im Urheberrecht zu erwarten; aus dem normzweckrelevanten Programm lassen sich keine zwingenden, eindeutigen Vorgaben für den »richtigen« Umfang urheberrechtlichen Schutzes ableiten⁹⁷³. Dieses Operationalisierungsproblem tritt vor allem beim Incentive-/Access-Paradigma auf, mit dem erklärtermaßen eine Balance zwischen der Anreizgewährung

971 S.o. unter Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (3) auch die kritische Auseinandersetzung mit *Posners* These, wonach Theorien nicht an ihrer Realitätsnähe gemessen werden sollten, da es zum Wesen wissenschaftlicher Theorien gehöre, dass sie sich in ihren abstrahierenden Annahmen notwendigerweise von der Realität entfernten, allein weil sie »aus dem Gewirr der Erfahrung, das sie erklären« wollen, eine Auswahl treffen müssten (»Eine Theorie, die vertrauensvoll versuchen würde, die Komplexität der empirischen Welt in ihren Annahmen wiederzugeben, wäre keine Theorie, sondern eine Beschreibung.«, *Posner*, *Recht und Ökonomie: Eine Einführung*, in: ÖAR, Hg. v. *Assmann/Kirchner/Schanze*, S. 79, 89).

972 Dies ist auch insofern problematisch, als auch *Posner*, *Recht und Ökonomie: Eine Einführung*, in: ÖAR, Hg. v. *Assmann/Kirchner/Schanze*, S. 79, 89 einräumt: »Der wahre Test einer Theorie ist ihre Brauchbarkeit bei der Vorhersage oder der Erklärung der Realität.«.

973 *Bechtold*, *Vom Urheber- zum Informationsrecht*, S. 283; *Koboldt*, *Property Rights und Urheberschutz*, in: *Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen*, Hg. v. *Ott/Schäfer*, S. 69, 110; *Wiebe*, GRUR 1994, 233, 243. *Menell*, *Intellectual Property: General Theories*, in: *Encyclopedia of Law and Economics II*, Hg. v. *Bouckaert/De Geest*, S. 129, 163: »Of perhaps greatest importance, recent work has shown that the holy grail of a perfectly calibrated incentive system is unattainable.«.

und der Zugangs- bzw. Nutzungsoptimierung erreicht werden soll⁹⁷⁴. Aber auch der neoklassische Property Rights-Ansatz, der in seinem Vertrauen auf den Marktmechanismus und seinem weitgehenden Verzicht auf staatliche Intervention auf den ersten Blick vor diesem Operationalisierungsproblem gefeit scheint, ist von ihm betroffen. Denn auch der neoklassische Property Rights-Ansatz muss auf einer unsicheren empirischen Grundlage Aussagen darüber treffen, wie das Property Right optimalerweise ausgestaltet sein sollte und wem es angesichts bestehender Transaktionskosten originär zugeordnet sein sollte, damit der Marktmechanismus die von ihm erhoffte effiziente Ressourcenallokation herbeiführen kann. Zu guter Letzt sieht sich auch die Neue Institutionenökonomik vergleichbarer Operationalisierungsprobleme ausgesetzt. Sie betreffen hier namentlich die Erfassung der tatsächlichen Transaktionskostenhöhe⁹⁷⁵ und die Eruiierung etwaiger Informationsasymmetrien⁹⁷⁶. Zwar wurde in der vorstehenden Untersuchung versucht, mittels der Berücksichtigung empirischer Studien punktuell Abhilfe zu schaffen⁹⁷⁷, vollständig beheben ließ sich das Operationalisierungsproblem damit freilich nicht. Es wartet insofern noch viel empirische Arbeit auf dieses interdisziplinäre Forschungsgebiet⁹⁷⁸.

Der erwähnte dritte Kritikstrang knüpft derweil an der Fokussierung auf das Effizienzziel an und kritisiert die Vernachlässigung metaökonomischer Wert- und Zielvorstellungen⁹⁷⁹. Auch wenn man nicht aus den Augen verlieren darf, dass ein absoluter normativer Geltungsanspruch des ökonomischen Effizienzziels ganz überwiegend nicht mehr erhoben wird, trifft diese Kritik einen wunden Punkt.

974 Was sich mit einiger Sicherheit auf Grundlage dieses Erklärungsmodells sagen lässt, ist aber, dass es ineffizient wäre, einzig auf eine Anreizmaximierung durch weitere Expansion urheberrechtlichen Schutzes zu setzen, weil dann potentielle Nutzer daran gehindert würden, voll von der Nicht-Rivalität immaterieller Güter zu profitieren. Indem das Paradigma der Anreiz- und Nutzungsoptimierung die negativen Schutzwirkungen des Urheberrechts explizit in den Blick nimmt, vermag es daher zu zeigen, dass eine einseitige Fokussierung auf den urheberrechtlichen Schutz der Urheber- und Verwerterinteressen falsch wäre. Dies spricht im Zuge einer normativen Bewertung dann aber gerade dafür – wie hier vorgeschlagen – ergänzend die Vermeidung von Unternutzung zur ureigenen positiven Regelungsaufgabe des Urheberrechts zu erheben und entsprechend den Schutz der Nutzerinteressen ausdrücklich als weiteren normativen Zweck des Urheberrechts zu verstehen. So gesehen handelt es sich bei diesem Ansatz um ein Erklärungsmodell, dass die Aufgaben urheberrechtlicher Regulierung immerhin abstrakt-generell adäquat zu beschreiben vermag.

975 Siehe dazu oben unter Kap. 4 C. I. 5. b) aa).

976 Siehe dazu oben unter Kap. 4 C. I. 5. e) aa).

977 Empirische Studien wurden beispielsweise einbezogen zur Beurteilung der fragwürdigen monetären Anreizwirkung (s. Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (3)) oder um ermitteln zu können, inwieweit Nutzer von digitalen Inhalten über etwaige technische Nutzungsrestriktionen informiert sind (Kap. 4 C. I. 5. e) aa)) und inwiefern deshalb ein auf Informationsasymmetrie beruhendes Scheitern des Konditionenwettbewerbs wahrscheinlich ist.

978 Vereinzelt wurde versucht, diejenigen Fragen näher zu skizzieren, die weitere empirische Forschung lohnenswert erscheinen lassen, siehe etwa Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (3) oder Kap. 4 C. I. 4. b) aa) (2).

979 Näher zu dieser Kritik u.a. unter Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (4).

Denn selbst wenn man das ökonomische Effizienzkriterium nur als Ausgangspunkt stets notwendig bleibender normativer Bewertung betrachtet, drohen allzu leicht bei einer grundsätzlich effizienzorientierten Sichtweise konkurrierende gesellschaftspolitische Zielsetzungen nicht ausreichend berücksichtigt zu werden. So fragt beispielsweise die Transaktionskostenökonomik allein danach, wie sich Markttransaktionen erleichtern lassen, während die Informationsökonomik einzig darum bemüht ist, ein auf Informationsasymmetrie beruhendes Marktversagen zu korrigieren. Zusätzliche metaökonomische Erwägungen geraten dabei schnell aus dem Blick. Potentiell gefährdet sind dadurch übergeordnete, allgemeine Zielvorstellungen unseres Rechtssystems wie Rechtssicherheit, ausgleichende Gerechtigkeit, Verteilungsgerechtigkeit, Rechtsgüterschutz oder der Schutz des Schwächeren⁹⁸⁰. Für den Bereich des Urheberrechts lässt sich diese Kritik noch näher spezifizieren. Hier steht die ungenügende Berücksichtigung sozial- und kulturpolitischer Zielvorstellungen zu befürchten. Zu nennen sind: die angemessene Alimentation für den Kreativen, das Bemühen um kulturelle Vielfalt, der Informationszugang für die Allgemeinheit und die geistig-schöpferische Partizipation der Gesellschaftsmitglieder. Auch der notwendige Schutz der ideellen Interessen des Urhebers in Bezug auf sein Werk droht, bei einer rein effizienzorientierten ökonomietheoretischen Sichtweise zu kurz zu kommen, ein Gesichtspunkt, der nicht zuletzt auch deshalb Berücksichtigung verdient, weil die Urheberpersönlichkeitsrechte verfassungsrechtlich fundiert (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) und konventionsrechtlich verankert sind (Art. 6^{bis} RBÜ)⁹⁸¹. Eine eindimensionale Betrachtungsweise, die allein eine effiziente Ressourcenallokation im Sinn hätte, wäre somit unvereinbar mit dem Rahmen des Grundgesetzes und dem des internationalen Rechts. Normative Bedeutung kann eine ökonomietheoretische Rechtfertigung des Urheberrechts daher nur dann erlangen, wenn sie nicht mit einem absoluten Geltungsanspruch verknüpft ist und stattdessen in metaökonomische Erwägungen eingebunden ist. Eine normative Theorie des Urheberrechts, die den genannten Werten und Zielvorstellungen Rechnung trägt, können die verschiedenen ökonomietheoretischen Erklärungsansätze mithin nicht ersetzen. Es ist Aufgabe der Urheberrechtswissenschaft, eine entsprechende normative Theorie auszuarbeiten⁹⁸².

In der Zusammenschau stellt sich die Frage, ob die ökonomietheoretischen Ansätze insbesondere aufgrund ihrer nicht zu leugnenden Operationalisierungsprobleme unbrauchbar sind. Hier gilt es zu differenzieren: Wenn man die (überzogene) Erwartung hat, die ökonomische Analyse des Urheberrechts könne gewissermaßen als Heilsbringer in sämtlichen Einzelfragen den Weg zur optimalen Ausgestaltung des Urheberrechts weisen, dann wird man die diskutierten ökonomietheoretischen Erklärungsansätze wohl als unbrauchbar verwerfen müssen. Ein solcher Vorwurf der Unbrauchbarkeit käme aber einer Art »Totschlagargument« gleich, dem letzt-

980 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 170; s.a. Fezer, JZ 1988, 223, 228.

981 Siehe jedoch etwa die Bemühungen von Hansmann/Santilli, 26 Journal of Legal Studies 95, 103 ff. (1997), die die Gewährung von Urheberpersönlichkeitsrechten ökonomietheoretisch rechtfertigen wollen, dazu oben unter Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (3).

982 Siehe dazu nachfolgend die Ausführungen unter Kap. 4 C. II-IV.

lich auch kein individualistisches Erklärungsmodell Stand halten könnte. Eine umfassend alle aufgeworfenen Fragen berücksichtigende und zugleich detailliert beantwortende, also quasi universalistische Urheberrechtstheorie gibt es nicht und kann es realistischweise nicht geben⁹⁸³. Letztlich ist das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit aber ohnehin weniger auf das *Wie* als vielmehr auf das *Warum* urheberrechtlicher Regulierung gerichtet, und insoweit lassen sich die normzweckrelevanten Erkenntnisse der verschiedenen ökonomietheoretischen Ansätze durchaus fruchtbar machen. Als besonders aufschlussreich haben sich die Transaktionskostenökonomik und die Informationsökonomik erwiesen.

Indem die Transaktionskostenökonomik das Problem der Transaktionskosten zum Ausgangspunkt ihrer Betrachtung nimmt, gelingt es ihr, die neoklassische Property Rights-Theorie entscheidend um eine folgenorientierte Dimension zu verfeinern. Zweck urheberrechtlicher Regulierung ist danach die Transaktionskostenminimierung, um die durch das Bestehen von Transaktionskosten ausgelöste Ineffizienz bei der Verbreitung und Nutzung von rechtlich (oder auch technisch) geschützten Geisteswerken zu überwinden. Das Urheberrecht soll aus Sicht der Transaktionskostenökonomik somit im Gegensatz zum hier verworfenen neoklassischen Ansatz Markttransaktionen nicht nur ermöglichen, sondern bei Bestehen prohibitiv hoher – also zu einem Marktversagen führender – Transaktionskosten auch durch gezielte Intervention in den Marktmechanismus erleichtern⁹⁸⁴.

Auf diese Weise kann die Transaktionskostenökonomik überzeugend erklären, dass transaktionskostensenkende urheberrechtliche Regulierung für den einzelnen Rechteinhaber und Nutzer sowie für die Effizienz eines Wirtschaftssystems allgemein vorteilhaft sein kann. Für den Nutzer können vor allem mit dem Transaktionskostenargument gerechtfertigte Liability Rules von Vorteil sein, denn durch den Verzicht auf das mit einer Property Rule verbundene Zustimmungserfordernis erleichtern Liability Rules namentlich auch kreativ-schöpferische Nutzungen bestehender Werke. Dieser Vorzug ist einer der wesentlichen Argumente für die Überlegenheit der Transaktionskostenökonomik gegenüber der Property Rights-Theorie in ihrer neoklassischen Ausprägung. Diese konnte nicht zuletzt wegen des von ihr befürworteten Maximalschutzes in Gestalt möglichst »unverdünnter« Ausschließlichkeitsrechte nicht überzeugen. Die kritische Würdigung des von ihr propagierten Verbotsrechtsdenkens hat vielmehr zu der Erkenntnis geführt, dass die Zukunft des Urheberrechts aus den verschiedensten Gründen möglicherweise eher in einem gezielten Ausbau von Vergütungsansprüchen (Liability Rules), denn in einem Beharren auf Verbotsrechten (Property Rules) zu

983 Patry, Patry on Copyright, Chapter 1, I § 1:1: »Indeed, the assertion that a single theory can encompass more than an isolated piece of copyright legislation (if that) is unsustainable; an all encompassing theory misdescribes copyright law as static, when in truth it is dynamic, fluid, and contradictory.«.

984 Der neoklassische Property Rights-Ansatz wurde dabei auch deshalb verworfen, weil der Marktmechanismus bei der Internalisierung positiver externer Effekte versagt, siehe dazu und zu weiteren theorieimmanenten Unzulänglichkeiten dieses Ansatzes Kap. 4 C. 3. b) aa).

suchen ist⁹⁸⁵. Für einen verstärkten Ausbau von Liability Rules spricht insbesondere, dass zustimmungsfreie, aber kompensationspflichtige Werknutzungen der Kreativitätsförderung – unter Umständen nicht nur aus Transaktionskostengründen, sondern auch aus »kreativitätspsychologischen« Gründen – in vielen Bereichen kreativen Schaffens eher zuträglich zu sein scheinen, als ein Festklammern am überkommenen Verbotsrechtsparadigma. Ein Paradigmenwechsel, der Vergütungsansprüche zur Regel werden lässt und Verbotsrechte zur rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme transformiert, erscheint daher prinzipiell vielversprechend⁹⁸⁶. Die Wahrscheinlichkeit, dass es zu einem solch radikalen Paradigmenwechsel kommt, ist indes gering. Auch wenn zuletzt etwas Bewegung in die rechtspolitische Diskussion gekommen ist⁹⁸⁷, wird sich das auch international-rechtlich festgezurzte, urheberzentrierte Verbotsrechtsparadigma⁹⁸⁸ voraussichtlich schlicht deshalb mit großer Hartnäckigkeit halten, weil der Verbotsrechtscharakter traditionell als die Essenz des Urheberrechts verstanden wurde⁹⁸⁹. Einstweilen ist daher wohl davon auszugehen, dass vorerst die Bemühungen überwiegen werden, das Verbotsrechtsparadigma etwa durch den Einsatz von technischen Schutzmechanismen (TPM) und von DRM-Systemen aufrechtzuerhalten⁹⁹⁰. Solange dem aber so ist, ist es von besonderer Relevanz, dass sich auf der Basis der Informationsökonomik unter bestimmten Voraussetzungen nutzerschützende Vorschriften rechtfertigen lassen, um ggf. auf überbordende technische, aber auch vertragliche Nutzungsrestriktionen zu reagieren.

985 Näher dazu unter Kap. 4 C. 4. b) aa) (2).

986 Ähnlich *Huuskonen*, Copyright, Mass Use and Exclusivity, S. 245 f., 250.

987 Siehe die diversen, in dieser Arbeit erörterten Signale, die eine ungeahnte Blüte der Liability Rule möglich erscheinen lassen, etwa die von *Jobs*, Thoughts on Music, Anfang Februar 2007 zusätzlich angefaltete Diskussion über die Sinnhaftigkeit von DRM, oder die inzwischen auch in Deutschland angekommene Kontroverse über eine Content-Flatrate, dazu etwa *Peukert*, 28 Hastings Comm. & Ent. L. J. 1, 19 ff. (2005) und *Runge*, GRUR Int. 2007, 130 ff. Ebenfalls einzuordnen in diese zu beobachtende Tendenz zur Loslösung vom Verbotsrechtsdenken ist die an die BGH-Entscheidung »Elektronischer Pressespiegel« (BGHZ 151, 300, 312; GRUR 2002, 963, 966) anknüpfende Argumentation von *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 331. *Hilty* legt überzeugend dar, dass ein verwertungsgesellschaftspflichtiger Vergütungsanspruch, an dessen Ausschüttung durch die Verwertungsgesellschaft der Urheber zwingend partizipiert, unter bestimmten Voraussetzungen eher im Interesse des Urhebers liegt als ein Verbot. Näher zu *Hilts* Auseinandersetzung mit der Frage Verbot versus Vergütungsanspruch oben unter Kap. 4 C. 4. b) aa) (2).

988 S. *Hilty*, Verbot versus Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 339 ff., zur Frage, inwieweit die in gewissen Konstellationen plausibel erscheinende Transformation von derzeit bestehenden Verboten zu bloßen Vergütungsansprüchen mit Blick auf das Grundgesetz sowie europäisches und internationales Recht überhaupt rechtmäßig wäre.

989 *Huuskonen*, Copyright, Mass Use and Exclusivity, S. 10, der ab S. 111 ff. aber auch die zahlreichen, bereits existierenden Durchbrechungen des Verbotsrechtsparadigmas nachzeichnet.

990 Diese Annahme wurde in Kap. 4 C. I. 5. e) aa) näher begründet.

Wie die Untersuchung gezeigt hat, birgt die Informationsökonomik insoweit ein enormes Rechtfertigungspotential. Ähnlich wie mittels der Informationsökonomik seinerzeit das Verbraucherschutzrecht begründet worden ist⁹⁹¹, lässt sie sich heute für die Etablierung einer urheberrechtlichen Nutzerschutzdoktrin fruchtbar machen⁹⁹². Ausgangspunkt dieses Erklärungsansatzes ist die im Allgemeinen festzustellende Informationsasymmetrie zwischen Verwertern und Nutzern. Entgegen einer weit verbreiteten Annahme, wonach das Problem ausufern der vertraglicher bzw. technischer Nutzungsrestriktionen durch den Konditionenwettbewerb gelöst werde, ist gerade dieser Konditionenwettbewerb aufgrund von Informationsasymmetrien und des Bestehens von Lock-In- und Netzwerkeffekten in Gefahr⁹⁹³. Denn wenn Nutzer aufgrund hoher Informationskosten keinen Qualitätsvergleich zwischen verschiedenen technischen wie vertraglichen Nutzungsrestriktionen vornehmen und sie zudem ggf. aufgrund hoher »switching costs« an eine bestimmte DRM-Systemumgebung gebunden sind, dann leidet darunter der Konditionenwettbewerb. Der Wettbewerb wird die Verwender technischer und/oder vertraglicher Nutzungsrestriktionen dann nicht zu liberaleren Nutzungsbedingungen zwingen, die Qualität der angebotenen »Ware«, d.h. die Verwendbarkeit des Werkträgers und der erlaubte Nutzungsumfang hinsichtlich des Werks, verschlechtert sich für den Nutzer (Fall der »adverse selection«). Wie in Kap. 4 C. I. 5. e) aa) näher ausgeführt, wird dieses auf Informationsasymmetrie beruhende Marktversagen dabei auch nur begrenzt durch Wiederholungskäufe überwunden. Zwar sind gewiss nicht wenige Nutzer in der Lage, aufgrund von Wiederholungskäufen oder anderweitig erlangter Informationen besser informierte Erwerbsentscheidungen zu treffen, dies gilt aber längst nicht für alle von den Nutzungsrestriktionen Betroffenen. Ein Mehr an potentiell verfügbaren Informationen ist nicht automatisch gleichzusetzen mit einer besseren Informiertheit aller Marktbeteiligten⁹⁹⁴. Der Einzelne ist hier nicht selten von der erforderlichen Informationsverarbeitung überfordert oder aber der zu erbringende Informationsaufwand steht für ihn außer Verhältnis zu dem sich daraus ergebenden Nutzen. Eine urheberrechtliche Gewährleistung digitaler Nutzerbefugnisse könnte für deutliche reduzierte Informationskosten der Nutzer und ein höheres Maß an Einzelfallgerechtigkeit sorgen; je nach Ausgestaltung könnte eine gesetzliche »Qualitätskontrolle für digitale Nutzungsbedingungen« unter Umständen auch schneller greifen als ein auf Wiederholungskäufen basierendes Kontrollsystem der schleichenden Konsumverweigerung. Um das nicht unwahrscheinliche Marktversagen zu korrigieren, erscheint daher aus informationsökonomischer Sicht die Etablierung von nutzerschützenden Informationspflichten sowie eine spezialgesetzliche (sprich: urheberrechtliche) Regulierung der vertraglichen wie techni-

991 Drexler, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 193 m.w.N.; Van den Bergh/Lehmann, GRUR Int. 1992, 588, 589.

992 Eingehend dazu unter Kap. 4 C. I. 5. d) – e).

993 Dies wird unter Kap. 4 C. I. 5. e) aa) ausführlich begründet.

994 Der geringe Informationsgrad vieler Nutzer konnte oben durch die Auswertung empirischer Studien bestätigt werden, s. Kap. 4 C. I. 5. e) aa).

schen Nutzungsrestriktionen vorteilhaft⁹⁹⁵. Ohne staatliche Intervention könnten die Rechteinhaber auch weiterhin nahezu nach Belieben die vertraglichen und technischen Nutzungsbedingungen diktieren⁹⁹⁶. 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 zugrunde⁹⁹⁷. 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.

I. Inhalt und normzweckrelevantes Programm

Nach *Fisher* ist es die Aufgabe von «property rights» (...) to promote a just and attractive culture⁹⁹⁸. 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 Korrektive (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« bezeichnet⁹⁹⁹, möchte er über den Utilitarismus und sein Streben nach dem größten Glück der größten Zahl hinausgehen¹⁰⁰⁰. 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«¹⁰⁰¹. Diese Schlagworte bedürfen der Erläuterung: Mit »Cornucopia of Information and Ideas« meint *Fisher* einen Zustand des Informations- und Ideenreichtums, ja -überflusses¹⁰⁰². 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 sei¹⁰⁰³. 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 sollte¹⁰⁰⁴. 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.«¹⁰⁰⁵. 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-tun¹⁰⁰⁶. 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 könnte¹⁰⁰⁷. 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 Konsensauglichkeit 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 überlassen¹⁰⁰⁸. 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 können¹⁰⁰⁹. 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«¹⁰¹⁰. 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 konfligieren 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 Rechtfertigungsstränge¹⁰¹¹: »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.«¹⁰¹². 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 wird¹⁰¹³.

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 vermöchten¹⁰¹⁴. 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 hat¹⁰¹⁵. 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 Netanels

Eine eigenständige und zumindest in der deutschen Lehre bislang wenig rezipierte¹⁰¹⁶ 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 Zivilgesellschaft¹⁰¹⁷: 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

heit¹⁰¹⁸. Das Ziel einer demokratisch organisierten Gesellschaftsform verleihe dem Urheberrecht damit seine Legitimität.

*Netanel*s Bemühungen für eine demokratie-basierte Rechtfertigung des Urheberrechts sind dabei zu verstehen als eine Gegenreaktion auf die in seinen Augen überstürzte urheberrechtliche Schutzexpansion der vergangenen Jahre. Das von ihm verfolgte »democratic paradigm« ist daher erklärtermaßen der Versuch, der seiner Ansicht nach dominierenden, von ihm als »neoklassisch« bezeichneten effizienzorientierten Property Rights-Theorie etwas entgegenzusetzen¹⁰¹⁹. Er möchte den Kritikern der Schutzexpansion ein kohärentes und überzeugendes Gegenkonzept an die Hand geben¹⁰²⁰. Den Vertretern des neoklassischen Property Rights-Ansatzes sei es nämlich nur deshalb gelungen, das Urheberrecht auf einen Mechanismus zur Erreichung von Allokationseffizienz zu reduzieren (und zwar unter Außerachtlassung von »fundamental, nonmonetizable interests in expressive diversity and informed citizenship«), weil es bislang an einer systematischen Durchdringung der demokratiefördernden Funktionen des Urheberrechts gefehlt habe¹⁰²¹. Dem möchte *Netanel* abhelfen und führt diesen Wirkungszusammenhang daher einer näheren Analyse zu. Zu diesem Zweck unterscheidet *Netanel* zwei demokratiefördernde Funktionen, die »Produktionsfunktion« und die

etwa in der Entscheidung *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 558 (1985) daran: »it should not be forgotten that the Framers intended copyright itself to be the *engine of free expression*.« (Hervorhebung durch den Verf.); dass die Verknüpfung des Urheberrechts mit der Förderung von Meinungsfreiheit und Demokratie nicht gänzlich neu ist, räumt *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288 (1996), selber ein. Sein Verdienst ist es aber, wie auch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 271, zu Recht feststellt, diese »demokratie-basierte Rechtfertigung« (*Stallberg*) in systematischer Form in einer Reihe von Beiträgen ausgearbeitet und zumindest in der US-amerikanischen Literatur einer breiten Rezeption zugeführt zu haben, s. beispielsweise *Balkin*, 79 N.Y.U. L. Rev. 1, 33, Fn. 56 (2004); *Fisher*, Theories of Intellectual Property, in: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 172; *Tushnet*, 114 Yale L. J. 535, 538 ff. (2004) oder *Yoo*, 53 Vand. L. Rev. 1933, 1953 ff. (2000).

1018 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288 und 341 ff. (1996). *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 271, fasst diese Kernaussage des demokratie-basierten Rechtfertigungsansatz dahingehend zusammen, dass aus der Sicht dieses Ansatzes »das Urheberrecht die kommunikativen Grundlagen schaffe, auf die ein demokratisch regiertes Gemeinwesen angewiesen sei.« – Die Anknüpfung an die Meinungsfreiheit und Pressefreiheit ist auch am ehesten der Aufhänger, unter dem in Europa eine vergleichbare Diskussion über die verfassungs- und menschenrechtlichen Implikationen des Urheberrechts geführt wird, siehe statt vieler hierzu etwa *Geiger*, Droit d’auteur et droit du public à l’information; *Geiger*, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 143 ff. und *Geiger*, IIC 2006, 371, 382 ff.

1019 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288 f. (1996): »neoclassicism cannot serve as the basis for copyright doctrine because copyright’s primary goal is not allocative efficiency, but the support of a democratic culture«.

1020 *S. Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 289 (1996).

1021 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 289 (1996).

»Strukturfunktion«¹⁰²², denen er später noch eine weitere hinzugefügt hat, die sich im Einklang mit den beiden anderen Funktionstitulierungen und im Anschluss an *Stallberg* am besten als »Symbolfunktion« bezeichnen lässt¹⁰²³.

Bevor *Netanel* die einzelnen Funktionen näher erläutert, legt er zunächst das von ihm normativ zugrundegelegte Demokratieverständnis offen¹⁰²⁴. Dieses ist geprägt vom Konzept einer lebendigen, partizipativen und pluralistischen Zivilgesellschaft¹⁰²⁵, die stattfindet in freiwilligen, nichtstaatlichen Vereinigungen. In diesem öffentlichen staatsfreien Raum vermöchten die Bürger ihre politischen, ästhetischen und sozialen Ziel- und Wertvorstellungen zu entwickeln und zu diskutieren, um ihn auf diese Weise zur Quelle politisch wirksam werdender Kommunikationsströme, sprich: des öffentlichen Diskurses zu machen¹⁰²⁶. Eine partizipative und pluralistische Zivilgesellschaft sei deshalb Grundvoraussetzung eines demokratischen Gemeinwesens, weil in ihrem Bereich geistige Unabhängigkeit, Befähigung zur Kritik, Selbstbestimmung, soziales Verantwortungsgefühl, die Kunst der Argumentation und politisches Bewusstsein informierter und »mündiger Bürger« gedeihen könnten¹⁰²⁷. *Netanel* betont dabei, dass die demokratische Zivilgesellschaft nicht gänzlich unabhängig von der Regierung sei. Staatliche Intervention könne erforderlich werden, um Machtungleichgewichte oder Marktmacht zu korrigieren oder um mittels erzieherischer Maßnahmen die Voraussetzungen zu schaffen, damit der Wähler sich als mündiger, geistig unabhängiger Bürger informiert einbringen könne¹⁰²⁸.

Auf der Grundlage dieses Demokratieverständnisses versteht *Netanel* das Urheberrecht sodann als ein Mittel, mit dem der Staat mit Bedacht und gezielt den Marktmechanismus zur Förderung einer demokratischen Zivilgesellschaft ein-

1022 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288 (1996): »(...) copyright serves two democracy-enhancing functions. The first is a *production function*. Copyright provides an incentive for creative expression on a wide array of political, social, and aesthetic issues, thus bolstering the discursive foundations for democratic culture and civic association. The second function is *structural*. Copyright supports a sector of creative and communicative activity that is relatively free from reliance on state subsidy, elite patronage, and cultural hierarchy.« (Hervorhebung durch den Verf.).

1023 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 272 ff. (1998); *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 279.

1024 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 341 ff. (1996).

1025 Später hat *Netanel*, 53 Vand. L. Rev. 1879, 1881, 1885 (2000), derweil stärker das »Free Speech Principle« und das »Free Press Principle« zur Illustration seines Demokratieverständnisses herangezogen, kritisch dazu *Yoo*, 53 Vand. L. Rev. 1933, 1953 ff. (2000).

1026 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 342 f. (1996); *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 272 ff., der sich intensiv – und mit dem Vorschlag für ein konsensfähiges »Minimalkonzept der Demokratie« über *Netanel* hinausgehend – mit dem Demokratiekonzept beschäftigt, kommentiert dieses Demokratieverständnis unter Anlehnung an *von Hayek* zustimmend wie folgt (S. 278 u. 293): »Dies ist einleuchtend: Wenn in einer Demokratie die Regierung durch die Meinung der *Bürger* angeleitet werden soll, setzt dies sinnvollerweise voraus, dass diese Meinung *regierungsunabhängig* entstehen kann.« (Hervorhebung im Original).

1027 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 342 ff. (1996).

1028 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 344 ff. (1996).

setzt¹⁰²⁹. Dies gelinge ihm auf eine quantitative und eine qualitative Art und Weise¹⁰³⁰. So sei das Urheberrecht sowohl die notwendige (aber nicht unbedingt hinreichende) Bedingung für die Schaffung und Verbreitung von Geisteswerken (*Produktionsfunktion*, dazu unter (a)) als auch zugleich für die Unabhängigkeit und den pluralistischen Charakter des Schaffens- und Verbreitungsprozesses (*Strukturfunktion*, dazu unter (b))¹⁰³¹.

a) *Produktionsfunktion*

Die »Produktionsfunktion« könne das Urheberrecht erfüllen, weil es kreatives Schaffen und dessen Verbreitung stimulierte.¹⁰³² *Netanel* hält also prinzipiell am aus dem ökonomietheoretischen Kontext bereits vertrauten Anreizparadigma fest¹⁰³³. Er betont dabei aber den Anreiz zur Verbreitung von Geisteswerken stärker als den Produktionsanreiz, stellt also die über das Urheberrecht erfolgende Förderung der *öffentlichen Kommunikation* stärker in den Vordergrund¹⁰³⁴.

Aus Sicht von *Netanel* seien die dergestalt generierten Kommunikationsströme nun in dreifacher Hinsicht von essentieller Bedeutung für eine demokratische Zivilgesellschaft. So lieferten nämlich Geisteswerke zu politischen, sozialen, kulturellen oder ästhetischen Fragen erstens zivilgesellschaftlichen Vereinigungen und Gruppierungen ihre Existenzgrundlage. Diese seien für ihre Entstehung, ihre Selbstvergewisserung und ihr Tätigwerden – zumal dort, wo der Dialog von Angesicht zu Angesicht nicht möglich sei – notwendigerweise auf den werkvermittelten Austausch von Informationen und Ideen angewiesen: »The millions of fixed works of authorship that are regularly broadcast, distributed, and transmit-

1029 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 347 (1996).

1030 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 339 (1996).

1031 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288 f., 347 ff. (1996).

1032 Zur Produktionsfunktion *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 347 ff. (1996).

1033 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 347 f (1996), s.a. S. 293: Without copyright, creative expression would likely be both underproduced and, no less importantly, underdisseminated.«; ausführlicher und bereits mit kritischen Untertönen *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 248 ff. (1998), dort im Ergebnis aber davor zurückschreckend, das Anreizparadigma über Bord zu werfen (S. 250: «while suggested possibilities for doing without copyright certainly merit empirical study, an across-the-board jettisoning of copyright and its incentive rationale hardly seems warranted at present.«). Zuletzt hat *Netanel*, 54 Stan. L. Rev. 1, 28 f. (2001) sich nichtsdestotrotz teilweise – mit Blick auf die durch Digitalisierung und Internet ausgelösten Konsequenzen für die Schaffung und Verbreitung von Werken – vom Anreizparadigma distanziert. Diese Relativierung seiner Position wird noch zu vertiefen sein.

1034 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 279, hat vollkommen zu Recht angemerkt, dass es eigentlich zu kurz greift, wenn *Netanel* diese beiden Aspekte, die Produktion von Geisteswerken und deren Zirkulierung, lediglich als *Produktionsfunktion* bezeichnet. Richtigerweise wäre von der Produktions- und Verbreitungsfunktion zu sprechen.

ted every day across (...) communicative systems are the lifeblood of civic association.«¹⁰³⁵.

Zweitens mehr die Produktion und die Verbreitung von Geisteswerken die Bildung und den Wissensstand der Bürger. Diese seien auf den Zugriff auf die Informationen, das Wissen und die Ziele anderer angewiesen, damit sie als Bürger ihre Interessen artikulieren, sich in zivilgesellschaftlichen Gruppierungen engagieren und am öffentlichen Diskurs abwägend beteiligen könnten¹⁰³⁶. Das Urheberrecht könne dieses Bedürfnis befriedigen, indem es Urhebern und Verwertern einen Anreiz setze, entsprechende Informationen zu produzieren und zu verbreiten. *Netanel* weist aber auch darauf hin, dass ein zu starker Schutz auch den gegenteiligen Effekt haben könne, dass das Urheberrecht dann also den Zugang zu Informationen unterbinde, Bearbeitungen übermäßig erschwere und dadurch die Bildung der Bürger behindere¹⁰³⁷.

Die öffentliche Kommunikation befördernde Produktions- und Verbreitungsfunktion des Urheberrechts sei drittens für die demokratische Zivilgesellschaft auch deshalb von großer Relevanz, weil sie die Voraussetzung für Kritik, Urteilsbildung und Diskussion sei. *Stallberg* hat die »Produktionsfunktion« des Urheberrechts, deren Bedeutung für die demokratische Zivilgesellschaft *Netanel* anhand der drei vorstehend erläuterten Gesichtspunkte zu illustrieren sucht, treffend dahingehend zusammengefasst, dass sie darauf hinauslaufe »zunächst Kommunikation zu produzieren, zweitens dadurch das Wissen (...) zu vermehren und drittens das kritische Potential der Zivilgesellschaft zu entfachen.«¹⁰³⁸.

Zu ergänzen bleibt ein für den Stellenwert des von *Netanel* verfolgten Ansatzes überaus wichtiger Gesichtspunkt. So möchte *Netanel* die konstitutive Rolle des Urheberrechts für eine demokratische Zivilgesellschaft nicht allein in den Fällen annehmen, in denen sich urheberrechtlich geschützte Geisteswerke auf sachliche und allgemein verständliche Art und Weise mit Themen von politischer oder gesellschaftlicher Relevanz beschäftigen. Er argumentiert, viele Werke hätten auch in Ermangelung einer expliziten politischen Botschaft¹⁰³⁹ erhebliche politische und gesellschaftliche Implikationen. Literatur und Kunst etwa nähmen auf kraftvolle Art und Weise Einfluss auf die Wahrnehmungen, Einstellungen und Denkmodi der Mitglieder einer Gesellschaft. Dies sei auch der Grund dafür, warum totalitäre Regime bestimmte, auf den ersten Blick harmlos erscheinende Kunststile oder Musikrichtungen verböten. Damit stellt er die Behauptung auf, dass jede Form kreativ-künstlerischen Ausdrucks – also auch Werke der Populär-

1035 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 348 (1996), der in diesem Zusammenhang *Tocqueville*, *Democracy in America*, Bd. 2, S. 112 mit der (zu seiner Zeit und ihrer geringeren Medienvielfalt gewiss noch zutreffenden) Bemerkung zitiert: »hardly any democratic association can do without newspapers«.

1036 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 348 f. (1996).

1037 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 349 (1996).

1038 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 280.

1039 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 350 (1996), spricht zwar wörtlich von »ideological message«, gemeint sein dürfte in diesem Zusammenhang aber wohl – wie auch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 285, zu Recht vermutet – »political message«.

kultur¹⁰⁴⁰ oder gänzlich abstrakte Kunst, die nur um ihrer selbst willen geschaffen wird (sog. »l'art pour l'art«) – unabhängig von einem unmittelbaren politischen Aussagegehalt für eine demokratische Zivilgesellschaft gleichermaßen von Bedeutung sei. Auf diese nicht unproblematische Annahme wird im Rahmen der kritischen Würdigung noch einzugehen sein. Zunächst aber verdient die zweite von *Netanel* behauptete Aufgabe des Urheberrechts unsere Aufmerksamkeit: die Strukturfunktion.

b) *Strukturfunktion*

Mit der Strukturfunktion ergänzt *Netanel* die Produktionsfunktion um eine qualitative Dimension und hebt seinen Ansatz damit endgültig vom rein effizienzorientierten Anreizparadigma ökonomietheoretischer Prägung ab. Danach fördere das Urheberrecht den demokratischen Charakter des öffentlichen Diskurses¹⁰⁴¹. Dies werde auf zweierlei Art und Weise erreicht: zum einen durch eine relativ herrschaftsfreie, marktbasierende Anreizstruktur, die Autonomie, Pluralismus und Vielfalt begünstige; zum anderen dadurch, dass der Kontrolle über Geisteswerke in der Hand Privater staatliche Grenzen gesetzt würden, um damit denjenigen genügend Freiraum zu geben, die bestehende Werke nutzen wollen, um sie zu bearbeiten oder um damit zu unterrichten oder zu lehren¹⁰⁴².

Eine herrschaftsfreie Sphäre für die Schaffung und Verbreitung von Geisteswerken werde dabei im Einzelnen geschaffen durch Zuweisung urheberrechtlicher Verwertungsrechte an den Urheber und die damit verbundenen, *marktbasierenden* Einkunstmöglichkeiten für Urheber und Verwerter. Durch diese marktbasierende Lösung werde ein beachtliches Maß an Unabhängigkeit von staatlicher oder privater Subventionierung und damit Einflussnahme erzielt. In Abwesenheit urheberrechtlicher Regulierung entstünde für viele Kreative nämlich umgekehrt eine Situation der finanziellen Abhängigkeit von staatlichen Fördergeldern oder den Mitteln privater Mäzene, was zu Lasten von Autonomie, Pluralismus und kul-

1040 Zur Populärkultur *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 350 (1996): »It is part entertainment, but as it entertains, it often reveals contested issues and deep fissures within our society, just as it may reinforce widely held beliefs and values. To be understood by their audiences, films, songs, and television programs must deal in the currency of prevailing practices, ideologies, and stereotypes, and in so doing must either reinforce or challenge them. Even seemingly innocuous cartoon characters, like Bart Simpson and Mickey Mouse, may be used to subvert (or reinforce) prevailing cultural values and assumptions--and with greater social impact than the most carefully considered Habermasian dialogue. The words, images, and sounds of commercial entertainment have a profound influence on our social mores and collective sense of reality. As such, the realm of popular culture serves, to a considerable extent, as both a resource and a playing field for the exercise of democratic culture and civic association.«.

1041 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 352 ff. (1996).

1042 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288, 352 ff. (1996).

tureller Vielfalt ginge und damit der Qualität des öffentlichen Diskurses in einer demokratischen Zivilgesellschaft abträglich sei¹⁰⁴³.

Netanel ist sich dabei bewusst, dass die urheberrechtlichen Verwertungsrechte *allein* Pluralismus und Vielfalt nicht zu garantieren vermögen. Auch eine markt-basierte Lösung könne nicht verhindern, dass es zu einer auf Marktmacht und Medienkonzentration gestützten, hierarchisch organisierten Struktur des öffentlichen Diskurses komme. Er räumt daher ein: »the democratic character of public discourse may well depend upon some measure of state subsidy and regulation to disseminate information and give a voice to persons and views that might otherwise receive insufficient attention in an unregulated media market.«¹⁰⁴⁴.

Als zusätzliches und weitaus bedeutenderes Korrektiv zur Aufrechterhaltung von Pluralismus und Vielfalt aber beschreibt *Netanel* die notwendige Beschränkung der privaten Kontrolle von Geisteswerken. Die *Beschränkung des Urheberrechts* versteht *Netanel* daher als grundlegenden und *integralen* Bestandteil der urheberrechtlichen Strukturfunktion¹⁰⁴⁵. So habe die urheberrechtliche Schutzexpansion zu einer noch nie dagewesenen Kontrolle über die Verwendung bestehender Werke geführt. Vielfach seien potentielle Urheber nicht in der Lage oder nicht willens, die Lizenzgebühren zu entrichten, die die Rechteinhaber von ihnen für kreativ-schöpferische bzw. bearbeitende Nutzungen (»transformative uses«) verlangten. Die ausgedehnten Kontrollmöglichkeiten in der Hand der Urheber- bzw.

1043 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 358 (1996): «Without legal protection against ruinous copying, authors and publishers would be unduly dependent on state or private beneficence, with its attendant vitiation of critical autonomy and expressive diversity.«. *Netanel* belegt seine These mit Beispielen aus der Geschichte (S. 353 ff.): «Prior to the first modern copyright statutes in the eighteenth century, writers and artists were heavily dependent on royal, feudal, and church patronage for their livelihoods. This dependency undermined expressive autonomy and thwarted the development of a vital, freethinking intelligentsia. (...) The patronage system also served to embed public discourse firmly within the hierarchical order of medieval and early modern Europe. During the Middle Ages, literature and art were commonly commissioned and controlled for purposes of public mystification. They were designed to impress upon their audience the dominant status of the patron, whether it be king, noble, or church. Later, within the framework of late Renaissance neoclassicism, the patronage system fostered a view of the arts as a «gentleman's calling,« tailored to aristocratic tastes and far removed from common social experience and creative sensibility.«. *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288, 360 (1996), weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass auch heute ein rein privatwirtschaftliches Mäzenatentum in Abwesenheit des Urheberrechts zu ähnlich problematischen Konsequenzen führen würde: »Like their aristocratic and ecclesiastic antecedents, corporate patrons are notorious for supporting expression that furthers their own objectives at the expense of artistic autonomy and diversity. As numerous studies have concluded, corporations regularly eschew avant-garde or controversial expression, tending rather to support cultural production that reflects mainstream interests and tastes, as befits a vehicle of public relations.«.

1044 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288, 359 (1996), der im Ergebnis aber gleichwohl daran festhalten möchte, dass wie schädlich die Konsequenzen des Marktmodells auch sein mögen, diese stets das kleinere Übel darstellten im Vergleich zu den Auswirkungen, die ein rein staatliches Anreiz- und Belohnungssystem hervorrufen würden.

1045 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 362 f. (1996).

v.a. der Rechteinhaber (seine Kritik zielt primär auf die großen Medienkonzerne) hätten daher das Problem der marktbasierten Hierarchie des öffentlichen Diskurses verschärft. Da potentielle Urheber darauf angewiesen seien, für ihr Schaffen auf bestehende Bilder, Sounds und Texte zurückgreifen zu können, untergrabe die Kontrolle der Medienkonzerne über diese die Demokratisierung des öffentlichen Diskurses. Daher müsse ein dem »democratic paradigm« Rechnung tragendes Urheberrecht insbesondere die Kontrolle der Rechteinhaber über die Zulässigkeit von Bearbeitungen begrenzen, um auf diese Weise zumindest in einem gewissen Umfang den Einfluss der Medienkonzerne auf den öffentlichen Diskurs zu reduzieren. Durch eine Beschränkung des Bearbeitungsrechts der Rechteinhaber gewönnten nachfolgende Urheber einen größeren Spielraum, um beispielsweise im Wege der Parodie »mainstream assumptions« herauszufordern oder um durch subversive Reformulierungen bestehender Werke zur Steigerung der kulturellen Vielfalt beizutragen. Eine entsprechende urheberrechtliche Regulierung könne und müsse daher dazu beitragen, um autonome und vielfältige Beiträge zum öffentlichen Diskurs zu ermöglichen¹⁰⁴⁶.

Schlussendlich betont *Netanel*, dass im Rahmen eines demokratietheoretischen Erklärungsmodells wie dem seinen die *public domain* von ebenso zentraler Bedeutung sei wie der urheberrechtliche Schutz geistiger Werke selbst. Allgemein sind der Urheberschutz und dessen Beschränkungen für ihn gleichwertig, da sich nach seinem Verständnis sowohl in der Schutzgewährung, als auch in den Schutzgrenzen (also beispielsweise den Schranken oder der begrenzten Schutzdauer) letztlich nur »copyright's democracy-enhancing principles« manifestieren¹⁰⁴⁷. Beides dient daher im Rahmen einer demokratiebasierten Rechtfertigung der quantitativen und qualitativen Förderung des für eine Demokratie unerlässlichen öffentlichen Diskurses. Diese Konsequenz des demokratietheoretischen Erklärungsansatzes ist von allerhöchster Relevanz für die in dieser Arbeit verfolgte Rechtfertigung eines gleichberechtigt neben dem Urheberschutz stehenden originären Nutzerschutzes. Denn wenn auf Grundlage eines demokratietheoretischen Erklärungsansatzes beide Schutzrichtungen interpretiert werden können als Ausfluss desselben Rechtfertigungsgedankens, dann ergibt sich daraus auch zwanglos die Begründung für ein Modell, in dem der Urheber- und der Nutzerschutz gleichberechtigt auf die gleiche Stufe gestellt werden.

c) *Symbolfunktion*

In einem späteren Beitrag hat *Netanel* der Produktions- und Strukturfunktion noch eine weitere Funktion hinzugefügt. So führe das Urheberrecht auch insofern zu einer Konsolidierung und Stärkung der demokratischen Zivilgesellschaft, als

1046 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 364 (1996).

1047 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 363 (1996).

dass es auf symbolische Weise dem Wert individueller Ausdrucksformen huldigt¹⁰⁴⁸. Es belohne den Urheber (und nicht etwa die Kulturindustrie) für seine individuelle Kreativität und seinen persönlichen Beitrag zum öffentlichen Diskurs. Aufgrund der normativen Kraft des Rechts würden dadurch gesellschaftliche Wertvorstellungen geprägt, konkret also der Wert des Individuums bekräftigt und die Erwünschtheit von individuellen Beiträgen zum öffentlichen Diskurs unterstrichen. Auf diese Weise würden im Gegenzug die Neigung zu unkritischem Gehorsam gegenüber politischen oder kulturellen Autoritäten untergraben und die persönliche Freiheit zu Lasten autoritärer Herrschaftsformen gestärkt¹⁰⁴⁹.

Ob es tatsächlich zu diesen von *Netanel* erhofften Wirkungen kommt und das Urheberrecht eine entsprechende normative Kraft entfaltet, hängt – wie *Netanel* selber einräumt¹⁰⁵⁰ – natürlich nicht zuletzt davon ab, ob das Urheberrecht tatsächlich dem Urheber und seinen individuellen Beiträgen zum öffentlichen Diskurs Respekt erweist oder ob es nicht doch eher der genialischen Schöpferpersönlichkeit und einem selbstbezogenen Individualismus huldigt. Ganz abgesehen davon muss man sich fragen, ob *Netanel* mit der von ihm behaupteten Symbolfunktion des Urheberrechts die normative Kraft des Rechts nicht möglicherweise überstrapaziert. Diese Fragen werden im Rahmen der nachfolgenden kritischen Würdigung näher zu untersuchen sein.

1048 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 272 ff. (1998), spricht von der »symbolic potency« oder der »symbolic force« des Urheberrechts. Im Anschluss an *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 282, soll diese von *Netanel* etwas vage beschriebene Funktion daher im Einklang mit *Netanels* übriger Terminologie als »Symbolfunktion« bezeichnet werden.

1049 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 229, 272 ff. (1998): »To the extent that copyright law does in fact carry a certain symbolic potency and to the extent it effectively affirms the value of individual expression reflected in Enlightenment and republican thought, it may undermine notions of uncritical obedience to political and cultural authority.« (S. 273), s.a. »in recognizing the positive social contribution of an individual's expressive autonomy and achievement, copyright reaffirms the worth of the individual. In so doing, it lends support to a regime of personal liberty, striking at the core of authoritarian government.« (S. 229). Letztere Aussage hat *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 282, zu der kritischen Bemerkung veranlasst, die Symbolfunktion beziehe sich also nicht auf »die Demokratie selbst, sondern nur (auf) ihre inhaltliche Verbindung mit dem Liberalismus.«. *Stallbergs* Kritik liegt dabei die Feststellung zugrunde, »dass die Verbindung von Demokratie und Liberalismus keine notwendige ist« (a.a.O., S. 273, Fn. 782). Nach von *Hayek*, The Constitution of Liberty, S. 103, seien beide Begriffe folgendermaßen zu unterscheiden: »Liberalism is a doctrine about what the law ought to be, democracy a doctrine about the manner of determining what will be the law«. *Stallberg* ist in seiner Kritik darin zuzustimmen, dass *Netanel* insoweit tatsächlich ausnahmsweise die Begründungsebene wechselt und durch Verwendung eines liberalistisch-individualistischen Rechtfertigungsarguments inkonsistenterweise den Boden seines kollektivistischen Erklärungsansatzes verlässt.

1050 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 229, 274 ff. (1998).

2. Kritische Würdigung

Die Kritik am demokratiethoretischen Rechtfertigungsansatz lässt sich unterscheiden in eine theorieimmanente Kritik, die sich insbesondere mit der Fragwürdigkeit von Theorieannahmen beschäftigt, die *Netanel* seinem Erklärungsansatz zugrundegelegt hat (dazu unter a)), und die Kritik, die auf die problematische Operationalisierbarkeit dieses Ansatzes abzielt (dazu unter b)).

a) Kritik an Theorieprämissen

Die Gründe für die konzeptionellen Schwächen des demokratiethoretischen Ansatzes sind in den auch in methodologischer Hinsicht problematischen Antworten zu suchen, die *Netanel* auf die Frage nach der Interaktion von Urheberrecht, Geisteswerken und Demokratie gibt. So muss *Netanel*, um die von ihm behauptete Produktions-, Struktur- und Symbolfunktion des Urheberrechts begründen und mit Leben füllen zu können, mit Mutmaßungen darüber arbeiten, welche Relevanz Geisteswerke für die Demokratie haben und welche Rolle das Urheberrecht für deren Zusammenspiel besitzt¹⁰⁵¹.

Das Kernproblem des demokratiebasierten Rechtfertigungsansatzes von *Netanel* besteht dabei darin, dass mit ihm mehr gerechtfertigt werden soll, als sich mit ihm strenggenommen rechtfertigen lässt. So möchte *Netanel* Geisteswerken urheberrechtlichen Schutz zukommen lassen, weil diese der Förderung des öffentlichen Diskurs dienten und damit einer demokratischen Zivilgesellschaft förderlich seien. Er stellt also Vermutungen darüber an, wie Geisteswerke in eine demokratisch organisierte Gesellschaft nicht nur hineinwirken, sondern sie seiner Ansicht nach sogar konstituieren¹⁰⁵². Dafür muss er darlegen, welche Werke aus welchen Gründen von einer solchen kommunikations- und damit demokratiefördernden Bedeutung sind und welche nicht. Weil er damit aber vor einem unlösbaren Problem steht – nicht alle Geisteswerke sind für eine Demokratie gleichermaßen von Bedeutung, die Übergänge aber zwischen noch und kaum noch relevant sind flie-

1051 Ähnlich bereits *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 290 ff.

1052 Zu den notwendigerweise dabei auftretenden Komplikationen *Yoo*, 53 Vand. L. Rev. 1933, 1960 ff. (2000) und *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 291: »Eine Demokratie-basierte Rechtfertigung muss geistige Werke in hochkomplexe Kommunikationsprozesse einbetten; sie muss die Frage beantworten, welche Art von Kommunikationsleistungen für eine Demokratie erforderlich ist. Das führt notwendigerweise zu undifferenzierten Aussagen, die ihr den Vorwurf der Unbestimmtheit einbringen.«.

Bend¹⁰⁵³ –, entzieht er sich dieser Differenzierung und erklärt pauschal sämtliche Werke für demokratierelevant¹⁰⁵⁴. Während das für diejenigen Geisteswerke noch einleuchten mag, die sich tatsächlich explizit auf sachliche und allgemein verständliche Art und Weise mit Themen von politischer oder gesellschaftlicher Relevanz auseinandersetzen, wird der demokratietheoretische Rechtfertigungsansatz überstrapaziert, wenn er undifferenziert auch für solche Geisteswerke gelten soll, die keinen oder nur einen verschwindend geringen politischen Aussagegehalt aufweisen¹⁰⁵⁵; man denke etwa an gänzlich abstrakte, »verstiegene« Kunst, die nur um ihrer selbst willen geschaffen wird und vom »gemeinen Bürger« nur begrenzt nachvollzogen werden dürfte. Um der Klarheit willen: Es soll hier nicht behauptet werden, Werke der Populärkultur oder der abstrakten Kunst besäßen keinerlei Bedeutung für eine demokratische Zivilgesellschaft. Die von *Netanel* bemühte (und vorstehend referierte) Argumentation hat durchaus etwas für sich. Ihm ist zumindest darin zuzustimmen, dass es vermutlich kein Zufall ist, dass totalitäre Regime versuchen, den Bereich des kreativen Schaffens unter ihre Kontrolle zu bringen bzw. zumindest staatlich zu lenken. Dennoch ändern seine teilweise sehr konstruiert anmutenden und letztlich spekulativen Behauptungen, etwa zur Demokratierelevanz von Comicfiguren wie *Bart Simpson* oder *Mickey Mouse*, nichts daran, dass die Legitimationskraft seines Ansatzes für große Bereiche der Populärkultur, aber ebenso auch für Teile der mitunter ohnehin nur einer kulturellen Elite zugänglichen, gesellschaftlich also nur begrenzt wirksamen »Hochkultur« doch deutlich nachlässt. Es lässt sich schlechterdings nicht leugnen, dass nicht alle Geisteswerke gleichermaßen wichtig sind für eine demokra-

1053 Vergleichbare Probleme kennen wir auch aus dem Verfassungsrecht, wo die Grundrechtsdogmatik vor einem ähnlichen Problem steht bei der Bestimmung des Schutzzumfangs der Meinungs- oder Kunstfreiheit. Weil sich auch dort nicht präzise sagen lässt, welche Meinungsäußerungen bzw. Tatsachenbehauptungen für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung konstitutiv sind bzw. was Kunst ist und was nicht, werden die Meinungs- und Kunstfreiheit ebenfalls sehr weit verstanden, siehe etwa BVerfGE 67, 213, 225 – Anachronistischer Zug.

1054 So auch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 294: »Eine Demokratie-basierte Rechtfertigung (...) muss begründen, welche Inhalte wichtig sind und welche nicht. Darin liegt indes eine unlösbare Schwierigkeit. Einerseits scheint klar, dass nicht jeder kommunikative Gehalt eine derartige Relevanz (für den demokratischen Prozess, Einf. durch den Verfasser) besitzt. Andererseits ist aber ebenso klar, dass dies von vornherein nicht entschieden werden kann.«.

1055 Auch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 294, kritisiert, dass es einen gewichtigen Unterschied machen dürfte, »ob es sich um Werke handelt, die das politische Handeln direkt oder indirekt thematisieren. Dass z.B. künstlerische und populäre Kommunikation wichtig ist, heißt ja noch nicht, dass sie einer politischen Kommunikation ebenbürtig ist.«; ähnlich bereits *Yoo*, 53 Vand. L. Rev. 1933, 1960 (2000).

tische Zivilgesellschaft¹⁰⁵⁶. Entsprechend kann das »democratic paradigm« dann allerdings auch nur den Schutz für bestimmte Werke mit einem mehr oder minder ausgeprägtem politischen Aussagegehalt überzeugend rechtfertigen.

Nicht minder problematisch als *Netanel's* Aussagen zur Bedeutung von Geisteswerken in einer demokratischen Zivilgesellschaft sind seine Annahmen zur Rolle des Urheberrechts. Für die von ihm angenommene *Produktionsfunktion* des Urheberrechts etwa greift *Netanel* auf das letztlich wohl unvermeidliche, aber in seiner Bedeutung vielfach überschätzte Anreizparadigma zurück. Dessen Schwächen wurden bereits oben in Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (3) eingehend problematisiert, auf die dortigen Ausführungen wird hier daher ausdrücklich verwiesen. Problematischer aber noch ist, dass mit der Produktionsfunktion nicht allein behauptet wird, das Urheberrecht diene der Schaffung von Geisteswerken, sondern vor allem auch deren Verbreitung¹⁰⁵⁷. Hier kann man sich natürlich die Frage stellen, ob das Urheberrecht nicht gerade deren weitestmögliche Verbreitung verhindert. Auch *Weinreb* fragt: »Why should it be taken for granted, (...), that copyright does not reduce access by as much or more than it increases production?«¹⁰⁵⁸. Zwar wäre es umgekehrt gewiss ebenso falsch, sich auf den Standpunkt zu stellen, die Abwesenheit des Urheberrechts führe zur weitestmöglichen Verbreitung von Geisteswerken. Ein gewisses (aber möglicherweise geringeres) Maß an Aliments- und Amortisationsschutz mittels des Urheberrechts dürfte in der Tat unverzichtbar für die Schaffung und Verbreitung von Geisteswerken sein. Auch belegen Phänomene wie die Open Source- oder Free-Culture-Bewegung, dass auch und gerade für eine innovationsfördernde Verwendung des Bestehenden bzw. allgemein eine stärkere Verbreitung und einen in geordneten Bahnen verlaufenen, offeneren Zugang zu bestehenden Werken der Einsatz des Urheberrechts erforderlich scheint. Dies zeigt sich konkret an den verschiedenen Open-Source- oder auch den Creative-Commons-Lizenzen, die auf die Existenz des Urheberrechts angewiesen sind. Die durch Digitalisierung und Internet drastisch gesunkenen Kosten der Schaffung und Verbreitung von Geisteswerken führen aber gleichwohl natürlich dazu, dass das von *Netanel* bemühte Argument, das Urheberrecht fördere den öffentlichen Diskurs, indem es die Verbreitung von Geisteswerken ermögliche, die ohne das Urheberrecht nicht erfolgen würde, zunehmend an Überzeugungskraft verliert¹⁰⁵⁹. *Netanel* hat auf diese Entwicklung in einem späteren

1056 Dies scheint *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 351, Fn. 312 (1996) grundsätzlich auch anzuerkennen: »While artistic speech does make a certain contribution to democratic governance, it may be that political speech (...) has a greater and more direct importance for democratic governance and thus should be treated differently in the First Amendment context.«. *Netanel* zieht aus dieser Erkenntnis aber nicht erforderlichen Konsequenzen für sein Rechtfertigungsmodell, verzichtet also auf eine stärkere Differenzierung und nimmt auch nicht den Anspruch zurück, eine universalistisch gültige Erklärung für das Urheberrecht zu bieten.

1057 Oben wurde bereits kritisiert, dass die Bezeichnung »Produktionsfunktion« daher an sich zu kurz greift, s.a. *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 279.

1058 *Weinreb*, 111 Harv. L. Rev. 1149, 1233, Fn. 340 (1998).

1059 Ähnlich *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 280.

Beitrag reagiert und seine Position relativiert¹⁰⁶⁰. So erkennt er nunmehr an, dass »Internet and other digital technologies (...) have spawned a vast sector of authors who do not rely on the copyright incentive (and, equally important, do not rely on publishers who rely on the copyright incentive) to create and disseminate original expression.«¹⁰⁶¹. *Netanel* folgert: »From all appearances, even if Congress were to repeal the Copyright Act, the Internet would continue to offer a surfeit of speech and wide diversity of opinion.«¹⁰⁶². Aus dieser Erkenntnis zieht *Netanel* die Schlussfolgerung, dass das eigentliche Problem, welches es durch das Urheberrecht zu lösen gilt, nicht ein quantitatives, sondern ein qualitatives ist. Denn wenn ein nicht geringer Teil der Werke auch ohne urheberrechtlichen Anreiz geschaffen wird, dann sei es die Aufgabe des Urheberrechts, für die Schaffung und Verbreitung solcher Werke zu sorgen, die in qualitativer Hinsicht über die diejenigen hinausgingen, die auch ohne die Aussicht auf urheberrechtlichen Schutz (bzw. ohne die Absicht, selbigen in Anspruch zu nehmen) geschaffen würden. Konkret hat *Netanel* mit dieser modifizierten Lesart seines Ansatzes solche »nachhaltigen« Werke im Blick, »that require a sufficiently material commitment of time and money such that far fewer would be created without some protection against competitor free-riding and massive home copying.«¹⁰⁶³. Weiter führt *Netanel* diesen Gedanken nicht aus, auch wenn man gerne erfahren würde, ob er daraus etwa auch die Forderung nach einer entsprechenden Verschärfung der Schutzvoraussetzungen oder ähnliche, den urheberrechtlichen Schutz zurückführende bzw. besser fokussierende Maßnahmen ableiten möchte. Letztlich bleibt die von ihm wie vorstehend modifizierte Produktionsfunktion also vage und unbestimmt. *Netanel* scheint sich der zunehmenden Angreifbarkeit des von ihm ursprünglich wesentlich stärker betonten Arguments, das Urheberrecht diene der Schaffung und Verbreitung von Geisteswerken und damit dem für eine Demokratie unerlässlichen öffentlichen Diskurs, durchaus bewusst zu sein, was vermutlich auch der Grund dafür sein dürfte, warum er in nachfolgenden Beiträgen zum selben Thema die von ihm postulierte Strukturfunktion immer stärker in den Vordergrund gestellt hat¹⁰⁶⁴.

Auch die *Strukturfunktion* ist aber nicht frei von fragwürdigen Annahmen. Das Kernargument der von *Netanel* propagierten Strukturfunktion lautet, dass mittels der staatsfreien Anreizstruktur des Urheberrechts der Rahmen geschaffen werde, für ein pluralistisches und vielfältiges Werkschaffen, das unabhängig sei von ei-

1060 *Netanel*, 54 Stan. L. Rev. 1, 28 f. (2001).

1061 Bestes Beispiel dafür sind frei zugängliche Blogs, die gerade jene kritischen und pluralistischen Äußerungen hervorbringen, auf die *Netanel* mit Blick auf ihre demokratiefördernde Wirkung so großen Wert legt.

1062 *Netanel*, 54 Stan. L. Rev. 1, 29 (2001).

1063 *Netanel*, 54 Stan. L. Rev. 1, 29 (2001); *Netanel* knüpft damit an *Ginsburgs*, 95 Colum. L. Rev. 1466, 1499 (1995), Vorstellung an von »sustained works of authorship (...) not simply conversations, data of the day, or pirated postings«.

1064 Vgl. *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288, 347 ff. (1996) mit *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 246 ff. (1998) und *Netanel*, 54 Stan. L. Rev. 1, 28 f. (2001).

ner Förderung – und damit einer potentiellen Einflussnahme – durch den Staat bzw. private Mäzene. Mit diesem qualitativen Argument möchte *Netanel* auch jene Kritik am Anreizparadigma abwehren, die weniger auf die zweifelhafte Anreizwirkung als solche gerichtet ist, als vielmehr auf die Art der Werke, die durch die Aussicht auf urheberrechtlichen Schutz produziert wird. *Netanel* hat diesen denkbaren Einwand selber gesehen und eingeräumt, dass die meisten Werke, von denen Urheber und Verwerter sich eine Vergütung versprechen, auf kommerzielle Unterhaltung abzielen, dass also anreizinduzierte Werke überwiegend nicht darauf ausgerichtet seien, Informationen über die Regierungsgeschäfte zu vermitteln oder systematische Analysen über drängende Fragen des öffentlichen Interesses zu liefern: »It may well be, indeed, that the sort of information and opinion that is arguably most critical for democratic governance is precisely that which would be produced – by elected officials, government agencies, political partisans, non-profit watchdogs, special interest groups, and Internet e-mailers – even without the copyright incentive.«¹⁰⁶⁵. Nichtsdestotrotz möchte *Netanel* seine Argumentation mit der Begründung aufrechterhalten, dass auch die kommerzielle Werkverwertung eine entsprechende qualitätsvolle Informationsvermittlung und Nachrichtenverbreitung nicht ausschließe, vielmehr werde ebendiese mitunter gerade erst durch die urheberrechtsbasierte Marktlösung ermöglicht. Deren Vorzug sei, dass sie Urheber und Verwerter in die Lage versetze, unabhängig von staatlicher Kontrolle und politischer Einflussnahme zum öffentlichen Diskurs beizutragen¹⁰⁶⁶. Soweit die idealisierende Sichtweise *Netanels*. In der Praxis ist natürlich auch das Marktmodell nicht frei von Schwächen. Auch hier können Marktmacht, finanzielle Abhängigkeiten, asymmetrische Informationsverteilung, Marktzutrittsbarrieren und ähnliche Defizite ein Ausmaß von Kontrolle und Einflussnahme seitens der Medienkonzerne eröffnen, die ebenfalls zu einer Hypothek für die Qualität des öffentlichen Diskurses werden können. Vergleichbare Skepsis gegenüber der urheberrechtsbasierten Marktlösung hegt auch *Weinreb*; er fragt: »Why should it be supposed that the market is a less insistent and narrow-minded master than privat patronage?«¹⁰⁶⁷.

Zustimmung verdient *Netanel* daher gerade vor diesem Hintergrund darin, dass er die Strukturfunktion des Urheberrechts als eine gleichermaßen schutzbegründende wie schutzbegrenzende begreifen möchte. Es leuchtet unmittelbar ein, dass der Kontrolle über Geisteswerke in der Hand Privater mittels des Urheberrechts Grenzen gesetzt werden müssen, um damit denjenigen genügend Freiraum zu lassen, die bestehende Werke nutzen wollen, um sie zu bearbeiten oder um damit zu informieren, zu unterrichten oder zu lehren. Der große Vorzug des demokratietheoretischen Erklärungsmodells von *Netanel* liegt dabei darin, dass er sowohl den Schutz als auch dessen Grenzen als Ausfluss desselben Rechtfertigungsprinzips begreift. Dies eröffnet in der Folge die Möglichkeit, sowohl den urheberrechtlichen Schutz des Urhebers, als auch den des Nutzers als letztlich diskurs-

1065 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 250 (1998).

1066 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 250 f. (1998).

1067 *Weinreb*, 111 Harv. L. Rev. 1149, 1233, Fn. 340 (1998).

und damit demokratiefördernd zu verstehen. Auf diese Weise lässt sich ohne Weiteres das in dieser Arbeit verfolgte bipolare Normzweckkonzept, das den Nutzern neben den Urheberrecht gleichberechtigt auf eine Stufe stellt, demokratietheoretisch rechtfertigen¹⁰⁶⁸.

Hinsichtlich der von *Netanel* darüber hinaus verfolgten *Symbolfunktion* bleibt schließlich festzustellen, dass sie letztlich den wohl schwächsten Argumentationsstrang des demokratietheoretischen Erklärungsmodells darstellt. Von geringer Überzeugungskraft ist die Symbolfunktion dabei allerdings nicht aus dem Grund, den *Stallberg* annimmt. *Stallberg* schießt nämlich, indem er die Symbolfunktion rundheraus für inkompatibel mit einer demokratiebasierten Rechtfertigung erklärt¹⁰⁶⁹, mit seiner Kritik über das Ziel hinaus.

Konkret wirft *Stallberg* *Netanel* vor, dass dieser mit der Symbolfunktion eine Sichtweise normativ einholen wolle, die sein kollektivistisches »democratic paradigm« eigentlich nicht zulasse, nämlich eine individualistische Begründung des Urheberrechts¹⁰⁷⁰. Er argumentiert, die Symbolfunktion lasse sich nur dann plausibel begründen, »wenn das Urheberrecht *tatsächlich* den Wert des Individuums betonte.«. Dies sei aber nur dann der Fall, »wenn im Hintergrund stets eine *individualistische* Rechtfertigung mitliefe.«¹⁰⁷¹. Diese Kritik verfehlt aus zweierlei Gründen weitgehend ihr Ziel. Problematisch ist an *Stallbergs* Kritik zum einen, dass er *Netanels* Ansatz in diesem Zusammenhang verkürzt darstellt. So legt *Netanel* gerade Wert darauf, dass das Urheberrecht nicht etwa selbstzweckhaft dem Wert des Individuums Respekt erweise. Vielmehr argumentiert *Netanel*, dass das Urheberrecht dem Urheber und *seinen individuellen Beiträgen zum öffentlichen Diskurs* huldige und damit mittels einer normativen Wertungsentscheidung deren gesellschaftliche Erwünschtheit bekräftige¹⁰⁷². Das ist ein entscheidender Unterschied, weil mit dieser Argumentation das Urheberrecht nicht mittels eines selbstzweckhaften Individualismus gerechtfertigt wird, sondern auf der Basis gesellschaftlich verankerter Zielvorstellungen (sprich: einer kollektivistischen Herangehensweise). Berechtigt ist *Stallbergs* Kritik nur insoweit als *Netanel* zur Untermauerung dieses Rechtfertigungsgedankens vereinzelt die Begründungsebene wechselt und eine liberalistisch-individualistische Rechtfertigung bemüht¹⁰⁷³. Damit verlässt *Netanel* in der Tat auf inkonsistente Art und Weise den Boden einer demokratiebasierten, kollektivistischen Rechtfertigung. Dies ändert gleichwohl nichts daran, dass mittels einer präziseren, durchgängigen Anknüpfung an die diskurs- und demokratiefördernde Bedeutung der individuellen Bei-

1068 Siehe im Einzelnen zur Frage der Operationalisierbarkeit des »democratic paradigm« noch nachfolgend unter b).

1069 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 283 und 293.

1070 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 283.

1071 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 283 (Hervorhebungen jeweils im Original).

1072 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 272 ff. (1998).

1073 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 229 (1998).

träge eine widerspruchsfreie Konzeption des demokratiebasierten Rechtfertigungsmodells möglich bleibt.

Fehl geht *Stallberg* auch mit seiner Kritik, die Symbolfunktion lasse sich nur auf Basis einer individualistischen Rechtfertigung konstruieren, weil nur dann, wenn das Urheberrecht aus moralischen Rechten des Individuums folge, es dieses überhaupt symbolisieren könne¹⁰⁷⁴. Hier stellt sich die schwierige Frage, welchem Rechtfertigungsmodell das Urheberrecht denn tatsächlich Ausdruck verleiht und anhand welcher Kriterien über die einmal unterstellte Symbolwirkung eines Gesetzes überhaupt zu entscheiden ist. *Netanel* scheint sich, was das betrifft, selber nicht sicher zu sein. So räumt er ein, dass man prinzipiell auch der Auffassung sein könne, das Urheberrecht erweise eher der genialischen Schöpferpersönlichkeit und einem selbstbezogenen Individualismus Referenz¹⁰⁷⁵. Auch verweist er auf das Problem sog. »legal transplants«¹⁰⁷⁶. Dieses trete dann auf, wenn bestimmte rechtliche Vorstellungen oder Regelungen aus einer Rechtsordnung in eine andere »verpflanzt« würden. Solche »Transplantationen« seien mit dem Risiko verbunden, dass rechtliche Regelungen oder Dogmen in der Rechtsordnung, in die sie verpflanzt würden, gänzlich anders rezipiert würden als in der Rechtsordnung, aus der sie stammten¹⁰⁷⁷. Anders formuliert: Der symbolische Aussagegehalt eines Gesetzes hängt stets vom Empfängerhorizont der Normadressaten ab. Vor diesem Hintergrund erweist sich aber *Stallbergs* Kritik, die Symbolfunktion lasse sich stringenterweise nur konstruieren, wenn das Urheberrecht individualistisch gerechtfertigt sei, als Trugschluss. Wenn es nämlich auf den Empfängerhorizont der Normadressaten anzukommen scheint, dann entscheidet nicht die abstrakte urheberrechtstheoretische Rechtfertigung – die einem Gesetz üblicherweise nicht »auf die Stirn geschrieben« steht – sondern die konkrete, für den Normadressaten unmittelbar wahrnehmbare materiell-rechtliche Konzeption des Gesetzes über dessen Symbolgehalt. Solange sich die vom Gesetzgeber gewählte Ausgestaltung des Urheberrechts aber auch so interpretieren lässt, dass mit ihm tatsächlich dem Urheber und seinen individuellen Beiträgen zum öffentlichen Diskurs Respekt erwiesen werden soll, lässt sich die von *Netanel* behauptete Symbolwirkung konsistent – d.h. ohne Rückgriff auf individualistische Argumentationsmuster – auf der Grundlage einer kollektivistischen Herangehensweise konstruieren. *Stallberg* irrt also, wenn er die Symbolfunktion für inkompa-

1074 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 283.

1075 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 229, 274 ff. (1998).

1076 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 229, 274 f. (1998).

1077 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 229, 274 f. (1998), nennt als Beispiel den lange vergeblichen Versuch, China von einer Umsetzung westlich geprägter Immaterialgüterrechte zu überzeugen. Einer der Gründe für diese lange missglückte Transplantation seien die dortigen kulturphilosophischen Vorstellungen gewesen, wonach der Akt des Vervielfältigens eine Ehrerweisung und keine Verletzung der Rechte des Urhebers sei. Dazu sei angemerkt, dass diese Anrufung von *Konfuzius*, auf den diese Denktradition zurückgehen soll, vielfach nicht mehr als eine rechtspolitisch instrumentalisierte Schutzbehauptung sein dürfte.

tibel mit *Netanels* kollektivistisch grundiertem, demokratietheoretischen Paradigma hält¹⁰⁷⁸.

Das eigentliche Problem mit der *Netanelschen* Symbolfunktion ist ein ganz anderes. So verbindet *Netanel* nämlich auf methodologisch fragwürdige Weise mit der Symbolfunktion überzogene Erwartungen an die normative Kraft des Urheberrechts. Zur Erinnerung: Die Kernaussage der von *Netanel* umschriebenen Symbolfunktion lautet, dass das Urheberrecht zu einer Konsolidierung und Stärkung der demokratischen Zivilgesellschaft führt, weil es auf symbolische Weise dem Wert individueller Ausdrucksformen huldigt¹⁰⁷⁹. Indem es den Urheber für sein Werkschaffen und seinen individuellen Beitrag zum öffentlichen Diskurs belohne, würden aufgrund der normativen Prägekraft des Rechts gesellschaftliche Wertvorstellungen dahingehend beeinflusst, dass der Wert des Individuums bekräftigt und die Erwünschtheit von individuellen Beiträgen zum öffentlichen Diskurs unterstrichen würde. Mit diesen empirisch nicht belegten (und letztlich wohl auch kaum belegbaren) Aussagen erliegt *Netanel* vollends Spekulationen über den tatsächlich gewiss komplexeren Wirkungszusammenhang von Urheberrecht und gesellschaftlicher Wirklichkeit. Der Wunsch nach dem Bestehen einer solchen Interaktion von Recht und Wirklichkeit scheint hier der Vater dieses reichlich konstruierten Gedankenganges zu sein.

Die von *Netanel* behauptete Symbolfunktion des Urheberrechts ist daher zu verwerfen. Im Ergebnis können daher letztlich nur die Produktionsfunktion, die in ihrem normzweckrelevanten Programm jedoch kaum über herkömmliche ökonomietheoretische Argumentationsmuster hinausgeht und dadurch auch deren Schwächen teilt, und die Strukturfunktion einer kritischen Betrachtung standhalten.

b) Problem der Operationalisierbarkeit

Es ist unbestreitbar, dass sich der demokratietheoretische Erklärungsansatz *Netanels* nur in begrenztem Maße operationalisieren lässt. So gibt weder das »democratic paradigm« allgemein noch deren wichtigste Theoriekomponente, nämlich die Strukturfunktion, konkreten Aufschluss darüber, wie idealtypischerweise das Urheberrecht im Einzelnen beschaffen sein sollte, damit es den öffent-

1078 Etwas überzogen ist *Stallbergs* Würdigung der *Netanelschen* Rechtfertigungsbemühungen im Übrigen auch insofern, als er das Fehlen einer Letztbegründung für die Demokratie kritisiert, s. *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 272 ff. Zuzustimmen ist seiner Kritik zwar insoweit, als er bei *Netanel* die Festlegung auf ein bestimmtes Rechtfertigungsmodell für eine demokratische Gesellschaftsform vermisst (auch wenn letzterem natürlich zugute zu halten ist, dass er immerhin sein durch die Vorstellung einer pluralistischen und partizipativen Zivilgesellschaft geprägtes Demokratieverständnis skizziert). Dass *Netanel* andererseits in einer urheberrechtstheoretischen Abhandlung nicht *en passant* die Frage nach dem Warum der Demokratie erschöpfend beantwortet, ist allzu verständlich und möglicherweise etwas viel verlangt.

1079 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 272 ff. (1998).

lichen Diskurs und damit die demokratische Zivilgesellschaft fördern kann¹⁰⁸⁰. Letztlich darf man beim Vorwurf der mangelnden Operationalisierbarkeit und Unbestimmtheit aber auch nicht aus den Augen verlieren, dass er sich nahezu gegenüber jeder rechtstheoretischen Begründung des Urheberrechts erheben lässt. *Yoo* hat ganz in diesem Sinne in Erwiderung auf *Netanel* treffend bemerkt: «The problem here is not the general difficulty of translating a general theory into specific answers. If that were the source of my criticism, it would apply with equal force to every theory with which I am familiar.»¹⁰⁸¹.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Summe der Schlussfolgerungen, die sich nichtsdestotrotz aus dem demokratietheoretischen Paradigma für die Ausgestaltung des Urheberrechts ziehen lassen, ergeben diese doch eine erkleckliche Ausbeute. Namentlich aus der Produktions- und der Strukturfunktion leiten sich zahlreiche Gestaltungsvorgaben ab. So führt etwa die Produktionsfunktion zur Notwendigkeit von Verwertungsrechten, während die Strukturfunktion zusätzlich die Notwendigkeit von Schutzbeschränkungen zu rechtfertigen vermag. Im Einzelnen kann der demokratietheoretische Begründungsansatz den urheberrechtlichen Schutz insoweit überzeugend rechtfertigen, wie er Werke betrifft, die einen explizit politischen Gehalt aufweisen und insofern zum öffentlichen Diskurs einer demokratischen Zivilgesellschaft unmittelbar beitragen. Zumindest für diese Werke liefert das demokratietheoretische Erklärungsmodell eine zusätzliche und intuitiv einleuchtende Rechtfertigung¹⁰⁸². Für Werke, die nicht allgemein verständlich sind und nur um ihrer selbst willen erschaffen worden sind, wird der demokratiebasierte Ansatz hingegen eher überstrapaziert¹⁰⁸³. Namentlich aus der Strukturfunktion lässt sich zudem – wie oben bereits gesehen – Honig ziehen für die Rechtfertigung eines bipolaren Normzweckkonzepts, das Urheber- und Nutzerschutz auf eine Stufe stellt. Fruchtbar machen lässt sich

1080 Ähnlich kritisch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 282, 286, 290 ff., 295.

1081 *Yoo*, 53 Vand. L. Rev. 1933, 1959 (2000). Siehe in diesem Zusammenhang auch *Netanels*, 106 Yale L. J. 283, 291 f. (1996), eigenen methodologischen Anspruch: »Like any jurisprudential framework, the democratic paradigm raises certain issues and points in certain directions; it does not lead mechanically to particular doctrinal results. My focus (...), therefore, will be to highlight a few possible, logically consistent applications of the paradigm, not to insist that a democratic copyright must necessarily resemble my description in every detail.«.

1082 Dass eine besondere Stärke der demokratietheoretischen Lesart darin besteht, »dass sie es versteht die Intuition einzuholen, geistige Werke besäßen als Kommunikation besonderer Art ebenfalls eine besondere gesellschaftliche Bedeutung«, betont besonders *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 290, 295. Generell gründe die Überlegenheit des demokratietheoretischen Ansatzes gegenüber einer rein ökonomischen Sichtweise darauf, dass seine »moralische Prämisse, nämlich das Postulat eines demokratischen Herrschaftssystems, höchst überzeugend« sei. Diese schwer in Frage zustellende, normative Ausgangsprämisse verleihe (S. 295) »der plausiblen Intuition Ausdruck, dass geistige Werke nicht ein Gut unter vielen sind, sondern als Kommunikation eine besondere Bedeutung besitzen.«.

1083 Siehe dazu auch schon die vertieften Ausführungen oben unter a).

der demokratiethoretische Begründungsansatz außerdem zwanglos für die Rechtfertigung von Schrankenregelungen, die im Interesse der Allgemeinheit an umfassender und rascher Berichterstattung die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Rundfunkkommentaren und Zeitungsartikeln erlauben, sofern letztere politische Tagesfragen betreffen¹⁰⁸⁴. Das Gleiche gilt für Schrankenregelungen, die die Vervielfältigung und Verbreitung von Reden über Tagesfragen erlauben – sofern diese bei öffentlichen Versammlungen oder im Rundfunk gehalten worden sind (so im deutschen Recht § 48 Abs. 1 UrhG) –, oder für Schranken (wie § 50 UrhG), die dem Informationsinteresse der Allgemeinheit und damit der Ermöglichung eines öffentlichen Diskurses dadurch Rechnung tragen, dass sie die Berichterstattung über Tagesereignisse insofern erleichtern, als sie die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Werken, die im Verlauf dieser Ereignisse wahrnehmbar werden, in einem durch den Zweck gebotenen Umfang für zulässig erklären. Diese Liste diskurs- bzw. bildungsfördernder Schranken ließe sich fortsetzen. Nahezu sämtliche Schrankenregelungen¹⁰⁸⁵, aber auch die begrenzte Schutzdauer, die dogmatische Unterscheidung von schutzunfähiger Idee und schutzfähiger Formgebung lassen sich auf diese Weise demokratiethoretisch rechtfertigen.

Nicht demokratiethoretisch gerechtfertigt werden können aber Urheberpersönlichkeitsrechte. Argumentativer Anknüpfungspunkt für sie könnten allenfalls das für die Produktionsfunktion vorausgesetzte Anreizparadigma oder die Symbolfunktion sein¹⁰⁸⁶. Die Symbolfunktion aber ist vorstehend aus guten Gründen verworfen worden, und das Anreizparadigma dürfte endgültig überfordert werden, wenn mit ihm behauptet werden soll, das Werke nur aufgrund der Aussicht

1084 Siehe insoweit im deutschen Recht etwa § 49 Abs. 1 UrhG, dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 49, Rn. 1.

1085 Im deutschen Recht namentlich § 46 (Sammlungen für Kirchen, Schul- oder Unterrichtsgebrauch), § 47 (Schulfunksendungen), § 48 (Öffentliche Reden), § 49 (Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare), § 50 (Berichterstattung über Tagesereignisse), § 51 (Zitate), § 52 (Öffentliche Wiedergabe), § 52a (Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung), § 53 (Vervielfältigungen, v.a. wenn sie dem eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, dem Schulunterricht oder zur eigenen Unterrichtung über Tagesfragen dienen) UrhG.

1086 Eine Anknüpfung an den Liberalismus scheidet aus, da die inhaltliche Verbindung von Demokratie und Liberalismus keine notwendige ist, s. *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 273, Fn. 782, und weil mit ihr im Rahmen eines kollektivistischen Ansatzes inkonsistenterweise individualistische Argumentationsmuster bemüht würden. Wie sich im Verlauf dieser Arbeit noch zeigen wird, ist im Rahmen einer kollektivistischen Rechtfertigung der Rückgriff auf den Liberalismus allenfalls in Gestalt des *Ordo*-Liberalismus zulässig, da dieser der Freiheitsausübung des einzelnen Individuums ausgehend vom sog. Freiheitsparadoxon *Platons* in Gestalt einer Rahmenordnung (dem *Ordo*) Grenzen setzt und dadurch das individuelle Freiheitsstreben gesellschaftlich einbettet. Aus Sicht des Ordoliberalismus ist die Aufgabe des Urheberrechts dann nicht mehr allein die Freiheitssicherung des Einzelnen, sondern auch im Allgemeininteresse die Gewährleistung einer freiheitermöglichenden Rahmenordnung, dazu noch näher nachfolgend.

auf ideellen Interessenschutz geschaffen würden. Dass monetäre Anreize in bestimmten Bereichen die Werkproduktion stimulieren, kann mit gewissen Einschränkungen noch bejaht werden. Aber dass ein Kreativer ein Geisteswerk nur deshalb schafft, weil er weiß, dass er dafür später unter Umständen einen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Entstellungsschutz in Anspruch nehmen kann, erscheint doch etwas weit hergeholt. Zuzugestehen ist freilich, dass sich auch diese Frage letztlich nur aufgrund (bislang fehlender) empirischer Studien mit einiger Sicherheit beantworten ließe. Aus dieser empirischen Not befreit uns *Stallberg*, indem er eine interessante Argumentation dafür liefert, warum sogar der bewusste Verzicht auf Urheberpersönlichkeitsrechte demokratietheoretisch plausibel sein kann. Er geht dabei von der Annahme aus, dass es das Ziel einer Demokratie sei, »jene kommunikativen Gehalte politisch wirksam werden zu lassen, die als *richtig* gelten«¹⁰⁸⁷. Dies werde nur dann »gewährleistet, wenn die Überzeugungskraft einer Meinung allein von ihrem Inhalt und nicht auch von ihrem Kommunikator ausgeht.«¹⁰⁸⁸ *Stallberg* behauptet daher, dass es für den Prozess der Meinungsbildung in gewisser Weise vorteilhaft sei, wenn eine Namenszurechnung unterbleibe, weil die Meinungsbildung dann nicht nur ebenso gut, sondern sogar besser funktioniere¹⁰⁸⁹. Aus dieser Erkenntnis leitet er sodann die – wie er es nennt – »moralische Unmöglichkeit« des Namensnennungsrechts ab¹⁰⁹⁰. Ein weiteres Argument, warum Urheberpersönlichkeitsrechte einen eher störenden Fremdkörper in einer demokratietheoretischen Urheberrechtskonzeption darstellen, ergibt sich auch daraus, dass insbesondere persönlichkeitsrechtlich basierte Bearbeitungsrechte ein Hindernis darstellen können für die kreativ-schöpferische Partizipation potentieller Werknutzer. Damit können sie aus demokratietheoretischer Sicht eine Gefahr werden für die erstrebenswerte Autonomie,

1087 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 287, 294 (Hervorhebung im Original). Insoweit lässt sich freilich kritisieren, dass diese Annahme nicht zwingend ist. Mit der Forderung nach Demokratie wird ja zunächst einmal nur eine Aussage darüber getroffen, auf welche Art und Weise die eine Gesellschaft betreffenden Entscheidungen (wie etwa gesetzgeberische Akte) zustande kommen sollen. Dahingehende inhaltliche Vorgaben, dass nur bestimmte, also »richtige« kommunikative Inhalte politisch wirksam werden sollen, ergeben sich aus dem insoweit wertungsneutralen Demokratieprinzip an sich nicht.

1088 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 294 f.

1089 Mit dieser Argumentation wandelt *Stallberg* gedanklich interessanterweise auf den Spuren *Foucaults*, denn *Foucault* wertet ein Werk nicht mehr als individuelle Entäußerung, sondern reduziert es auf seine objektive Funktion als kultureller Diskursbeitrag, bei dem die Zuweisung an einen Urheber als individuelles Subjekt allenfalls noch einen den Diskurs ordnenden Bedeutungsgehalt hat, s. *Foucault*, Was ist ein Autor?, in: Schriften zur Literatur, Hg. v. *Defert/Ewald*, S. 244; Dazu *Kammler*, Diskursanalyse, in: Neue Literaturtheorien, Hg. v. *Bogdal*, S. 32 ff., insb. 46; Krit. *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 85, der anknüpfend an die markenrechtliche Unterscheidungs- bzw. Herkunftsfunktion davon spricht, dass der Autor bei dieser werk- bzw. objektbezogenen Betrachtungsweise *Foucaults* »zur werkidentifizierenden Marke« werde.

1090 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 287.

Vielfalt und Lebendigkeit des öffentlichen Diskurses¹⁰⁹¹. Aus diesem Grund hat *Netanel* sich auch im Zusammenhang mit der von ihm verfolgten Strukturfunktion für eine Beschränkung der Bearbeitungsrechte ausgesprochen¹⁰⁹².

Nach alledem scheint für die Rechtfertigung der Urheberpersönlichkeitsrechte der Rückgriff auf individualistische Rechtfertigungsmuster unvermeidbar, vorausgesetzt man geht – wie hier – von deren notwendiger Berücksichtigung im Rahmen des Urheberrechts aus. Auf die aus dieser Erkenntnis sich ergebenden Konsequenzen wird nachfolgend im Rahmen des Plädoyers für ein integratives Rechtfertigungsmodell noch einzugehen sein (s. Kap. 4 D.).

3. Zusammenfassung

Es bleibt festzuhalten, dass das demokratietheoretische Erklärungsmodell *Netanels* trotz nicht unerheblicher Schwächen im Einzelnen dennoch eine überzeugende Rechtfertigung für bestimmte Bereiche des Urheberrechts liefert. Indem es die Aufgabe des Urheberrechts darin erkennt, die Quantität und vor allem die Qualität solcher werkvermittelter Kommunikationsströme zu fördern, die zum öffentlichen Diskurs und damit zum Gelingen einer demokratischen Zivilgesellschaft beitragen, bereichert das demokratietheoretische Paradigma die Diskussion um die Frage nach dem Warum des Urheberrechts um eine unverbrauchte und intuitiv einleuchtende Sichtweise¹⁰⁹³. Es ist dabei weniger die Produktionsfunktion, die in ihrem Rückgriff auf das Anreizparadigma die Schwächen herkömmlicher ökonomietheoretischer Argumentationsmuster teilt, noch die vorstehend als letztlich zu weit hergeholt und spekulativ verworfene Symbolfunktion, als vielmehr die von *Netanel* propagierte Strukturfunktion des Urheberrechts, die grundsätzlich zu überzeugen vermag. Mit ihr wird einerseits die Vorteilhaftigkeit der relativ staatsfreien Anreizstruktur betont, die durch das marktbasierende Urheberrechtsmodell ermöglicht wird und die den Bereich des kreativen Werkschaf-

1091 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 362 f., 378 (1996): «From the democratic perspective, a broad derivative right poses an unacceptable burden on expressive diversity. Given copyright owners' propensity to private censorship and systematic ability to demand supracompetitive license fees, copyright owners' expansive control over transformative uses unduly stifles the creative reformulation of existing expression, serving in the process to bolster cultural and market-based hierarchy.».

1092 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 362 f. u. 376 ff. (1996), dazu bereits oben. *Netanel* plädiert in diesem Kontext für die teilweise Umstellung auf Zwangslizenzen.

1093 Ähnlich *Yoo*, 53 Vand. L. Rev. 1933, 1962 (2000): «Netanel has advanced an innovative project that brings a fresh approach to the analysis of copyright law. By emphasizing democratic theory, his work adds a new perspective to the largely economic-oriented debate that has dominated copyright law in recent years. Just as importantly, Netanel's work offers an analytical framework that easily and forthrightly confronts the sensitive tradeoffs inherent in such complex policy decisions. At its utmost, it even has the potential of providing a common ground on which the various strands of copyright scholarship can come together.».

fens weitgehend vor staatlicher Einflussnahme bewahrt und so die notwendige (wenngleich nicht hinreichende) Bedingung für Pluralismus und Vielfalt schafft. Andererseits unterstreicht die Strukturfunktion aber auch auf einleuchtende Weise die Notwendigkeit von Beschränkungen des urheberrechtlichen Schutzes. Denn nur wenn – vereinfacht gesagt – denjenigen genügend Freiraum bleibt, die bestehende Werke nutzen wollen, um sie zu bearbeiten oder um damit zu informieren, zu unterrichten oder zu lehren, können Autonomie, Vielfalt und Pluralismus einer demokratischen Zivilgesellschaft gedeihen. Das Bemerkenswerte daran ist, dass sich bei einer demokratiebasierten Herangehensweise somit die schutzbegründende wie die schutzbegrenzende Funktion des Urheberrechts aus demselben Rechtfertigungsgedanken speisen: Förderung der Quantität und vor allem der Qualität des öffentlichen Diskurses zur Konsolidierung und Verstärkung der demokratischen Zivilgesellschaft. Auf diese Weise lässt sich daher prinzipiell auch ein sowohl urheber- als auch nutzerschützendes Normzweckmodell ohne Weiteres demokratietheoretisch rechtfertigen.

Deutliche Schwächen des demokratietheoretischen Erklärungsansatzes liegen zum einen in den teils problematischen Mutmaßungen *Netanels* zum empirisch ungeklärten Zusammenspiel von Urheberrecht, Geisteswerken und demokratischer Zivilgesellschaft¹⁰⁹⁴. Zum anderen leidet dieser Ansatz darunter, dass sein Rechtfertigungspotential in zweierlei Hinsicht beschränkt ist. So lassen sich erstens – wie oben gesehen – Urheberpersönlichkeitsrechte demokratietheoretisch nicht rechtfertigen, und zweitens soll auch hinsichtlich der Verwertungsrechte bzw. der Beschränkungen mit dem demokratietheoretischen Ansatz mehr gerechtfertigt werden, als sich mit ihm eigentlich rechtfertigen lässt. Denn an sich kann das »democratic paradigm« sein Rechtfertigungspotential nur in den Fällen voll entfalten, in denen es um Werke geht, die einen explizit politischen Gehalt aufweisen und deshalb zum öffentlichen Diskurs einer demokratischen Zivilgesellschaft unmittelbar beitragen. Überstrapaziert werden dürfte der demokratietheoretische Rechtfertigungsansatz daher dann, wenn er undifferenziert auch für solche Geisteswerke gelten soll, die nur einen verschwindend geringen oder nur indirekten politischen Aussagegehalt aufweisen oder die nicht allgemein verständlich sind. Es soll damit nicht behauptet werden, Werke der Populärkultur oder der abstrakten Kunst besäßen keinerlei Bedeutung für eine demokratische Zivilgesellschaft. Aber es lässt sich auf der anderen Seite nicht leugnen, dass nicht alle Geisteswerke gleichermaßen wichtig für eine demokratische Zivilgesellschaft sind. Entsprechend kann das »democratic paradigm« allerdings auch nur den Schutz (bzw. dessen Beschränkung) für bestimmte Werke mit einem mehr oder minder ausgeprägtem politischen Aussagegehalt überzeugend rechtfertigen und insofern nicht mehr (aber auch nicht weniger) als ein zusätzliches Argument für einen thematisch letztlich breiter anzulegenden urheberrechtstheoretischen Rechtfertigungsansatz liefern. In diesen, nachfolgend zu entwickelnden Ansatz sind dann auch solche Aspekte miteinzubeziehen, die über die unbestreitbar

1094 Diesen Aspekt stellt *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 290 ff., 295 f., ins Zentrum seiner Kritik.

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. *Drexl*, 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 betonten 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 Verbraucherschutzmodell 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 *Drexl*, 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 »Rechtsprechungs-wissenschaft« 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. Zuzugestehen 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. *Külp/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.

weiteren 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 Schutzeskalation 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 beigesteuert 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 Berührungängste 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 now here 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 g) 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 Meinungsaustauschs 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.

gelegt werden¹¹⁶⁹. Wenn man hier gerade für den Bereich des Urheberrechts vom kruden Rationalitäts- und damit Anreizparadigma Abstand nimmt und Effizienz nicht radikal als ausschließliches Ziel der Rechtspolitik einfordert, sondern umgekehrt im Geiste des Ordoliberalismus ökonomische Effizienz in den Dienst metaökonomischer Werte und Ziele stellt, dann kann die ökonomische Analyse einen tragenden Beitrag für das Konzept einer bipolaren Normzweckdogmatik für das Urheberrecht liefern. Ihr Vorzug liegt in der Analyse sowohl positiver als auch negativer Schutzwirkungen des Urheberrechts und insbesondere aber auch der Identifikation von Konstellationen, in denen urheberrechtliche Regulierung erforderlich ist, um Unternutzung zu vermeiden oder Informationsasymmetrien auszugleichen. Namentlich die Transaktionskostenökonomik und die Informationsökonomik vervollständigen hier wesentlich das Bild von den Aufgaben des Urheberrechts. Abgerundet wird dieses Bild durch die normativen Zielvorstellungen kultur- und demokratietheoretischer Ansätze, wie sie beispielsweise von *Fisher*, *Netanel* oder auch mit dieser Arbeit vertreten werden (s.o. die Stellungnahme unter Kap. 4 C. IV.).

II. Notwendig bleibender Rückgriff auf individualistische Argumentation zur Rechtfertigung der Urheberpersönlichkeitsrechte

Bedeutet dies nun, dass im Ergebnis fortan allein eine kollektivistisch-utilitaristische Rechtfertigung herangezogen werden sollte und die herkömmlichen individualistischen Argumentationsstränge ausgedient haben? Eine solch radikale Sichtweise bedeutete, das Kind mit dem Bade auszuschütten. Vorzugswürdig erscheint vielmehr ein *integratives Modell*, mit dem versucht wird, individualistische (und hier primär personalistische und arbeitstheoretische, nicht aber naturrechtliche¹¹⁷⁰) sowie kollektivistisch-utilitaristische Legitimierungsbemühungen für den Urheber- und den Nutzer-Schutz zusammenzuführen. Der Grund für einen solchen *Mehrschichtenansatz* ist letztlich in der notwendigen und sogar verfassungsrechtlich gebotenen Berücksichtigung der Urheberpersönlichkeitsrechte zu erkennen. Nach der hier vertretenen Auffassung kann und sollte deshalb zur Rechtfertigung des ideellen Interessenschutzes argumentativ ergänzend auf die herkömmlichen individualistischen Argumentationsstränge zurückgegriffen werden. Erforderlich wird dieser ergänzende Rückgriff auf den traditionellen Begründungsansatz, weil sich namentlich im Rahmen ökonomischer Erklärungsmodelle die Rechtfertigung der Urheberpersönlichkeitsrechte als problematisch erweist und auch demokratietheoretische oder kulturpolitische Ansätze mit ihrem pauschalen Verweis auf die notwendige Sicherung der Selbstbestimmungsrechte

1169 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 207.

1170 Siehe zu diesen unterschiedlichen Ansätzen näher oben unter Kap. 4 B. I-II.

der Urheber und Nutzer diese Lücke nicht überzeugend zu füllen vermögen¹¹⁷¹. Zwar mangelt es – wie bereits ausgeführt¹¹⁷² – nicht an Versuchen (wie beispielsweise dem von *Hansmann* und *Santilli*¹¹⁷³), die Gewährung von Urheberpersönlichkeitsrechten ökonomietheoretisch zu begründen. Diese Bemühungen vermögen aber letztlich nicht zu überzeugen. Das ohnehin fragwürdige bis untaugliche Anreizmodell der klassischen ökonomischen Analyse wird bei der Rechtfertigung des Schutzes ideeller Interessen in Bezug auf das Werk endgültig überstrapaziert. Neoklassische, rein wettbewerbsbasierte Erklärungsmodelle der ökonomischen Analyse des Urheberrechts vermögen, indem sie ausschließlich auf die vermögensrechtliche, marktrelevante Komponente des urheberrechtlichen Schutzes abstellen, noch viel weniger die Existenz von Urheberpersönlichkeitsrechten zu begründen. Auch ergänzende Ansätze der Informationsökonomik zur Erklärung der Entwicklung einzelner Urheberpersönlichkeitsrechte auf der Grundlage der notwendigen Ausgleichen spezifischer Informationsasymmetrien verkürzen den ideellen Aspekt der Urheberpersönlichkeitsrechte in unzulässiger Weise und sind daher letztlich nicht zielführend.

Vor diesem Hintergrund ergeben sich für die notwendige Berücksichtigung der Urheberpersönlichkeitsrechte im engeren Sinne¹¹⁷⁴ grundsätzlich drei denkbare dogmatische Konstruktionen. Die erste Option wäre vorerwähnte Herleitung der Urheberpersönlichkeitsrechte »um jeden Preis«, die erheblichen Bedenken bzw. unüberwindbaren Hindernissen begegnet. Denkbar ist weiter die radikale Auslagerung der Urheberpersönlichkeitsrechte aus dem UrhG und ihre Integration in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht. Die dritte und im Endeffekt hier favorisierte Variante ist eine Art »Mehrschichtenansatz«, wonach sich kollektivistisch-utilitaristische und personalistische Rechtfertigungsansätze im Bereich der Urheberpersönlichkeitsrechte überlagern und mehrere Begründungsschichten ergeben. Denn bei kritischer Betrachtungsweise zeigt sich, dass weder der kollektivistisch-utilitaristisch noch der individualistische bzw. genauer personalistische Begründungsansatz allein befriedigende Antworten zu geben vermögen: Der ökonomische Rechtfertigungsansatz auf Basis des Utilitarismus etwa dringt nicht ausrei-

1171 Dass auch der demokratietheoretische Erklärungsansatz von *Netanel* insoweit zum Scheitern verurteilt ist, hat *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 287 und 294, am Beispiel des Namensnennungsrechts ausgeführt (s. dazu auch bereits oben unter Kap. 4 C. III. 2. b)). Danach bestehe »das Ziel der Demokratie darin, jene kommunikativen Gehalte politisch wirksam werden zu lassen, die als *richtig* gelten. Dies wird nur gewährleistet, wenn die Überzeugungskraft einer Meinung allein von ihrem Inhalt und nicht auch von ihrem Kommunikator ausgeht. So funktioniert Meinungsbildung in gewisser Weise *besser*, wenn eine Namenszurechnung unterbleibt.« (Hervorhebungen im Original).

1172 S.o. Fn. 634 mit einer kritischen Würdigung des Ansatzes von *Hansmann/Santilli*, 26 *Journal of Legal Studies* 95, 103 ff. (1997).

1173 *Hansmann/Santilli*, 26 *Journal of Legal Studies* 95, 103 ff. (1997); kritisch dazu auch *Landes/Posner*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, S. 279 f.

1174 Namentlich das Veröffentlichungsrecht, § 12 UrhG, das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft, § 13 UrhG sowie das Recht, Entstellungen oder Beeinträchtigungen des Werkes zu verbieten, § 14 UrhG.

chend zum Kern ideeller Schutzbedürfnisse vor, ein eindimensional personalistischer Ansatz stellt indes Folgenerwägungen hinsichtlich möglicher, den Wirtschaftsverkehr und den kulturellen Schaffens- und Austauschprozess hemmender Wirkungen nicht ausreichend in Rechnung. Erst durch ein Zusammenwirken beider Rechtfertigungsstränge ergibt sich eine in jeder Hinsicht tragfähige Ausgangsbasis für die Ausgestaltung des Urheberrechts.

III. Vorzüge und Schwächen eines integrativen Rechtfertigungsmodells

1. Vorteilhaftigkeit einer vermittelnden Position mit Blick auf internationale Urheberrechtsharmonisierung

Der vorstehend skizzierte, integrative Ansatz hätte zweifellos den Vorzug, auch mit Blick auf die internationale Urheberrechtsentwicklung zukunftsfähig zu sein, weil er zwischen der kontinentaleuropäischen *Droit-d'auteur*-Tradition und der angloamerikanischen Copyright-Tradition eine mehr oder weniger vermittelnde Position einnimmt.

Insoweit lässt sich ohnehin eine fortschreitende Annäherung der naturrechtlich-individualistischen und utilitaristisch-gemeinwohlorientierten Rechtfertigungsansätze beobachten. Inwieweit dabei letztlich die klassische Gegenüberstellung von kontinentaleuropäischem *droit d'auteur*-Ansatz hier und Copyright-System dort noch berechtigt ist, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden, auch wenn vieles dafür spricht, dass die Gemeinsamkeiten bei der Schutzbegründung zunehmend die Unterschiede zu verwischen beginnen. Für die hier vorzunehmende kritische Würdigung eines integrativen Rechtfertigungsmodells ist nur die Tatsache einer dynamischen gegenseitigen Annäherung beider Konzepte als solcher von Interesse¹¹⁷⁵. Es ist festzustellen, dass auch im Zuge der europäischen und internationalen Urheberrechtsharmonisierung die jeweiligen Ansätze einander immer ähnlicher geworden sind und sich zunehmend überlagern. So sind, wie im Kap. 2 C. VI. gesehen, konsequentialistisch-utilitaristische Erwägungen auch im deutschen und kontinentaleuropäischen Urheberrecht

1175 Dazu *Davies*, IIC 1995, 964, 974 ff.; *Dietz*, Brückenschlag, in: Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, Hg. v. *INTERGU*, S. 83 ff.; Eingehend, wenngleich im Ausblick auf die weitere Entwicklung skeptisch bis zurückhaltend *Ellins*, Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 313 (»Es ist zu erwarten, daß sich die Harmonisierung von Urheberrecht und Leistungsschutzrechten auch in Zukunft dynamisch weiterentwickeln wird und daß dies zumindest stellenweise eine weitere Annäherung der beiden großen Rechtstraditionen zur Folge haben kann.«); *Hilty*, GRUR Int. 2003, 201, 203; *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 83 ff.; *Sterling*, Creator's right, in: Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, Hg. v. *INTERGU*, S. 77, 78 f.; *Strowel*, *Droit d'auteur* and Copyright, in: Of Authors and Origins, Hg. v. *Sherman/Strowel*, S. 235 ff.

zunehmend im Vordringen begriffen¹¹⁷⁶, während in den USA und in Großbritannien zaghaft Urheberpersönlichkeitsrechte Berücksichtigung erfahren¹¹⁷⁷ und von einigen Beobachtern sogar (beispielsweise angesichts der Länge der urheberrechtlichen Schutzdauer post mortem auctoris) naturrechtliche Argumentationsmuster und Einflüsse festgestellt worden sind¹¹⁷⁸. Zudem wird auf europäischer Ebene das Urheberrecht zunehmend als Investitionsschutz- bzw. Verwerter-

1176 Statt vieler *Schricker*, GRUR 1992, 242, 246: »Gewiß, wir schützen das geistige Eigentum und die persönlichkeitsrechtlichen Belange des Schöpfers als dessen individuelles Recht, das die Verfassung garantiert. Das Urheberrecht ist aber auch berufen, dem Allgemeininteresse zu dienen. Urheberrechtsschutz ist ein wesentliches Instrument zur Förderung der kulturellen und kulturwirtschaftlichen Entwicklung; diesen überindividuellen Schutzzweck sollten wir ruhig aus dem angelsächsischen Rechtsdenken übernehmen und zu unserem traditionellen Individualschutz hinzufügen. Das Allgemeininteresse ist nicht nur Schranke, sondern auch Schutzgrund des Urheberrechts. Erwägungen sowohl der Industrie- als auch der Kulturpolitik sind dem Urheberrecht dabei nicht fremd. Vor allem darf sein sozialer Schutzzweck nicht vergessen werden.«.

1177 Dies gilt in den USA zumindest für den Visual Artists Rights Act (VARA), dazu u.a. *Landes/Posner*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, S. 270 ff.; *S.a. Sterling*, *Creator's right*, in: *Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft*, Hg. v. *INTERGU*, S. 77, 78 f.; *Fisher*, *Theories of Intellectual Property*, in: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 174: »In the past two decades, »moral rights« doctrine – and the philosophic perspective on which it rests – have found increasing favour with American lawmakers, as evidenced most clearly by the proliferation of state art-preservation statutes and the recent adoption of the federal Visual Artists Rights Act.«; Kritisch zum »bemerkenswerten lockeren Umgang (der USA, Anm. des Verf.) mit dem persönlichkeitsrechtlichen Art. 6^{bis} RBÜ«, *Hilty*, GRUR Int. 2003, 201, 203. Kritisch zum nur vermeintlichen Symbolwert der im britischen Recht vorgesehenen »moral rights« *Ellins*, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft*, S. 362. Die entsprechenden Regelungen seien durch »eine Vielzahl von Ausnahmen und Einschränkungen faktisch unterminiert« und hätten letztlich »nur formalen Charakter«, zumal der Urheber auf sie »schon im voraus umfassend, pauschal und sogar formlos verzichten« könne. Siehe demgegenüber *Metzger*, *Europäisches Urheberrecht ohne Droit moral?*, in: *FS Schricker II*, S. 455, 470, der darauf hinweist, dass nach section 94 des britischen Copyrights, Designs and Patents Act (CDPA) aus dem Jahre 1988 eine vollständige Übertragung der moral rights gleichwohl nicht möglich ist.

1178 *Strowel*, *Droit d'auteur and Copyright*, in: *Of Authors and Origins*, Hg. v. *Sherman/Strowel*, S. 235, 245, m.w.N. *S.a. Goldstein*, *International Copyright*, S. 10: »natural rights philosophy has infiltrated the copyrights laws of the common law tradition«. *Reichman*, 43 *Stanford Law Review* 943, 947 f. (1991): »Nor will incentive theory adequately explain such paternalistic measures in American copyright law as the right to terminate transfers or even the long period of protection, which enables living authors and their immediate heirs to partake of revenues generated many years after the creation of their works.«.

schutzrecht aufgefasst¹¹⁷⁹, während in den USA das Bemühen zu beobachten ist, das Copyright nicht zu einem reinen Investitionsschutzrecht werden zu lassen¹¹⁸⁰.

Die sich steigernde Konvergenz bei der Schutzrechtfertigung lässt eine antagonistische Gegenüberstellung von kontinentaleuropäischem und angelsächsischem Urheberrechtsdenken in dieser Frage jedenfalls zunehmend fragwürdig werden¹¹⁸¹. Im Übrigen sei daran erinnert, dass die Untersuchung des urheberrechtlichen Regelungszwecks im Wandel der Zeit in Kapitel 2 C. ergeben hat, dass utilitaristisch-konsequentialistische Gemeinwohlerwägungen auch dem französischen und deutschen Urheberrecht in der Vergangenheit keineswegs fremd waren¹¹⁸². Die Vorstellung vom kontinentaleuropäischen Urheberrecht als einem stets rein personalistisch begründeten und ausschließlich urheberfixierten Urheberschutzrecht bedarf also ohnehin der Relativierung. Dieses Paradigma ist eine vergleichsweise junge Erscheinung der kontinentaleuropäischen Rechtstheorie, die eine weitere internationale Harmonisierung des Urheberrechts nicht

1179 Dies legen namentlich die Erwägungsgründe der sog. »Informationsgesellschafts-Richtlinie« nahe. Für eine nähere Untersuchung der Erwägungsgründe insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Investitionsschutzes sowie zur Absenkung der Schutzvoraussetzungen und der Ausdehnung der Schutzgegenstände im Zuge der europäischen Urheberrechtsharmonisierung siehe Kap. 3 A. I. und B.

1180 So *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 83, mit Verweis auf die US-Supreme-Court-Entscheidung »Feist Publications v. Rural Telephone Service Company«, welche »das Originalitätserfordernis zu einer verfassungsrechtlich gebotenen Voraussetzung des Urheberrechtsschutzes« gemacht habe, siehe 499 U.S. 340, 346: »Originality is a constitutional requirement.«. Die zentralen Begriffe der Copyright-Clause in der USA-Verfassung (Art. I, § 8, cl. 8) »authors« und »writings« »presuppose a degree of originality«, s.a. 499 U.S. 340, 351: »(...) originality is a constitutionally mandated prerequisite for copyright protection.«. Folgerichtig lehnte das US-Supreme-Court, 499 U.S. 340, 359 f., in dieser Entscheidung daher die sog. »sweat of the brow«-Doktrin ab.

1181 Damit soll nicht behauptet werden, dass materiell-rechtlich nicht weiterhin erhebliche Unterschiede bestünden, Stichwort: »works-made-for-hire-Doktrin«. *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 87, erkennt »trotz mancher inzwischen erfolgter erheblicher Annäherungen« zwischen droit d'auteur- und Copyright-System den maßgeblichen verbleibenden Unterschied in der Frage, »ob und inwieweit nicht nur der Schöpfer, sondern auch der Risikoträger geistigen Schaffens originäre Rechte am Arbeitsergebnis erlangen kann.«. *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 85, spitzt diesen verbliebenen Unterschied sogar dahingehend zu, dass »die Dichotomie der Urheberrechtssysteme nicht zwischen *copyright* und *droit d'auteur*, sondern zwischen der Lehre vom Immaterialgüterrecht (Schweiz, USA) und der monistischen Urheberrechtstheorie (Deutschland)« verlaufe.

1182 *Ginsburg*, 147 RIDA 125, 159 ff. (1991); *Davies*, IIC 1995, 964, 967: »(...) despite the conventional portrayal, the French revolutionary laws did not articulate or implement a conception of copyright substantially divergent from that of the régimes across the Channel and across the Atlantic. The French revolutionary sources themselves cast doubt upon the assumed author centrism of the initial French copyright legislation. (...) The first framers of copyright laws, both in France and in the US sought primarily to encourage the creation of and investment in the production of works furthering national, social goals.«.

blockieren sollte¹¹⁸³. Die frühen gemeinsamen Wurzeln von Copyright- und droit d'auteur-System sollten vielmehr Anknüpfungspunkt und Inspirationsquelle für die Ausbildung einer übergreifenden internationalen Urheberrechtsdogmatik sein¹¹⁸⁴.

Anstatt sich in der rechtspolitischen Diskussion an eine (vermeintlich) »reine Lehre« zu klammern, scheint es daher an der Zeit, nach gemeinsamen schutzbegründenden Prinzipien zu suchen¹¹⁸⁵. *Davies* beispielsweise hat vier übergreifende schutzbegründende Prinzipien identifiziert, die ihrer Ansicht nach kumulativ zusammenwirken: »natural law«, »just reward for labour«, »stimulus to creativity«, »social requirements«¹¹⁸⁶. Ähnlich systematisiert *Rehbinder*, der neben philosophischen, ökonomische, kulturelle und soziale Argumente zur Rechtfertigung des Urheberrechts benennt, also auf gemeinsame Schutzgründe abstellt, die in den jeweiligen Urheberrechtssystemen lediglich unterschiedlich stark betont würden¹¹⁸⁷. Unter den verschiedenen, den Schutz legitimierenden Argumenten versteht *Rehbinder* im Einzelnen die überkommenen personalistischen und arbeitstheoretischen Schutzerwägungen, das Amortisationsprinzip zur Schaffung und Verbreitung geistiger Güter, das Alimentsprinzip zur Förderung und Belohnung schöpferischer Tätigkeit sowie allgemeine kulturpolitische Erwägungen¹¹⁸⁸. Beiden übergreifenden Begründungsansätzen liegt ebenso wie dem hier verfolgten integrativen Rechtfertigungsmodell das Bemühen zugrunde, die indi-

1183 *Davies*, IIC 1995, 964, 966: «the roots of European and US copyright legislation shared a common approach and (...) differences in copyright theory and practice as may have arisen in the past century should not be regarded as obstacles to future international copyright harmonisation.».

1184 Ganz in diesem Sinne *Davies*, IIC 1995, 964, 966: «There is in fact a rich tradition of copyright congruity upon which modern advocates of international copyright harmonisation may draw to formulate mutually acceptable principles for the protection of works of authorship.».

1185 Siehe *Schricker*, wiedergegeben nach einem Tagungsbericht von *Peifer* in: Konturen eines europäischen Urheberrechts, Hg. v. *Schricker/Bastian/Dietz*, S. 87, der sinngemäß feststellt, dass besagte Konfrontation zwischen kontinentalem und angelsächsischem Urheberrechtsdenken in der Diskussion um das europäische Urheberrecht oft allzu sehr hochgespielt worden sei, und dass es richtiger erscheine, die Zukunft des Urheberrechts jenseits dieses Paradigmengegensatzes zu suchen. S.a. *Dietz*, Brückenschlag, in: Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, Hg. v. *INTERGU*, S. 83, 84.

1186 *Davies*, Copyright and the Public Interest, 2-0004, S. 13.

1187 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 87.

1188 *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 86.

vidualistische Schutzbegründung mit überindividuellen Schutzerwägungen zusammenzuführen¹¹⁸⁹.

2. Grenzen eines integrativen Rechtfertigungsmodells

Kritiker des hier verfolgten integrativen Rechtfertigungsmodells könnten einwenden, damit würden an sich unvereinbare Ansätze auf widersprüchliche Art und Weise miteinander vermengt. Der Vorwurf wird lauten, dass schon *per definitionem* eine solche Zusammenführung zum Scheitern verurteilt sei. »Individualistisch« bedeute doch gerade, dass den ideellen wie materiellen Interessen des Urhebers in Bezug auf sein Werk der Vorrang vor den Interessen der Nutzer bzw. der Allgemeinheit gegeben werde. Kollektivistische Ansätze betonten umgekehrt den Vorrang des gesellschaftlichen Nutzens vor den individuellen Interessen des Urhebers¹¹⁹⁰. So gesehen stünden beide Rechtfertigungsansätze zueinander in einem Verhältnis des Entweder-Oder. Aus ähnlichen Erwägungen hat *Stallberg* eine Kombination individualistischer und kollektivistischer Ansätze verworfen. Er argumentiert einleuchtend, dass sich in beiden Herangehensweisen »ein theoretischer *Gegensatz*« ausdrücke, »der nicht dadurch entschärft würde, indem man ihre jeweiligen Aussagen einfach kombinierte. Denn die Behauptung, das Urheberrecht sei deswegen gerechtfertigt, weil eine spezifische Beziehung zwischen Urheber/Werk und zwischen Gesellschaft/Werk bestehe, führt nicht weiter. Dies zeigt sich schon darin, dass dann offen bliebe, welcher Beziehung im Konfliktfall der Vorzug zu geben wäre.«¹¹⁹¹. Insoweit ist *Stallberg* zuzustimmen. Der Konflikt zweier entgegengesetzter Begründungsansätze lässt sich durch deren zusammenführende Vereinigung schlechterdings nicht auflösen. Eine Synthese zweier denknotwendig gegensätzlicher Theorieansätze muss fehlschlagen – eine solche Synthese wird mit dem hier vertretenen integrativen Rechtfertigungsmodell aber auch gar nicht verfolgt. Der Anspruch ist schon methodisch ein ganz anderer: *Stallberg* räumt selber ein, dass beide Sichtweisen »dort, wo keine Konflikte entstehen« – und dies dürfte, wie *Stallberg* zu Recht annimmt, ausgesprochen selten der Fall sein – nebeneinander stehen können¹¹⁹². Insofern kann sich die Rechtfertigung

1189 Mit einem ähnlich integrativen Verständnis auch *Fisher*, 73 *Chicago-Kent L. Rev.* 1203, 1212 (1998), der die insgesamt vier von ihm identifizierten Rechtfertigungsstränge (zu denen er neben seinem eigenen – oben in Kap. 4. C. II. dargestellten – den arbeitstheoretischen Ansatz im Geiste *Lockes*, den utilitaristischen Begründungsansatz auf den Spuren *Benthams* sowie den von *Fisher* sehr weit interpretierten personalistischen Rechtfertigungsansatz im Anschluss an *Hegel* zählt) folgendermaßen einander zuordnet: »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.«.

1190 Zur insoweit hier zugrundegelegten Begriffsbestimmung näher oben unter Kap. 4 A.

1191 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 301.

1192 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 301, Fn. 863.

tigung des Urheberrechts weitgehend aus zwei divergierenden Rechtfertigungssträngen speisen; ein integratives Rechtfertigungsmodell zieht mit anderen Worten sowohl aus der individualistischen, als auch aus der kollektivistisch-utilitaristischen Begründung Honig.

Problematisch sind allein die Konfliktfälle, in denen die Anwendung des individualistischen und des kollektivistischen Begründungsansatzes zu je unterschiedlichen Ergebnissen führen müssen, weil sie entweder dem Urheber oder dem Nutzer bzw. der Allgemeinheit den Vorrang geben. Für solche im Einzelfall auftretenden Konfliktfälle soll nach der hier vertretenen Auffassung durch Gesetzgeber und Rechtsprechung eine Wertungsentscheidung erfolgen, die sich beispielsweise an den in dieser Arbeit vorgeschlagenen und in einer Normzweckklausel und/oder Präambel *de lege ferenda* niederzulegenden Wertungskriterien orientieren könnte. Indem sich auf diese normativ-normzweckorientierte Weise die gegenläufigen Zielvorstellungen strukturiert und transparent zu einem schonenden Ausgleich bringen ließen, würde beiden Denktraditionen maximale Geltung widerfahren und – in verfassungsrechtlicher Terminologie gesprochen – »praktische Konkordanz« erreicht. Auf diese Weise lässt sich mit der hier verfolgten Versöhnung individualistischer und kollektivistisch-utilitaristischer Begründungsstränge, die in weitaus größerem Maße ergänzend nebeneinander bestehen können (und im Hinblick auf die notwendige Berücksichtigung der Urheberpersönlichkeitsrechte bestehen *müssen*) als gemeinhin angenommen, das Urheberrecht im Ergebnis legitimitätssteigernd auf ein breiteres Fundament stellen¹¹⁹³. Mit Blick auf die gegenseitige Ergänzung und Vervollständigung der Begründungsansätze hinsichtlich des ideellen Interessenschutzes würde es sich dabei eher um eine Symbiose (denn um eine Synthese) handeln. Denn beide Begründungsstränge sind notwendig aufeinander angewiesen: Eine kollektivistische Begründung des Urheberrechts kommt, wie gesehen, mit Blick auf die Rechtfertigung der Urheberpersönlichkeitsrechte nicht um die Berücksichtigung personalistischer Rechtfertigungselemente umhin. Umgekehrt droht eine allein urheberzentrierte, personalistische Betrachtungsweise folgenorientierte Gesichtspunkte zu Lasten der Nutzer und der Allgemeinheit zu vernachlässigen. Aus diesem Grund kann allein eine sich aus beiden Rechtfertigungsquellen speisende Begründung des Urheberrechts überzeugen.

Das rechtspolitische Risiko eines solchen integrativen Modells ist unter Gemeinwohlgesichtspunkten freilich die Gefahr einer gewissen »Rosinenpickerei«, d.h. dass von interessierter Seite die personalistische Rechtfertigung für die Länge der Schutzdauer herangezogen wird, während der Amortisationsschutzgedanke für die weitere Schutzausdehnung z.B. durch Absenkung der Schutzvoraussetzungen instrumentalisiert wird¹¹⁹⁴. Deshalb gilt es, bei der Modellierung eines solchen integrativen Ansatzes klar zu differenzieren. Dem Rückgriff auf die Legitimations-

1193 So auch bereits *Leistner/Hansen*, GRUR Int. 2008, 479, 490.

1194 Dies Problem erkennt auch *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 48, der gleichfalls ein mehrdimensionales Begründungsdenken verfolgt: »Zu beachten ist, dass die wirt-

figur der Schöpferpersönlichkeit beispielsweise ist in jenen Schutzbereichen eine klare Absage zu erteilen, in denen in Tat und Wahrheit mittels des Urheberrechts Amortisationsschutz angestrebt wird. Dies kann sich beispielsweise in Gestalt einer kürzeren, an der Amortisationsdauer ausgerichteten Schutzfrist für investitionsintensive Leistungen mit marginaler individueller Prägung auswirken. Umgekehrt kommt die personalistische Rechtfertigung in erster Linie für die Begründung der Urheberpersönlichkeitsrechte und für die Rechtfertigung des Alimentationsschutzgedankens z.B. im Urhebervertragsrecht zum Tragen. Die verschiedenen Schutzgründe kommen mit anderen Worten im Idealfall in einer entsprechend divergierenden, abgestuften Schutzgewährung zum Ausdruck (Ende des »one size fits all«)¹¹⁹⁵. Niederschlagen könnte sich eine solche, von der jeweiligen Schutzlegitimierung abhängige Abstufung urheberrechtlichen Schutzes beispielsweise darin, dass man bei der Ausgestaltung und Auslegung der Schrankenregelungen danach fragt, inwieweit die einzelne Schranke in erster Linie die Interessen des Verwerter betrifft und zu seinen Lasten geht oder ob sie eher die Interessen der Urheber berührt¹¹⁹⁶.

IV. Zusammenfassung

Das vorstehend skizzierte integrative Rechtfertigungsmodell verspricht zielführender zu sein als eine rein individualistische Legitimierung, weil es – wie bereits oben ausgeführt – den Weg ebnet, sowohl für eine Überwindung des »one size fits all«-Ansatzes (und damit eine stärkere Binnendifferenzierung des urheberrechtlichen Schutzsystems), als auch für eine weitere internationale Urheberrechtshar-

schaftlichen Argumente nicht einfach »ersatzweise« hinzunehmen sind, sondern differenzierend berücksichtigt und bewertet werden müssen. Zum einen ist in den Bereichen, in denen der urheberrechtliche Schutz (in Wahrheit) schlicht und allein der Durchsetzung der Amortisationsinteressen der Urheberrechtsindustrie dient, redlicherweise nicht mit dem »schöpferischen Menschen« zu argumentieren. Zum anderen kommt den verschiedenen Schutzgründen in der Gegenüberstellung zu Gegenstandspunkten unterschiedliches Gewicht zu.«.

1195 *Schulte*, GRUR 1985, 772, 774: »Der unterschiedliche Schutzgrund rechtfertigt unterschiedlichen Schutzzumfang.«.

1196 Siehe auch *Dietz*, Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung, in: FS Schricker I, S. 1, 12, der beklagt, dass die Differenzierung zwischen dem Schutz des Alimentationsinteresses des Urhebers einerseits und dem »Schutz des »Amortisationsinteresses« der Unternehmen der Kultur- und Medienindustrie andererseits (...) im Urheberrecht fast aller Länder bisher systematisch vernachlässigt wurde.«. Für eine solche Differenzierung bei den Schranken eintretend auch *Hilty* und *Kur*, s. Tagungsbericht von *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475, 483 u. 493, zu einer vom Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, München, dem Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle, Paris, in Zusammenarbeit mit dem Bayerisch-Französischen Hochschulzentrum und der Ambassade de France en Allemagne organisierten Tagung zum Thema »Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog - Impulse für eine europäische Rechtsharmonisierung«.

monisierung¹¹⁹⁷. Eine konstruktive Versöhnung der Urheberrechtssysteme wird nur so vonstatten gehen können, dass man aus beiden Welten das jeweils Beste nimmt¹¹⁹⁸, um es für einen denkbaren »integrativen dritten Weg« fruchtbar zu machen. Eine Harmonisierung beider Rechtstraditionen wird jedenfalls – wie *Ellins* treffend feststellt – »nicht so ablaufen können, daß einem der beiden Systeme die Ideologie des anderen gleichsam übergestülpt wird.«¹¹⁹⁹. Einleuchtend ist in diesem Zusammenhang daher auch der Vorschlag, sich von den üblichen Systemtitulierungen »Copyright« und »droit d’auteur« (bzw. »Urheberschutzrecht«) zugunsten eines neuen, unbelasteten Oberbegriffs zu lösen, der die Systeme auch terminologisch zusammenzuführen vermag¹²⁰⁰. Mit welcher Bezeichnung ein solcher Brückenschlag gelingen kann, ist eine der zahlreichen Fragen, die im nun folgenden Kapitel 5 untersucht werden¹²⁰¹.

1197 Siehe *Sterling*, Creator’s right, in: Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, Hg. v. *INTERGU*, S. 77, 82: »Attempts to achieve predominance of the copyright system or the author’s right system can only lead to endless and unprofitable debate.«.

1198 Siehe *Schricker*, wiedergegeben nach einem Tagungsbericht von *Peifer* in: Konturen eines europäischen Urheberrechts, Hg. v. *Schricker/Bastian/Dietz*, S. 87.

1199 *Ellins*, Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 234; ähnlich *Haedicke*, Urheberrecht und die Handelspolitik der Vereinigten Staaten von Amerika, S. 215.

1200 In diesem Sinne *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 84, der einen überbrückenden Oberbegriff befürwortet, »um die Terminologie nicht zum Erkenntnisproblem werden zu lassen.«. *Sterling* etwa hat »creator’s right« vorgeschlagen, s. *Sterling*, Creator’s right, in: Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, Hg. v. *INTERGU*, S. 77, 80.

1201 Siehe speziell zur Frage der Gesetzesbezeichnung Kap. 5 D. II. 1. a.E.

5. Kapitel:

Zulässigkeit, Umfang und Konsequenzen einer Normzweckerweiterung

Die vorstehend vorgenommene, rechtstheoretische Rechtfertigung urheberrechtlicher Regulierung im Allgemeinen und die in dieser Arbeit darüber hinaus untersuchte Normzweckerweiterung um einen expliziten Nutzerschutz sind nicht deckungsgleich – wenngleich beide freilich eng miteinander verwoben sind und die hier postulierte Nutzerschutzdoktrin nicht denkbar wäre ohne die vorstehend unternommene Verbreiterung des urheberrechtstheoretischen Fundaments. Es hat sich gezeigt, dass namentlich die Transaktionskosten- und die Informationsökonomik, aber auch kultur- und demokratietheoretische Erklärungsmodelle einen expliziten Nutzerschutz mittels des Urheberrechts nicht nur zu rechtfertigen vermögen, sondern ihn auch notwendig erscheinen lassen. Auch wenn man, wie hier vertreten, das Ziel des Urheberrechts primär in der Verwirklichung einer *offenen Kultur* erblickt (s.o. Kap. 4 C. IV. 2.), lässt sich ein positiv zu veranschlagender Nutzerschutz zwanglos rechtfertigen (dem traditionell urheberzentrierten Paradigma ist oben ja gerade der aktive und selbstbestimmte Nutzer als normatives Leitbild einer offenen Kultur korrigierend zur Seite gestellt worden¹²⁰²). Ungeachtet dieser abstrakt-generell bestehenden urheberrechtstheoretischen Rechtfertigungsmöglichkeiten für einen urheberrechtlichen Nutzerschutz, bleiben im Folgenden nunmehr einige Einzelfragen zu klären. Diese betreffen insbesondere die Zulässigkeit, den Umfang und die konkreten Konsequenzen der hier propagierten Normzweckerweiterung.

So stellt sich zunächst einmal die Frage, ob die angestrebte Normzweckerstreckung auf den Nutzerschutz mit dem Verfassungsrecht sowie europa- und internationalrechtlichen Vorgaben vereinbar ist (dazu unter A.). Sodann ist die Frage zu beantworten, inwieweit sich das Normzweckmodell (und damit eine Normzweckklausel) möglicherweise auf weitere Zwecke erstrecken sollte (dazu unter B.). Untersucht werden der denkbare Schutz der Allgemeinheit, der Schutz der Verwerter und der Schutz der Institution Wettbewerb¹²⁰³. Erkenntnisleitend wird dabei die Erwägung sein, dass sich jeder Zweck auch als bloßes Ziel verstehen lässt, ein Ziel aber erst dann zum Zweck wird, wenn die zu seiner Umsetzung erforderlichen Mittel mit reflektiert werden¹²⁰⁴. Sollte die Untersuchung dabei im

1202 Siehe zum aktiven und selbstbestimmten Nutzer als Leitbild einer offenen Kultur oben unter Kap. 4. C. IV. 2.

1203 Die Beschränkung auf diese theoretisch denkbaren, weiteren Zwecke urheberrechtlicher Regulierung ist dabei nicht abschließend gemeint; die genannten Zielvorstellungen erscheinen nur besonders naheliegend und wichtig.

1204 *Brockhaus*, Bd. 24, S. 540 (Ziel) und S. 646 (Zweck).

Folgenden beispielsweise zu dem Ergebnis gelangen, dass de lege lata keine Mittel vorhanden sind, die im Urheberrecht im engeren Sinne unmittelbar dem Ziel des Verwertereschutzes dienen, wäre etwa der Schutz der Verwerterinteressen an sich nicht als Normzweck zu qualifizieren. In diesem Fall bliebe dann aber die Frage zu klären, ob unter Berücksichtigung der in diesem Kapitel vorstehend eruierten rechtstheoretischen Erkenntnisse im Urheberrecht de lege ferenda nicht explizit verwertereschützende Mittel vorgesehen sein sollten. Wäre diese Frage zu bejahen, weil entsprechende Mittel etwa aus rechtsökonomischen, rechtspolitischen, rechtssoziologischen, gesetzessystematischen oder anderweitigen Gründen im Rahmen einer Gesamtabwägung wünschenswert erscheinen, dann wäre der Verwertereschutz zum Normzweck zu erheben. Andernfalls bliebe – um beim Beispiel des Verwerter zu bleiben – der Schutz der Verwerterinteressen für das Urheberrecht von seiner Bedeutung her bloß ein Ziel unter anderen.

Anschließend wird in diesem Kapitel das Verhältnis der befürworteten Normzwecke zueinander zu klären sein (dazu unter C.), um zu guter Letzt die rechtliche Relevanz normzweckorientierten Denkens und die denkbaren, materiell-rechtlichen Konsequenzen der verfolgten Normzweckerweiterung zu erörtern (dazu unter D.).

A. Zulässigkeit einer Normzweckausdehnung auf den Nutzerschutz

Fraglich ist, inwieweit die hier verfolgte Normzweckerweiterung um einen expliziten Nutzerschutz mit dem Verfassungsrecht (I.) und mit europa- bzw. internationalrechtlichen Vorgaben (II.) vereinbar ist¹²⁰⁵. Untersucht werden soll dabei die Frage, inwiefern eine Erweiterung der Normzwecke zulässig ist, nicht aber, ob die dafür herangezogenen Erklärungsmodelle aufgrund ihrer methodologischen Prämissen möglicherweise in Konflikt mit dem Verfassungsrecht stehen. Letztere Einwände, die sich namentlich gegen das Nützlichkeitsdenken des Utilitarismus und das ökonomische Effizienzziel richten, wurden oben bereits im Rahmen der kritischen Würdigung der ökonomietheoretischen Ansätze und ihrer utilitaristischen Grundlagen problematisiert.

1205 Der Blick auf das europäische Recht ist kein formaler Selbstzweck, er ist vielmehr auch den rechtspolitischen Rahmenbedingungen geschuldet. Eine Revision der nationalen Normzweckbestimmung sollte daher nach Möglichkeit im europäischen Konzert erfolgen, denn Europa ist nur dann in der Lage, international gegenüber anderen wichtigen Wirtschaftsmächten (insbesondere den USA) die eigenen volkswirtschaftlichen und kulturpolitischen Interessen im Bereich des Urheberrechts durchzusetzen, wenn es koordiniert und mit gemeinsamen Vorstellungen über Ziel und Zweck urheberrechtlicher Regulierung auftritt.

I. Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben in Deutschland

Verfassungsrechtlich ist bei einer urheberrechtlichen Normzweckerstreckung auf den Nutzerschutz Art. 14 Abs. 1 GG zu beachten, zugleich aber Art. 14 Abs. 2 GG, also die Sozialpflichtigkeit des Eigentums, nicht aus den Augen zu verlieren¹²⁰⁶. So gebietet Art. 14 Abs. 1 1 GG laut Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber¹²⁰⁷. Gleichwohl ist es Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und sozialen Bedeutung des Urheberrechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (Art. 14 I 2 GG)¹²⁰⁸. Gegenläufige Grundrechte wie die Kunst- oder Meinungsfreiheit, das gemäß Art. 27 Abs. 1 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948 jedem zustehende Recht, »am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben.«, das Interesse der Allgemeinheit an kultureller Vielfalt¹²⁰⁹, die Optimierung geistig-schöpferischer Schaffensprozesse auch im Dienste des wissenschaftlichen Fortschritts oder das Interesse an individueller Selbstbestimmung können insofern eine Beschränkung des Urheber-Schutzes rechtfertigen, soweit der Urheber sein Werk dafür nicht vergütungsfrei zur Verfügung stellen muss¹²¹⁰. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Spannungsverhältnis von Privatnützigkeit und wirtschafts- bzw. gesellschaftspolitischer Zwecksetzung folgendermaßen formuliert: »Der Gesetzgeber hat bei der ihm obliegenden Inhaltsbestimmung (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) nicht nur zu beachten, daß das Eigentum privatnützig auszugestalten ist und seine Nut-

1206 In Satz 2 von Art. 14 Abs. 2 GG heißt es: der »Gebrauch (des Eigentums) soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen«; eingehend dazu *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts.

1207 BVerfGE 31, 229, 240 f; Schricker-Melichar, Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 8.

1208 BVerfGE, 31, 229, 241.

1209 Siehe insoweit auch das Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen, online verfügbar unter: http://www.unesco.de/konvention_kulturelle_vielfalt.html?&L=0).

1210 S.a. eingehend *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 156: »Die Interessen Dritter und der Allgemeinheit an einer Begrenzung des Urheberrechts finden ihre verfassungsrechtliche Grundlage namentlich im Sozialstaatsprinzip, in den Garantien der persönlichen Freiheit und der freien Kommunikation, in der Wirtschaftsfreiheit sowie im Grundsatz des Konsumentenschutzes. (...) Der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz verlangt insbesondere, dass dem Einzelnen der für seine Persönlichkeitsentfaltung wesentliche Zugang zu Kunst, Kultur, Wissenschaft, zu Informationen und Wissen aller Art ermöglicht wird. Die Kommunikationsgrundrechte gebieten, dass Gesetzgeber und Rechtsanwender für die Funktionsfähigkeit der künstlerischen, wissenschaftlichen, politischen und gesellschaftlichen Diskussion sorgen und hierzu namentlich den offenen Zugang zu Geistesgütern gewährleisten. (...) Schließlich verlangt das Prinzip des Konsumentenschutzes, dass die Anliegen der Werknutzer bei der Urheberrechtsgesetzgebung mit berücksichtigt werden.«.

zung dem Rechtsinhaber eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung ermöglichen soll (...) Richtschnur seiner Regelungskompetenz ist vielmehr auch das Wohl der Allgemeinheit, das Grund und Grenze der dem Eigentümer aufzuerlegenden Beschränkungen ist«¹²¹¹. An anderer Stelle hat das Bundesverfassungsgericht zugleich betont, dass dem Gesetzgeber »bei der Regelung des mehrschichtigen Interessengeflechts von (...) Urhebern und sonstigen Berechtigten (sowie) Benutzern (...) ein weiter Gestaltungsspielraum« zukommt«¹²¹². Vor diesem Hintergrund erscheint eine Normzweckerstreckung auf den Nutzerschutz nicht von vornherein unvereinbar mit Art. 14 Abs. 1 GG. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit lässt sich letztlich aber wohl nur angesichts konkreter Vorschläge für die Ausgestaltung des Urheberrechts beurteilen, die dem Nutzerschutzgedanken Ausdruck verleihen¹²¹³.

II. Vereinbarkeit mit europa- und internationalrechtlichen Vorgaben

Hinsichtlich der Vereinbarkeit der hier verfolgten Normzweckerweiterung mit europa- und internationalrechtlichen Vorgaben ist zunächst festzustellen, dass zumindest auf europäischer Ebene das Konzept vom Urheberrecht als reinem Urheber-Schutzrecht bereits aufgegeben worden ist¹²¹⁴. Generell ist das in den Harmonisierungsrichtlinien zum Ausdruck kommende europäische ebenso wie das in diversen Abkommen niedergelegte internationale Urheberrecht in weitaus größerem Maße auf einem kollektivistisch-utilitaristischen (und damit zumeist auch stärker nutzerorientierten) Fundament erbaut, als man insbesondere im Hinblick

1211 BVerfG GRUR 1990, 438, 441 – *Bob Dylan*.

1212 BVerfG GRUR 1990, 183, 185 – *Vermietungsvorbehalt*.

1213 Auch *Schricker*, GRUR 1992, 242, 245, unterstreicht, dass in den einschlägigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts »keineswegs das Interesse der Verbraucher an möglichst wohlfeiler Güterversorgung als Urheberrechtsschranke gesetzt wird«. Vielmehr ginge es jeweils nur um »spezifische Gemeinwohlinteressen, deren Schutzwürdigkeit sich auf besondere Wertfaktoren gründet«.

1214 In Erwägungsgrund 10 der sog. »Informationsgesellschafts-Richtlinie« vom 22.05.2001 beispielsweise wird auf bemerkenswerte Weise die Gleichrangigkeit des Alimentsationsbedürfnisses des Urhebers mit dem Amortisationsbedürfnis des Investors konstatiert (»Nur wenn die Rechte des geistigen Eigentums angemessen geschützt werden, kann eine angemessene Vergütung der Rechtsinhaber gewährleistet und ein zufrieden stellender Ertrag dieser Investitionen sichergestellt werden.«). Mit diesem Vordringen des Investitionsschutzgedankens in den klassischen Kernbereich des Urheberrechts ist auf europäischer Ebene das Konzept vom Urheberrecht als reinem Urheber-Schutzrecht bereits aufgegeben worden. In den Erwägungsgründen 4, 9 und v.a. 10 der Informationsgesellschafts-Richtlinie und stärker noch in der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vom 29.04.2004 (durch deren Erwägungsgründe 1, 3 und 9 sich der Investitionsschutzgedanke wie ein roter Faden ohne weitere Differenzierung zwischen Urheberrechten und verwandten Schutzrechten zieht), kommt damit auf kaum zu unterschätzende Weise der Durchbruch einer stark verwerterorientierten Rechtfertigung urheberrechtlichen Schutzes zum Ausdruck.

auf die einflussreiche kontinentaleuropäische *Droit d'Auteur*-Tradition erwarten könnte. Es lässt sich mithin sogar die These aufstellen, dass ein Ansatz, der die Interessen aktiver und selbstbestimmter Nutzer positiv miteinbezieht und deren Schutz zu einem urheberrechtlichen Normzweck erhebt, zumindest im Grundsatz nicht etwa mit europäischem und internationalem (Urheber-) Recht bricht, sondern sich vielmehr in weiten Teilen gerade mit dessen Ansatz deckt.

Belege für diese These finden sich unmittelbar oder zumindest mittelbar in Art. 27 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte¹²¹⁵, in den allgemeinen europarechtlichen Vorgaben (siehe etwa Art. 3 lit. 1, n, q und t sowie v.a. Art. 153 EGV)¹²¹⁶, im UNESCO-Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen¹²¹⁷ und nicht zuletzt in den

- 1215 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.«. Hier klingt die Zielvorstellung der aktiven Teilhabe an bestehenden Geisteswerken besonders deutlich an.
- 1216 Art. 153 EGV sieht in Abs. 1 vor: »Zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus leistet die Gemeinschaft einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen.«, Abs. 2 lautet: »Den Erfordernissen des Verbraucherschutzes wird bei der Festlegung und Durchführung der anderen Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen Rechnung getragen.«. Dass bei der europarechtlichen Harmonisierung des Urheberrechts aufgrund von Art. 153 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 EGV dem Verbraucherschutz obligatorisch Rechnung zu tragen ist (und damit nach der in dieser Arbeit gewählten – den Verbraucherbegriff umfassenden – Terminologie auch den Interessen aktiver und *selbstbestimmter* Nutzer), betont auch *Mazziotti*, EU Digital Copyright Law and the End-User, S. 150 f.; siehe darüber hinaus etwa das Gebot der Förderung von Forschung und technologischer Entwicklung (Art. 3 lit 1, Buchstabe n) EGV) oder Art. 3 lit 1, Buchstabe q) EGV, wonach die Tätigkeit der Gemeinschaft einen Beitrag leisten soll zu einer qualitativ hochstehenden allgemeinen und beruflichen Bildung sowie zur Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten sowie Art. 3 lit 1, Buchstabe t) EVG, wonach die Gemeinschaft einen Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes leisten soll.
- 1217 Aus der Präambel des UNESCO-Übereinkommens über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen: » (...) in dem Bewusstsein, dass die kulturelle Vielfalt eine reiche und vielfältige Welt schafft, wodurch die Wahlmöglichkeiten erhöht und die menschlichen Fähigkeiten und Werte bereichert werden (...) in Anerkennung der Notwendigkeit, Maßnahmen zum Schutz der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen, einschließlich ihrer Inhalte, zu ergreifen (...) in Anerkennung dessen, dass die Vielfalt kultureller Ausdrucksformen, einschließlich traditioneller kultureller Ausdrucksformen, ein wichtiger Faktor ist, der Einzelpersonen und Völkern die Möglichkeit gibt, ihre Ideen und Werte auszudrücken und anderen mitzuteilen (...) 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

Erwägungsgründen der europäischen Urheberrechts-Harmonisierungs-Richtlinien¹²¹⁸. So fasst beispielsweise Erwägungsgrund 31 der Informationsgesellschafts-Richtlinie programmatisch zusammen: »Es muss ein angemessener Rechts- und Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechteinhabern sowie zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechteinhabern und Nutzern von Schutzgegenständen gesichert werden.«. Vor diesem Hintergrund erscheint es vertretbar, dass ein neben den Urheberschutzzweck tretender Nutzerschutzzweck mit den vorstehenden Schutzerwägungen nicht nur vereinbar ist, sondern ihrer Intention geradezu Ausdruck verleiht¹²¹⁹.

Auch die urheberzentrierte Sichtweise der RBÜ (vgl. etwa deren Art. 1)¹²²⁰ spricht – insbesondere bei Aufrechterhaltung der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessenwahrung im engeren Sinne – nicht von vornherein gegen eine behutsame Normzweckerweiterung. Schließlich lässt sich argumentieren, dass die Fokussierung auf den Urheber nicht notwendig als abschließend zu betrachten ist. Solange die grundsätzliche persönlichkeits- und vermögensrechtliche Zuordnung des Werks zum Urheber gewährleistet bleibt – wie dies auch in der vorliegenden Arbeit propagiert wird –, spricht vielmehr alles dafür, dass das Ausmaß des Urheber-Schutzes unter Gemeinwohlgesichtspunkten gestaltbar bleibt¹²²¹. Im Übrigen lässt sich völkerrechtlich der Standpunkt einnehmen, dass durch weniger urheberzentrierte und stärker nutzenorientierte, industrie- und kulturpolitisch geprägte internationale Abkommen in den vergangenen Jahrzehnten ohnehin bereits ein historischer Wandel eingetreten ist, der es ermöglicht, im Wege dyna-

werden dürfen, als hätten sie nur einen kommerziellen Wert (...)«, S.a. in der Zusammenfassung Art. 1 a) und g), Art. 2 Nr. 7, Art. 4 Nr. 1 a.E., Art. 6 e) und g) und nicht zuletzt Art. 7 des Abkommens.

1218 In Erwägungsgrund 14 der Informationsgesellschafts-Richtlinie wird beispielsweise die Förderung des Lernens und kultureller Aktivitäten, in Erwägungsgrund 22 die Förderung der Verbreitung der Kultur als Ziel der Informationsgesellschafts-Richtlinie beschrieben, allesamt Zielvorstellungen, die einen aktiven und selbstbestimmten Werknutzer voraussetzen. In einem ähnlichen Licht lässt sich auch die Präambel des WIPO Copyright Treaty (WCT) vom 20.12.1996 sehen: «(...) *Recognizing* the profound impact of the development and convergence of information and communication technologies on the creation and use of literary and artistic works (...) *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.«.

1219 Inwieweit dies auch für konkrete nutzerschützende Vorschriften gilt, braucht auf dieser abstrakt-generellen Ebene nicht entschieden zu werden. Insoweit ist der nationale gesetzgeberische Gestaltungsspielraum freilich stark eingegrenzt; erinnert sei nur an den gemäß Erwägungsgrund 32 abschließenden Schrankenkatalog der Informationsgesellschafts-Richtlinie oder den Dreistufentest, Art. 5 Abs. 5 der vorbezeichneten Richtlinie.

1220 Art. 1 der RBÜ in ihrer Pariser Fassung vom 24. Juli 1971 lautet: »Die Länder, auf die diese Übereinkunft Anwendung findet, bilden einen Verband zum Schutz der Rechte der Urheber an ihren Werken der Literatur und Kunst.«. Für eine rein urheberzentrierte Lesart des RBÜ siehe etwa Dietz, Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung, in: FS Schriener I, S. 1, 4.

1221 Ganz in diesem Sinne Peukert, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Hilty/Peukert, S. 11, 22.

mischer Auslegung (oder gar als durch allgemeine Übung und deren Anerkennung durch die Vertragsparteien entstandenes Völkergewohnheitsrecht) auch die RBÜ in einem stärker nutzen- und nutzerorientierten geprägten Licht kontextual zu interpretieren¹²²². Im Ergebnis ist das hier auf Grundlage eines integrativen Rechtfertigungsmodells verfolgte bipolare Normzweckkonzept mithin im Grundsatz mit europäischen und internationalrechtlichen Vorgaben vereinbar.

B. Weitere in Betracht kommende Normzwecke

I. Schutz der Allgemeinheit als weiterer Normzweck?

Die urheberrechtliche Normzweckerweiterung um einen expliziten Nutzerschutz wirft die Frage auf, ob sich die Revision der urheberrechtlichen Normzwecke darin erschöpfen sollte. Auf den ersten Blick erscheint es beispielsweise naheliegend, auch den Schutz der Allgemeininteressen als weiteren Normzweck zu reklamieren.

1. Gründe für Ausdehnung auf Schutz der Allgemeinheit

Eines der Anliegen dieser Arbeit ist es, soweit wie möglich eine kollektivistisch-konsequentialistische Rechtfertigung, wie wir sie beispielsweise aus dem als »utilitaristisch« apostrophierten US-amerikanischen Copyright kennen, in das deutsche bzw. kontinentaleuropäische Urheberrechtssystem zu integrieren und für die Rechtsentwicklung fruchtbar zu machen. Im Ergebnis soll das Urheberrecht dadurch über das traditionelle urheberzentrierte Paradigma hinaus Gemeinwohlbelangen wie etwa der Förderung des kulturellen, wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Fortschritts sowie der Verwirklichung einer offenen Kultur die-

1222 Ähnlich bereits *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 489. Eine interessante Frage, die hier aber nicht weiter vertieft werden soll, ist in diesem Zusammenhang, inwieweit namentlich das UNESCO-Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen eine gewandelte Lesart der RBÜ zu befördern vermag; Art. 20 Abs. 1 a) sieht immerhin vor, dass die Vertragsparteien des Abkommens »bei der Auslegung und Anwendung anderer Verträge, deren Vertragsparteien sie sind, oder bei Eingehen anderer internationaler Verpflichtungen die einschlägigen Bestimmungen dieses Übereinkommens« zu berücksichtigen haben. Relevante Bestimmungen könnten insoweit z.B. Art. 1 a) und g), Art. 2 Nr. 7 und v.a. Art. 7 sein. Art. 20 Abs. 2 schwächt die Vorgabe aus Art. 20 Abs. 1 a) andererseits wieder ab. Danach ist dieses Übereinkommen »nicht so auszulegen, als verändere es die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien aus anderen Verträgen (...)«. Letztlich wird man bei dieser Frage vor allem eine Antwort darauf finden müssen, inwieweit die RBÜ selber überhaupt auslegungsfähig, also aufgrund von Wertungsspielräumen einer Auslegung im Lichte der UNESCO-Konvention zugänglich ist.

nen¹²²³. Denn das Allgemeininteresse hat, um eine prägnante Formulierung von *Schricker* aufzugreifen, »nicht nur Schranke, sondern auch Schutzgrund des Urheberrechts« zu sein¹²²⁴. »Bedenkt man die kulturellen, wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen des Urheberrechts,« so *Schricker*, »so liegt die Forderung an den Gesetzgeber (und den Wertungsspielräume ausfüllenden Richter) nahe, das Allgemeininteresse auch im positiven Sinn in Rechnung zu stellen«¹²²⁵. Eine Normzweckerstreckung auf den Schutz der Allgemeininteressen erscheint insofern *prima facie* überaus einleuchtend. Eine Bezugnahme auf Nutzerschutz und Schutz der Allgemeininteressen mutet auch deshalb sinnvoll an, weil die Summe der individuellen Nutzerinteressen sich nicht zwingend decken muss mit den überindividuellen Interessen der Allgemeinheit. Eine Schrankenregelung etwa wird nicht in allen Konstellationen unmittelbar dem Schutz individueller Nutzerinteressen dienen, sondern eher bzw. auch der Förderung überindividueller Allgemeininteressen¹²²⁶. Auf den ersten Blick scheinen diese häufig verfassungs- oder menschenrechtlich basierten Metaziele bei einer Beschränkung auf das Schutzsubjekt »Nutzer« nicht ausreichend Berücksichtigung zu erfahren. Dies alles spricht für eine Ausdehnung der urheberrechtlichen Regelungszwecke auf einen Schutz der Allgemeinheit.

1223 Für die Übernahme eines überindividuellen Schutzzwecks in Form einer »Förderung der kulturellen und kulturwirtschaftlichen Entwicklung« als Hinzufügung zu unserem traditionellen Individualschutz hat sich u.a. auch *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.

1224 *Schricker*, GRUR 1992, 242, 246.

1225 *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl., Rn. 13.

1226 Auf diesen Aspekt verweist auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 383, Fn. 1967. *Bechtold*s in diesem Zusammenhang geäußerte Selbstkritik, wonach die »plakative These«, dass sich das Urheberrecht im Bereich der DRM-Systeme »mehr und mehr von einem Urheber- zu einem Nutzerschutz wandeln werde« (S. 382 f., Hervorhebung im Original), »notwendigerweise die Komplexität der gesamten Problematik« verkürze, trifft einen nicht ganz unberechtigten Punkt. Entgegenhalten lässt sich dem freilich, dass diese plakative These gerade aufgrund ihrer vereinfachenden Personalisierung, also ihrer pointierten Zuspitzung auf die Person des Nutzers, an identifikationsstiftender Überzeugungskraft und rechtspolitischer Operationalisierbarkeit gewinnt. Man kann insofern zur Rechtfertigung der Normzwecke »Nutzerschutz« auch *Luhmann*, Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 7 ff., 166 ff., anführen, der sich intensiv mit der Funktion von Zwecken in sozialen Systemen beschäftigt hat. Nach *Luhmann* dient eine Zweckorientierung notwendigerweise der Reduktion von Komplexität; mit anderen Worten also der Vereinfachung, die ein System überhaupt erst handlungsfähig werden lasse (S. 179: »(...) die Funktion der Zwecksetzung läßt sich in einem ganz allgemeinen Sinne als Funktion der Absorption von Komplexität und Veränderlichkeit denken«).

2. Kritische Würdigung

Die alleinige Anknüpfung an die Person des Nutzers stellt nur scheinbar eine Vernachlässigung der Allgemeininteressen dar. Denn: Der Schutz der Allgemeinheit ist bei einer (auch) gemeinwohlorientierten bzw. kollektivistisch-konsequentialistischen Rechtfertigung urheberrechtlicher Regulierung bereits systemimmanent. Kollektivistisch bedeutet schließlich nichts anderes als dass nachdrücklich der Vorrang des gesellschaftlichen Ganzen vor dem Individuum betont wird.

Letztlich geht es also darum – wie einleitend bereits betont –, Ziel und Zweck urheberrechtlicher Regulierung auseinanderzuhalten. Ein Zweck ist immer einem Mittel zugeordnet. Ein Ziel ist indessen einem Zweck übergeordnet, wobei seine Erreichung wiederum häufig an die Verkettung von Zwecken gebunden ist. Das Ziel ist dabei der definierte und angestrebte Endpunkt eines Prozesses¹²²⁷. Kurz: »jeder Zweck ist auch Ziel, aber ein Ziel wird erst dann zum Zweck, wenn die zu seiner Realisierung notwendigen Mittel mit reflektiert werden«¹²²⁸. So gesehen ist der Schutz- oder der Normzweck die normative Umschreibung dessen, was der Gesetzgeber durch Zuweisung von Schutzsubjekten und -objekten, also mittels der prinzipiellen gesetzlichen Grundordnung, die sich in den Einzelregelungen widerspiegelt, idealtypischerweise erreichen möchte. In der vorliegend zu beantwortenden Konstellation ist das dem System der aufgeführten Normzwecksubjekte der Urheber und Nutzer übergeordnete Ziel, bei folgenreicher Betrachtungsweise den Ziel- und Wertvorstellungen der in dieser Arbeit vorgeschlagenen Präambel optimal dienlich zu sein. Das erstrebte Ziel der Gemeinwohlförderung, insbesondere der Förderung kreativen Schaffens, geht gewissermaßen in der effizienten und gerechten Austarierung der beiden Normzwecke auf. So liegt beispielsweise keineswegs nur die Berücksichtigung der Nutzerinteressen, sondern auch der Schutz der Urheberinteressen im Allgemeininteresse. Von daher wäre es falsch, das Schutzsubjekt »Nutzer« durch den Normzweck »Schutz der Allgemeinheit« zu ergänzen. Dies griffe wesentlich zu kurz und würde der hier verfolgten primär gemeinwohlorientierten Zielausrichtung methodisch nicht gerecht¹²²⁹. Eine kollektivistisch-konsequentialistisch begründete Gemeinwohlförderung manifestiert sich nämlich nicht nur in dem Normzweck des Nutzerschutzes, sondern greift auf den Normzweck des Urheberschutzes über und findet

1227 Vgl. zum Ganzen: *Brockhaus*, Bd. 24, S. 540 (Ziel) und S. 646 (Zweck).

1228 *Brockhaus*, Bd. 24, S. 646.

1229 Man kann insoweit auch eine staatstheoretische Argumentationsweise bemühen, wie dies *Nordemann*, Wettbewerbs-/Markenrecht, Rn. 55, in Bezug auf den von ihm abgelehnten wettbewerbsrechtlichen Schutz der Allgemeininteressen – mit einer möglicherweise zu idealtypischen Sichtweise (Stichwort: fehlende »Verfahrensgerechtigkeit«) – getan hat: »Die »Allgemeinheit« ist in Wahrheit die in unserem Staate lebende Gesamtheit von Menschen, also das Volk. Seine Repräsentation ist der Staat; er vertritt durch die staatlichen Organe die Interessen des Volkes und damit der Allgemeinheit. Das geschieht, indem zur Wahrung der Allgemeininteressen Gesetze erlassen werden, z.B. das UWG. Was dort geregelt ist, sieht demnach die Allgemeinheit als in ihrem Interesse regelungsbedürftig an. Da

in ihm gleichberechtigt ihre Verkörperung¹²³⁰. Ein Abrücken von dem hier verfolgten bipolaren Normzweckmodell bedeutete damit letztlich, das Ziel fälschlicherweise zum Zweck zu machen.

II. Schutz der Verwerter als weiterer Normzweck?

Richtigerweise ist davon auszugehen, dass das Urheberrecht primär eine tripolare Interessenlage zu einem Ausgleich zu bringen hat¹²³¹. Es gilt, die Interessen der Urheber, Nutzer und Verwerter zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund könnte man auf den Gedanken kommen, auch im Schutz der Verwerter einen urheberrechtlichen Normzweck zu erkennen.

1. Gründe für Ausdehnung auf Verwerterenschutz

Die Argumente, die für einen Normzweck »Verwerterenschutz« sprechen, scheinen auf den ersten Blick erdrückend zu sein¹²³². Dies gilt vor allem dann, wenn man sich die tatsächliche Wirkungsweise des urheberrechtlichen Schutzes vor Augen führt. Wie in Kapitel 3 B. näher ausgeführt, sind es in der Praxis nämlich faktisch in erster Linie die Verwerter, die vom urheberrechtlichen Schutzinstrumentarium profitieren. Sie sind es, die mit Hilfe des Urheberrechts *im engeren Sinne* die Investitionen amortisieren, die sie in die (teilweise von ihnen initiierte) Schaffung, in die Distribution und das Marketing von Geisteswerken tätigen. Dementsprechend ist an die Stelle des theoretisch urheberzentrierten Urheberrechts in der rechtspolitischen Diskussion vielfach ein verwerterzentriertes Urheberrechtsverständnis getreten. Das Urheberrecht ist mit anderen Worten in weiten Teilen von

also bei jedem Gesetz die Interessen der Allgemeinheit Berücksichtigung finden, bleibt ein auf die Allgemeinheit ausgerichteter Schutzzweck eine leere Worthülse, sofern er nicht konkretisiert wird. Dabei kommt man aber wieder zum ursprünglichen Ausgangspunkt des UWG – Schutz der Mitbewerber und Schutz der Marktgegenseite – zurück.«.

1230 Die hier aufgeworfene Problematik ist eng verwandt mit der nachfolgend zu beantwortenden Frage (Kap. 5 B. III.), ob eine Normzweckerweiterung sich auch auf den Schutz der Institution Wettbewerb erstrecken sollte. Es kann vorweggenommen werden, dass dort die Argumentation eine ähnliche sein wird.

1231 Dietz, GRUR Int. 2006, 1, 9; Hilty, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325 und 329 ff.; ders., The Expansion of Copyright Law and its Social Justification, in: Copyright Law and the Information Society in Asia, Hg. v. Heath/Liu, S. 1, 24 ff.

1232 Auch der Verfasser ist in einem frühen Stadium dieser Arbeit von einem expliziten Verwerterenschutz und der Annahme einer sich auf Urheber, Nutzer und Verwerter erstreckenden »Schutzzwecktrias« ausgegangen. Ein entsprechendes Erklärungsmodell wurde von ihm etwa im Rahmen der MPI-Konferenz »Interessenausgleich im Urheberrecht – Teil 3« am 6.10.2005 in Berlin vorgestellt. Aus den nachfolgenden Ausführungen geht hervor, warum von diesem tripolaren Normzweckmodell Abstand genommen wurde.

einem Kulturrecht zu einem Recht der Kulturindustrie mutiert¹²³³. Dieser Wandel spiegelt sich besonders deutlich und in zunehmender Form in den Erwägungsgründen der europäischen Richtlinien, die im Bereich des Urheberrechts erlassen worden sind. Wie die Analyse dieser Erwägungsgründe in Kapitel 3 B. ergeben hat, ist dabei spätestens mit der Informationsgesellschafts-Richtlinie¹²³⁴ und zuletzt mit der Durchsetzungs-Richtlinie¹²³⁵ der Investitionsschutzgedanke ins Zentrum des klassischen Urheberrechts vorgedrungen. Das Alimentsbedürfnis des Urhebers und das Amortisationsbedürfnis des Investors werden hier als gleichrangige Schutzerwägungen behandelt, ohne dass (zumindest in der Durchsetzungs-Richtlinie) noch streng nach Urheberrecht und verwandten Schutzrechten differenziert würde. Rechtsökonomische und wirtschaftspolitische Erwägungen sprechen dabei deutlicher als im Falle der Urheber dafür, dem Verwerter einen Anreiz zu setzen, in die Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke zu investieren¹²³⁶. Fraglich ist nur, ob dieser Anreizgedanke und das legitime Bedürfnis nach Investitionsschutz in einen expliziten Normzweck »Verwerterenschutz« münden sollten.

2. Kritische Würdigung

Die vorstehenden Gründe sprechen dafür, den Schutz der Verwerterinteressen zumindest als ein Ziel des Urheberrechts zu betrachten. Sie machen auch ohne jeden Zweifel deutlich, dass die überkommene individualistische Rechtfertigung alleine nicht mehr tragfähig ist und wie hier durch eine konsequentialistische Rechtfertigung, also namentlich ökonomietheoretische und kulturpolitische Schutzerwägungen, ergänzt werden sollte.

1233 *Hoeren*, MMR 2000, 3, spricht von einem Herabsinken des Urheberrechts von einem Kultur- zum Industrierecht.

1234 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft. Siehe v.a. Erwägungsgrund 10: »Wenn Urheber und ausübende Künstler weiter schöpferisch und künstlerisch tätig sein sollen, müssen sie für die Nutzung ihrer Werke eine angemessene Vergütung erhalten, *was ebenso für die Produzenten gilt*, damit diese die Werke finanzieren können. Um Produkte wie Tonträger, Filme oder Multimediaprodukte herstellen und Dienstleistungen, z.B. Dienste auf Abruf, anbieten zu können, sind beträchtliche Investitionen erforderlich. *Nur wenn die Rechte des geistigen Eigentums angemessen geschützt werden, kann eine angemessene Vergütung der Rechteinhaber gewährleistet und ein zufrieden stellender Ertrag dieser Investitionen sichergestellt werden.*« (Hervorhebung durch den Verf.); s.a. die Erwägungsgründe 2, 4 und 9.

1235 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Amtsblatt der Europäischen Union. Siehe v.a. Erwägungsgründe 1, 3, 9, 29.

1236 Die kritische Würdigung des Anreizparadigmas hat oben zur nicht sonderlich erstaunlichen Erkenntnis geführt, dass der Verwerter in weitaus größerem Maße für derlei monetäre Anreize empfänglich ist als der Urheber, s. Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (3).

Mit alledem ist aber noch nichts darüber gesagt, ob der Verwerterenschutz auch zum Zweck urheberrechtlicher Regulierung erhoben werden sollte. Von einem Zweck wäre erst dann zu sprechen, wenn *de lege lata* im Urheberrecht im engeren Sinne entweder bereits Mittel vorhanden wären, die unmittelbar dem Ziel des Verwertereschutzes dienen, oder aber *de lege ferenda* solche Mittel im Rahmen einer Gesamtabwägung zu befürworten wären¹²³⁷.

De lege lata sollten die nicht zu leugnenden tatsächlichen Schutzwirkungen zugunsten der Verwerter nicht den Blick dafür verstellen, dass ihr Schutz zumindest im kontinentaleuropäischen Urheberrecht nur ein vom Urheber abgeleiteter ist. Sie haben keine originären Verwertungsrechte, sondern nur derivative Nutzungsrechte¹²³⁸. Der Verwerterenschutz stellt somit nur einen Reflex des Urheberschutzes dar. Man darf insoweit nicht den Fehler begehen, die tatsächliche Wirkungsweise des Urheberrechts mit dessen normativen Zweck gleichzusetzen.

Weniger eindeutig stellt sich die Situation *de lege ferenda* dar. Hier könnte man argumentieren, dass Zweck und tatsächliche Wirkungsweise einer Norm im Idealfall deckungsgleich sein sollten. Optimalerweise bewirkt – wie Dreier in einem anderen Zusammenhang treffend formuliert hat – eine »Norm grundsätzlich also auch was sie bezweckt und bezweckt sie, was sie bewirkt«¹²³⁹. Die Differenzierung zwischen Normzweck und tatsächlicher Wirkung hat dabei den Vorzug, eine Diskrepanz von normativ Intendiertem und dem mit den Mitteln des Rechts tatsächlich Bewirkten präzise festzustellen. Komme es zu einer solchen

1237 Siehe die bereits mehrfach bemühte Unterscheidung zwischen Zweck und Ziel in *Brockhaus*, Bd. 24, S. 646: »jeder Zweck ist auch Ziel, aber ein Ziel wird erst dann zum Zweck, wenn die zu seiner Realisierung notwendigen Mittel mit reflektiert werden«.

1238 Eine gewisse Abweichung von diesem Prinzip lässt sich vom Ergebnis her aber beim urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen beobachten. Mit § 69b UrhG ist in Umsetzung von Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 91/250/EWG des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen eine spezielle Regelung der Rechtsinhaberschaft an Computerprogrammen geschaffen worden. Diese Bestimmung sieht ein vertraglich abdingbares Recht des Arbeitgebers zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse in den Fällen vor, in denen ein angestellter oder in einem Dienstverhältnis stehender Programmierer ein Computerprogramm in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen seines Arbeitgebers geschaffen hat, Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 69b, Rn. 2; Schricker-Loewenheim, Urheberrecht, § 69b, Rn. 1. Auch wenn der Programmierer dogmatisch der originär Berechtigte bleibt, ist der angestellte Programmierer nach dieser Regelung somit im Regelfall von der Verwertung des von ihm geschaffenen Programms ausgeschlossen, sofern er nicht vertraglich etwas anderes vereinbaren konnte. Letztlich handelt es sich bei dieser Bestimmung aber lediglich um eine Sonderregelung, die nur für Computerprogramme gilt. Die mit ihr beabsichtigte Stärkung der Arbeit- und Dienstgeberposition und der generell hinter dem urheberrechtlichen Schutz für Computerprogramme stehende Investitionsschutzgedanke dürfen nicht dazu verleiten, das Urheberrecht fälschlicherweise von seinen Fremdkörpern her neu bestimmen zu wollen. Der Schutz für Computerprogramme ist und bleibt schutzrechtssystematisch ein Fremdkörper im Urheberrecht, kritisch auch u.a. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 69b, Rn. 2. Die durch diesen Regelungskomplex ausgelösten dogmatischen Friktionen sollten nicht Ausgangspunkt für eine Revision der urheberrechtlichen Normzwecke sein.

1239 Dreier, Kompensation und Prävention, Teil 1, Kap. 4, II, S. 126.

Diskrepanz, so *Dreier* weiter, »wirkt also eine Rechtsfolge nicht mehr in der ursprünglich bezweckten Weise oder vermag der ursprüngliche Zweck nicht mehr die ursprünglich beabsichtigte Wirkungsweise zu erzeugen – so macht die Unterscheidung den Blick auf eine allfällige Korrektur frei.«¹²⁴⁰ Um auf das Auseinanderfallen von tradiertem Normzweck und tatsächlicher Wirkungsweise zu reagieren, sind im Wege der Rechtsfortbildung prinzipiell verschiedene Reaktionsmuster denkbar. De lege lata besteht theoretisch die Möglichkeit einer veränderten Auslegung, während de lege ferenda grundsätzlich ein gewisser Spielraum gegeben ist, den Zweck einer Norm zu modifizieren, zu schärfen, zu ergänzen oder auch neu zu schaffen¹²⁴¹. Der Zweck einer Norm ist nie statisch. Er ist Änderungen zugänglich, muss es sogar sein, soll ein Gesetz ein wirksames Instrument zur Lösung neuer, rechtlich relevanter Problemstellungen sein, die sich im Laufe der Zeit ergeben. Vorliegend ist somit zu entscheiden, ob man am ursprünglich intendierten Normzweck trotz divergierender tatsächlicher Wirkungsweise weiterhin festhalten will und ihn unbeirrt verwirklichen möchte, oder ob man sich umgekehrt dazu entschließt, den bestehenden Normzweck einer geänderten Wirkungsweise anzupassen. Letzteres kann dann auch so weit gehen, angesichts der primär verwertererschützenden Wirkungsweise im Wege der Rechtsfortbildung mit einer Normzweckerstreckung auf den Verwerterenschutz zu reagieren.

Ein denkbares Mittel, um den Schutz der Verwerter- bzw. Investoreninteressen zum vollwertigen Normzweck zu erheben, wäre dann etwa die originäre Rechteinhaberschaft desjenigen Arbeitgebers bzw. Investors, der bei besonders investitionsintensiven oder gebrauchszweckorientierten Werken mit geringer Schöpfungshöhe das Risiko für eine Werkproduktion trägt¹²⁴². Die dogmatische Anerkennung des Investitionsschutzes als schutzbegründendem Prinzip führte de lege ferenda somit theoretisch zu der Option, vom reinen droit d'auteur-Ansatz abzuweichen und das Urheberrecht zumindest teilweise für die aus dem anglo-ameri-

1240 *Dreier*, Kompensation und Prävention, Teil 1, Kap. 4, II, S. 126.

1241 Siehe zum Ganzen allgemein auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, Kap. 4, II., S. 126.

1242 *Peukert*, UFITA 2002/III, 689, 701 f. Alternativ ließe sich auch über eine Stärkung der Auftraggeberposition durch eine urhebervertragsrechtliche Fiktion einer regelmäßigen Nutzungsrechtseinräumung bei Auftragswerken nachdenken. Diese Lösung ließe das dem Monismus und abgeschwächt auch dem Dualismus zugrundeliegende Unübertragbarkeitsdogma unangetastet. Konsequenz wäre gewissermaßen eine Umkehr der Beweislast: Das UrhG fingierte dann für näher zu spezifizierende Auftragswerke die regelmäßige und umfassende Nutzungsrechtseinräumung; behauptete der Urheber eines investitionsintensiven Werkes mit geringem persönlichen Gehalt, dass ein bestimmtes Nutzungsrecht nicht eingeräumt wurde, müsste er darlegen und beweisen, dass das jeweilige Nutzungsrecht dem Verwerter tatsächlich nicht eingeräumt wurde. Zugunsten einer solchen urhebervertragsrechtlichen Fiktion könnte man anführen, dass sie die ohnehin bestehende Vertragspraxis mehr oder weniger abbildete und dass die Spezifizierungslast zugunsten der Verwerter entfiele, wovon im Endeffekt geringere Transaktionskosten zu erhoffen wären. Auch trüge eine solche Bestimmung, die dogmatisch zumindest teilweise auf eine Umkehr

kanischen Rechtsraum bekannte »Work-made-for-hire-Doktrin« zu öffnen¹²⁴³. Argumente für eine solche Durchbrechung des Schöpferprinzips (§§ 7, 11 UrhG) ließen sich durchaus finden¹²⁴⁴, jedoch springen einem die mit einer solchen ausnahmsweisen Durchbrechung des Schöpferprinzips verbundenen, schier unüber-

der Zweckübertragungsregel (§ 31 Abs. 5 UrhG) hinausliefe, der Erwägung Rechnung, dass es wenig sachgerecht erscheint, dass ein Vertrag im Zweifel allein zugunsten einer Partei – nämlich der des Urhebers – ausgelegt werden soll. Es leuchtet auf Grundlage einer kollektivistisch-konsequentialistischen Rechtfertigung urheberrechtlicher Regulierung nicht ein, warum das Urheberrecht in sämtlichen Konstellationen gleichsam die Tendenz haben soll, »soweit wie möglich beim Urheber zurückzubleiben«, so aber bekanntlich *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 365; kritisch dazu auch *Hilty*, Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse, in FS Reh binder, S. 259, 274. Der Nachteil dieser Konstruktion wäre (zumindest aus Sicht der Verwerter), dass die Urheberpersönlichkeitsrechte unverändert beim Urheber verblieben und die Auswertung des Werkes somit weiterhin durch deren Geltendmachung torpediert werden könnte (indes wäre dies wohl ein eher theoretisches Problem, denn Urheber machen ihre Urheberpersönlichkeitsrechte eher selten geltend, weil sie in aller Regel die zukünftige Zusammenarbeit mit dem jeweiligen Auftraggeber nicht gefährden wollen).

- 1243 Ein vollständiger und regelmäßiger Übergang der Rechtsinhaberschaft auf den Investor – also der weitest mögliche Paradigmenwechsel in Gestalt einer uneingeschränkten Aufgabe des Schöpferprinzips – wäre bei Annahme einer tripolaren Normzwecktrias von vornherein abzulehnen. So ist bei gleichberechtigter Anerkennung des Normzwecks »Verwerter-schutz« neben dem Normzweck »Urheberschutz« prinzipiell kein Raum für eine einseitige Zuerkennung der urheberrechtlichen Befugnisse ausschließlich zugunsten des VerwerTERS. Diese Aussage lässt sich andererseits aber auch umkehren. Denn mit einer hierarchiefrei konzipierten Normzwecktrias, die neben dem Urheber- und Nutzerschutz zugleich den VerwerTERSchutz verfolgte, wäre die unbeirrte Aufrechterhaltung eines ausnahmslos geltenden Schöpferprinzips konsequenterweise ebensowenig vereinbar. Die ausschließliche Zuordnung der urheberrechtlichen Befugnisse an die natürliche Person des Werkschöpfers stünde dann gleichermaßen in Frage. Im Übrigen verlangt die in dieser Arbeit verfolgte utilitaristisch-konsequentialistische Schutzrechtfertigung, die die Verknüpfung der Schutzgewährung mit der natürlichen Person des Werkschöpfers in den Hintergrund treten lässt, keine vollständige Preisgabe des Schöpferprinzips. Denn grundsätzlich sind auch Utilitarismus und Schöpferprinzip durchaus miteinander vereinbar, vorausgesetzt, zum größten Nutzen aller Beteiligten wird Gesichtspunkten wie der Verkehrsfähigkeit und einem geringen Transaktionskostenaufwand bei der Werkverwertung bzw. -nutzung Genüge getan, *Peukert*, UFITA 2002/III, 689, 701, Fn. 24.

- 1244 S. *Schweikart*, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 123, 125 ff. Anführen ließen sich etwa die Tendenz zum entpersönlichten Werkschaffen oder der Umstand, dass das strikte Festhalten am Schöpferprinzip ein Hindernis für die internationale Urheberrechtsharmonisierung darstellt. Auch ist der dem Schöpferprinzip zugrundeliegende Schutzgedanke in der Praxis durch eine in aller Regel umfassende Nutzungsrechtseinräumung ohnehin ausgehöhlt. Eine Durchbrechung des Schöpferprinzips würde so gesehen lediglich Rechtstheorie und Rechtswirklichkeit miteinander versöhnen. Auch *Hilty*, Basler Nachdrucks- verbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. *Dittrich*, S. 20, 38, erwägt eine Durchbrechung des Schöpferprinzips: »Die Aufgabe eines Urheberrechts des nächsten Jahrhunderts muß es deshalb sein, jedem

windlichen Abgrenzungsprobleme unmittelbar ins Auge¹²⁴⁵. Das Monismus und Dualismus zugrundeliegende – angesichts wirtschaftlicher Vermarktungsbedürfnisse und gewandelter Vorstellungen zur Verkehrsfähigkeit persönlichkeitsrechtlicher Befugnisse letztlich aber nicht mehr zeitgemäße und aus diversen anderen Gründen fragwürdige – Unübertragbarkeitsdogma¹²⁴⁶, wäre derweil noch die kleinere rechtsdogmatische Hürde. Es wäre bei dieser Gelegenheit unter Umständen aufzugeben.

Unabhängig davon, wie explizit verwertererschützende Mittel theoretisch ausgestaltet werden könnten, lässt sich gegen eine derartige urheberrechtliche Normzweckerweiterung aber anführen, dass ein Schluss vom Sein auf das Sollen tunlichst vermieden werden sollte. Nur weil die Verwerter ein legitimes Amortisationsbedürfnis haben und sie maßgeblich vom urheberrechtlichen Schutzinstrumentarium profitieren, heißt dies noch nicht, dass darauf mit einer dementsprechenden Zweckänderung in der Urheberrechtsdogmatik reagiert werden sollte. Die mit einer solchen programmatischen Festlegung auf den Verwerterenschutz verbundene Aufwertung der Verwerterinteressen würde es nämlich massiv erschwe-

Werkschaffenden den Schutz zu gewähren, welcher den konkreten Verhältnissen angemessen erscheint. So ist es insb denkbar, daß die in gewissen Ländern sture Anwendung des Schöpferprinzips als wesentlicher Grundsatz zwar erhalten bleibt, in gewissen Fällen davon jedoch abgewichen werden muß.«.

- 1244 Eine differenzierte Auseinandersetzung damit, in welchen Bereichen sich ausnahmsweise eine Aufweichung des Schöpferprinzips oder doch zumindest eine Zurückdrängung der Zweckübertragungstheorie befürworten ließe, fordert auch *Peukert*, UFITA 2002/III, 689, 702: »Es müsste im Einzelnen festgestellt werden, in welchen Fallgestaltungen die Investitionen für das (Gesamt-) Werk den Beitrag des einzelnen Kreativen soweit zurücktreten lassen und dessen Leistung derart alltäglich und substituierbar erscheint, dass eine Zuweisung der Rechte zum Investor (insb. Arbeitgeber) gerechtfertigt ist und der Kreative wie jeder andere Arbeitnehmer bzw. Anbieter von Leistungen behandelt wird«.
- 1246 Kritisch zum Unübertragbarkeitsdogma namentlich *Hilty*, Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse, in: FS Rehinder, S. 259, 272 ff., der die Rechtfertigung spezieller urheberrechtlicher Auslegungsgrundsätze wie etwa der Zweckübertragungsregel, »die in keinem anderen – auch immaterialgüterrechtlichen – Regelungsbereich Geltung« beanspruchten, in Zweifel zieht: »(...) die Lehre wandelt auf denkwürdigen Pfaden, wenn sie – man ist fast geneigt zu sagen: naturphänomenale – Rechtmäßigkeiten heraufbeschwört wie den von *Eugen Ulmer* geprägten Satz, es habe das Urheberrecht »gleichsam die Tendenz, so weit als möglich beim Urheber zurückzubleiben« (S. 274). Darüber hinaus bemüht *Hilty* zwei weitere Kritikstränge. Der eine knüpft an die im Anschluss an die *Marlene-Dietrich*-Entscheidung des BGH (GRUR 2000, 709 ff.) in Bewegung geratene Diskussion zur Verkehrsfähigkeit persönlichkeitsrechtlich geschützter Positionen an, die die Trennung in Verwertungs- bzw. Vermögensrechte einerseits und nicht kommerzialisierbare Urheberpersönlichkeitsrechte andererseits in neuem Licht erscheinen lässt (S. 274 ff.). *Hilty* brandmarkt es in diesem Zusammenhang (S. 279) vollkommen zu Recht als einen »Zirkelschluss, von der monistischen urhebervertragsrechtlichen Konzeption auf die fehlende Verkehrsfähigkeit von Persönlichkeitsrechten zu schließen – nachdem es doch eigentlich gerade die Persönlichkeitsrechte sind, derentwegen das Urhebervertragsrecht in seiner eigenwilligen Form geprägt wurde«. In einem weiteren Kritikstrang (S. 279 f.) hinterfragt *Hilty* schließlich, ob der Urheber durch die (praktisch längst ausgehöhlt) Unübertragbarkeit seiner Befugnisse tatsächlich wirksam geschützt werde.

ren, Urhebern und Nutzern im Urheberrecht wieder den Platz einzuräumen, der ihnen gebührt. Wenn wir bereits jetzt feststellen können, dass wir mit dem urheberrechtlichen Schutz offensichtlich zu weit gegangen sind und bereits die existierenden, abgeleiteten Nutzungsrechte in den Händen der Verwerter zu einer zunehmend problematischen Schutzexpansion geführt haben¹²⁴⁷, dann wäre eine weitere Stärkung der Verwerterposition durch einen expliziten urheberrechtlichen Verwerterzuschutzzweck in Kombination mit den entsprechenden verwerter-schützenden Mitteln kontraproduktiv und sowohl den Interessen der Urheber als auch der aktiven und selbstbestimmten Nutzer abträglich. Abgesehen davon wäre er auch nicht erforderlich, denn der Investitionsschutz der Verwerter scheint bereits jetzt grundsätzlich ausreichend mittels abgeleiteter urheberrechtlicher Befugnisse in Kombination mit den speziellen Leistungsschutzrechten gewährleistet¹²⁴⁸.

Neben diesen rechtspolitischen Bedenken würde eine solche Normzweckerweiterung zudem zahlreiche, kaum lösbare Fragen dogmatischer Natur aufwerfen. So wäre etwa die Frage zu beantworten, welches Mindestmaß an Schöpfungshöhe man noch verlangen wollte. Wo wäre, wenn man das Urheberrecht im engeren Sinne einem originären Investitionsschutz öffnete, bei den einzelnen Werkarten die Grenze zu ziehen zwischen schutzfähigen und schutzlosen Werken? Methodenehrlicherweise wären, wenn man den Investitionsschutz als Normzweck dem ersten Teil des UrhG zugrundelegte, die urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen jedenfalls anders als bisher auszugestalten und die Schutzwelle tendenziell weiter abzusenken. Es wäre mithin eine Antwort darauf zu finden, welche Leistung bzw. Investition urheberrechtlichen Schutz erfahren sollte und welche nicht. Sollte jede Investition geschützt werden¹²⁴⁹? Wegen der zu befürchtenden Schutz eskalation wäre dies mit Blick auf das Gemeinwohl wohl kaum der richtige Weg; ganz zu schweigen von den dann immer häufiger auftre-

1247 Statt vieler *Grassmuck*, Freie Software. Zwischen Privat- und Gemeineigentum, S. 403: »Das Urheberrecht müsste vom Kopf auf die Füße gestellt werden. Autorinnen und Öffentlichkeit müssten wieder ins Zentrum gerückt werden, das jetzt von der Rechteindustrie – also denjenigen, die nur abgeleitete Verwertungsrechte vertreten – beansprucht wird. Von der Rechtsintention aus betrachtet wedelt heute der Schwanz mit dem Hund.«.

1248 So bereits *Peukert*, UFITA 2002/III, 689, 701.

1249 Dies würde nahelegen, nach dem Motto »what is copied is worth being protected« gleich zu einem reinen Investitionsschutz im Urheberrecht überzugehen. Über diese Möglichkeit denkt u.a. auch *Kur*, IIC 2004, 1, 19, nach, die die These vertritt, dass sich die Immaterialgüterrechte insgesamt in zunehmendem Maße dem wettbewerbsrechtlichen Leistungs- und Investitionsschutz annähern, dazu *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23, 32 f. Eine solche Denaturierung des Urheberrechts zu einem reinen Leistungsschutzrecht hätte immerhin den Vorzug einer vergrößerten Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, problematisch wäre derweil der zu modifizierende bzw. fehlende internationale Rechtsrahmen.

tenden Schutzrechtsüberlappungen¹²⁵⁰. Nach welchen Kriterien aber sollte differenziert werden? Die Anknüpfung an eine getätigte Investition bietet für solch – rechtspolitisch erforderliche – Differenzierungen keine Anhaltspunkte¹²⁵¹. Dies gilt v.a. dann, wenn die Investition als solche, und nicht das Ziel, dem sie dient, in den Blick genommen wird. Ein reiner Investitionsschutz könnte so beispielsweise zu einem zeitlich unbegrenzten Schutz führen¹²⁵². Aus diesem Grund käme man – wollte man das Urheberrecht nicht zu einem bloßen Vollzugsgehilfen jedweden Amortisationsbedürfnisses degradieren – um normative Wertungen, welche Investitionen als förderungs- bzw. schutzwürdig erachtet werden, nicht umhin¹²⁵³.

Fragwürdig wäre eine solch prominente Berücksichtigung des Investitionsschutzgedankens im Urheberrecht auch insbesondere dann, wenn sie darauf hinausläufe, dass den Verwertern als Investoren undifferenziert der gleiche Schutz wie den Urhebern gewährt würde¹²⁵⁴. Zwar steht außer Frage, dass der Verwerter eines adäquaten rechtlichen Schutzes bedarf, um seine in die Auswertung urheberrechtlich geschützter Werke getätigten Investitionen amortisieren zu können. Fraglich ist allein, ob er dafür undifferenziert die gleichen urheberrechtlichen Befugnisse wie der Urheber benötigt. Genügte dafür nicht möglicherweise ein abgestuftes, leistungsschutzrechtlichen Instrumentarium¹²⁵⁵? Namentlich *Hilty* hat sich wiederholt mit dieser Forderung nach einem differenzierteren Schutzsystem und der Ausgliederung des Investitionsschutzes in einen wettbewerbsrecht-

1250 Nach Ansicht von *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23, 33, hätte eine dominierende Rolle des Investitionsschutzgedankens zur Folge »eine Erosion der Schutzrechtsgrenzen, und zwar nicht allein im Verhältnis zum bisher schutzrechtsfreien Bereich, sondern (...) auch im Verhältnis der einzelnen Schutzrechtskategorien zueinander.«, ab S. 33 ff. zum problematischen Phänomen der »asymmetrischen Konvergenz«, d.h. faktische Nivellierung der Schutzvoraussetzungen bei gleichzeitigem Fortbestehen divergierender Inhalts- und Schrankenbestimmungen.

1251 *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23, 33.

1252 *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?, S. 380, hält es ausgehend von einer Analyse der Unterschiede zwischen Sacheigentum und geistigem Eigentum für theoretisch denkbar, dass der Gesetzgeber seine bisherige Wertentscheidung revidieren und Urheberrechte zeitlich unbeschränkt gewähren könnte.

1253 *Kur*, GRUR 1990, 1, 7.

1254 *Hilty*, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. *Dittrich*, S. 20, 38, demzufolge nicht der mit der festzustellenden »Inflation des Werkbegriffs« verbundene Schutz als solcher problematisch ist, sondern vielmehr die Tatsache, dass die modernen Werkarten genau den selben Urheberrechtsschutz genießen sollen.

1255 *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS *Schricker* II, S. 325, 338 und 347 f.

lich verstandenen Leistungsschutz auseinandergesetzt¹²⁵⁶. Er möchte für die Verwerter allein das ihnen an sich zugedachte und adäquat auf ihr Amortisationsbedürfnis reagierende Schutzinstrumentarium des Leistungs- bzw. Investitionsschutzes mobilisieren¹²⁵⁷. *Hilty* befindet sich dabei im weitesten Sinne in der Gesellschaft derjenigen, die über eine Rückführung des Urheberrechts zu seinen Wurzeln nachdenken¹²⁵⁸. Diese »Back-to-the-roots«-Strategie hat zum Ziel, das Urheberrecht auf den mit den Begriffen »Literatur, Wissenschaft und Kunst« beschriebenen Kern zurückzuführen und sonstige Schutzgegenstände (z.B. Werke der »kleinen Münze«) in leistungsschutzrechtlich geprägte Kodifizierungen zu transferieren¹²⁵⁹. Im Raum stünde bei diesem Ansatz für den wie auch immer zu definierenden »klassischen« Urheberrechtsbereich die Anhebung der

1256 *Hilty*, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. *Dittrich*, S. 20, 37 ff.; *Hilty*, GRUR Int. 1993, 818 ff., inhaltlich darauf basierend *Hilty*, UFITA 124/1994, 85, 127 ff.; *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325, 338 und 347 f. S.a. das von *Hilty* im Rahmen der vom Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum ausgerichteten Konferenz zum »Interessenausgleich im Urheberrecht – Teil 3« am 7.10.2005 in Berlin unter dem Titel »Radikaler Monismus« vorgestellte Denkmodell einer »Trennungstheorie« (bislang unveröffentlicht). Diesem explizit als reines Denkmodell deklarierten Ansatz liegt die Vorstellung einer Aufteilung in zwei getrennte Schutzinstrumente zugrunde: Der Urheber würde wie bisher mittels des Urheberrechts geschützt, bei ihm verblieben sämtliche urheberrechtlichen Befugnisse (insofern handelte es sich um einen »rigorosen Monismus«); der Verwerter würde hingegen allein mit einem neu zu konzipierenden, wettbewerbsrechtlich verstandenen Investitionsschutzrecht geschützt. Damit seine Auswertungshandlungen keine Urheberrechtsverletzung darstellten, bedürfte es einer schuldrechtlichen (d.h. nur inter partes wirkenden) Lizenz einräumung. Abwehrbefugnisse gegenüber Dritten erlangte der Verwerter einzig auf Basis seiner in die Auswertung getätigten Investitionen. Zum Übergang vom spezialgesetzlich gewährten absoluten Rechtsschutz (durch Patent- und Urheberrecht etc.) zu den wettbewerbsrechtlich konzipierten Abwehransprüchen siehe zuletzt *Hilty*, »Leistungsschutz« – made in Switzerland?, in: FS Ullmann, S. 643 ff. mit generellen Überlegungen zur dogmatischen Natur des Leistungs- bzw. Investitionsschutzes ab S. 658.

1257 *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325, 347 f., hat dabei vor allem »das (im Grunde systemwidrige) Fehlen eines Leistungsschutzrechts für den Verleger« im Blick, siehe dazu auch *Hilty*, UFITA 116/1991, 35, 40 ff. und *Hilty*, »Leistungsschutz« – made in Switzerland?, in: FS Ullmann, S. 643, 650 f., Fn. 28 mit weiteren Nachweisen; dazu auch *Schulze* im Rahmen der Abschlussveranstaltung einer deutsch-französischen Vortragsreihe zum Urheberrecht am 13.01.2006 im Europäischen Patentamt in München, siehe dazu den Tagungsbericht von *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475, 480.

1258 Siehe zum Beispiel *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 536, Rn. 1230.

1259 Vgl. *Dietz*, Der »design approach« als Entlastung des Urheberrechts, in: FS Beier, S. 355 ff., 364; *Knöbl*, Die »kleine Münze« im System des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts, S. 159 ff., 308 ff. (für Ausklammerung der kleinen Münze aus dem Urheberrecht); *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 536, Rn. 1230, vertritt die Auffassung, der Respekt für das Urheberrecht lasse sich nur sicherstellen, »wenn man alle technisch-organisatorischen Leistungen, die kaum mehr als Spurenelemente subjektiver Individualität aufweisen, aus dem Kreis der urheberrechtlich geschützten Werke heraus-

Schöpfungshöhe und ggf. die Entwicklung eines neuartigen Leistungsschutzes als Auffangbecken unter dem Dach des Urheberrechtsgesetzes oder auch in einer externen Kodifizierung¹²⁶⁰.

Das Anliegen dieser Strömung in der Urheberrechtslehre überzeugt grundsätzlich. Fraglich ist allein, ob sie auch ein überzeugendes und realisierbares Konzept mitführt. Insoweit bestehen insbesondere hinsichtlich der rechtspolitischen Durchsetzbarkeit zum gegenwärtigen Zeitpunkt Zweifel¹²⁶¹. Das gravierendste Gegenargument zu diesem Ansatz liegt auf der Hand. Nach welchen Kriterien will man beurteilen, was noch zum »klassischen Urheberrecht«, zur »Hochkultur«, zählt und was nicht mehr¹²⁶²? Wie und wo will man die Trennlinie zum Investitionsschutz ziehen? Die vorzunehmende Zweiteilung des Schutzes wäre eine mehr oder weniger gewaltsame Aufteilung und würde das ohnehin komplexe Schutzsystem unnötig verkomplizieren¹²⁶³. Überzeugender erscheint es da, auch für investitionsintensive Werke mit geringem schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad, wie gehabt urheberrechtlichen Schutz bereitzuhalten, um dann aber beim Schutzzumfang stärker als bislang entgegenzusteuern¹²⁶⁴. Denkbare Korrekture sind als Nutzerrechte verstandene Schrankenregelungen, eine verstärkte Umstellung auf Liability Rules oder eine Verkürzung der urheberrechtlichen Schutz-

nimmt« und sie überzeugender durch spezialgesetzliche Leistungsschutzrechte oder flexibel über § 3 UWG schütze; ähnlich *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 61; *Schulze*, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, S. 299 ff. (mit der Forderung nach einem Leistungsschutzgesetz zum Schutz der kleinen Münze); *ders.* im Rahmen der bereits erwähnten Abschlussveranstaltung einer deutsch-französischen Vortragsreihe zum Urheberrecht am 13.01.2006 im Europäischen Patentamt in München, siehe dazu den Tagungsbericht von *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475, 479 f.; *Thoms*, Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, S. 316 ff. und 349 (mit dem Vorschlag für einen Leistungsschutz für solche Sprachwerke, die »neu und eigenartig oder neu und mit einem erheblichen und unvermeidlichen Aufwand an Mühe oder Kosten verbunden sind«).

1260 S.a. *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23, 32.

1261 Rechtspolitisch kaum durchsetzbar ist eine solche Revision des Schutzsystems vor allem dann, wenn mit ihr erklärtermaßen das Ziel verknüpft ist, der gegenwärtig zu beobachtenden Schutzexpansion durch ein Weniger an Schutz für die Verwerter entgegenzuwirken. Die Verwerterindustrie wird nicht freiwillig auf das für sie im Regelfall günstigere Urheberrecht verzichten.

1262 Zu diesem unlösbaren Abgrenzungsproblem (insbesondere bei Herausnahme der »kleinen Münze« aus dem urheberrechtlichen Schutz) *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 30.

1263 *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 30.

1264 Vom Ergebnis her ähnlich *Drexel* im Rahmen der oben erwähnten Abschlussveranstaltung zu einer deutsch-französischen Vortragsreihe zum Urheberrecht am 13.01.2006 im Europäischen Patentamt, München, siehe dazu den Tagungsbericht von *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475, 477 ff.

frist¹²⁶⁵. Abgesehen davon ist zu bedenken, dass man durch das Streben nach einem erweiteren Kanon der Leistungsschutzrechte oder einem eher wettbewerbsrechtlich geprägten Investitionsschutz aus dem internationalen Urheberrechtssystem herausfielen, ohne dass für die degradierten Schutzgegenstände internationale (Leistungsschutz-) Abkommen bereitstünden¹²⁶⁶. Umgekehrt spricht daher die bereits bestehende internationale Regulierung des Urheberrechts gerade für eine behutsame Integration des Investitionsschutzgedankens in das Urheberrecht, da sonst – bei Abdrängung ins Wettbewerbsrecht oder erforderlicher Neukonzeption eines allgemeinen Leistungsschutzrechts – auf lange Sicht die internationale Regulierungsoption wegfielen bzw. zunächst mühsam und rechtspolitisch langwierig erarbeitet werden müsste.

Hinzu käme, dass die tatbestandliche Konturierung eines allgemeinen Leistungsschutzrechts unterhalb der Anforderungen des Urheberrechts im engeren Sinne schier unüberwindliche Schwierigkeiten bereiten würde. Der Sui-generis-Datenbankschutz zeigt, wie dieser Weg allenfalls beschritten werden könnte, nämlich mittels einer Fokussierung auf einzelne Sachverhalte. Alternativ käme nur die Möglichkeit in Betracht, einen generellen, generalklauselartigen Leistungsschutz zu etablieren, der dann wiederum durch einige positivrechtliche Konkretisierungen einzugrenzen wäre¹²⁶⁷.

Ohne jeden Zweifel ist die Urheberrechtslehre bei dieser Frage aufgerufen, ihre gewohnte Denkbahnen zu verlassen. Als durch die klassische Doktrin geprägter Urheberrechtler sucht man stets zuerst nach dem Schutzgegenstand. Eine Annäherung an den Problemkreis über das Wettbewerbsrecht vermag hier unter Umständen zielführender sein, wenn man sich also löst von der Vorstellung

1265 Siehe dazu die Ausführungen in Kap. 5 D. II. Im Übrigen weist Schricker-Schricker, Urheberrecht, Einl. Rn. 30, zu Recht darauf hin, dass das Argument, der urheberrechtliche Schutz der »kleinen Münze« bedeute einen »Überschuss des Schutzes«, nicht sonderlich schwer wiegt: »es handelt sich idR ja um kurzlebige Erzeugnisse, bei denen der Schutz rasch obsolet wird und persönlichkeitsrechtliche Schutzbedürfnisse kaum auftreten.«.

1266 Schricker-Schricker, Urheberrecht, Einl. Rn. 30. Dieses Argument wurde auch im Rahmen der bereits erwähnten Veranstaltung zum Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog vorgebracht, siehe dazu den Tagungsbericht von Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski, GRUR Int. 2006, 475, 478. Dort wurde auch davor gewarnt, dass man sich auf diese Weise auch der Möglichkeit beraube, auch in weniger entwickelten Ländern, die zwar ein Urheberrecht, nicht aber alternative Schutzmöglichkeiten hätten, Einfluss auszuüben.

1267 In diesem Sinne auch Hilty im Rahmen der MPI-Konferenz zum »Interessenausgleich im Urheberrecht – Teil 3« am 7.10.2005 in Berlin und Hilty, »Leistungsschutz« – made in Switzerland?, in: FS Ullmann, S. 643, 661 f. Danach wären beispielsweise bereichsspezifische Pauschalierungen hinsichtlich der Schutzdauer unvermeidlich, damit der Investor nicht in jedem Einzelfall nachweisen müsste, inwieweit er seine Investitionen bereits amortisieren konnte. Im Rahmen einer Abwägung von Verwerter- und Nutzerinteressen durch den Gesetzgeber könnte dies im Vergleich zum Urheberrecht zu deutlich kürzeren Schutzfristen führen (so auch Hilty a.a.O.). Eine weitere gesetzliche Verdichtung wäre insoweit erforderlich, als dass bestimmte Verhaltensformen, welche typischerweise die Amortisation behindern, durch die Definition entsprechender Verletzungstatbestände zu erfassen wären.

eines Schutzgegenstandes und nur darauf abzielt, bestimmte Verhaltensformen zu sanktionieren¹²⁶⁸. Ein solches Umdenken in Richtung wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz wirft aber neue Fragen auf hinsichtlich möglicher Einbußen an Rechtssicherheit und der wirtschaftlichen Verwertbarkeit bzw. Verkehrsfähigkeit der dann geschützten Rechtspositionen. Zu guter Letzt müssten diejenigen, die eine Auslagerung investitionsintensiver oder eher technisch geprägter Leistungen aus dem Urheberrecht im engeren Sinne anstreben, eine Lösung finden, wie sie die Kumulation von derivativen urheberrechtlichen Nutzungsrechten und leistungsschutz- bzw. wettbewerbsrechtlichem Investitionsschutz in der Hand der Verwerter verhindern können¹²⁶⁹. Andernfalls würde ihr Ziel, die Rückführung des Schutzes auf ein gesundes Maß, durch ein Mehr desselben nämlich konterkariert. Solange diese Fragen nicht geklärt sind, können die alternativen Schutzbestrebungen – bei allem Respekt vor den notwendigen Bemühungen um ein differenzierteres immaterialgüterrechtliches Schutzsystem – nicht überzeugen.

1268 Insoweit darf man aber auch nicht aus dem Blick verlieren, dass bei jedem urheberrechtlichen Schutzgegenstand das Verhalten eine Rolle spielt, der Schutzgegenstand wird vielfältigt, verbreitet etc. Umgekehrt geht es auch beim Wettbewerbsschutz nicht bloß um die Erfassung eines spezifischen Verhaltens, auch hier gibt es die Anknüpfung des Verhaltens an Gegenstände, die beispielsweise nachgeahmt werden.

1269 Kritisch, aber nicht per se ablehnend zur Kumulation urheber- und leistungsschutzrechtlicher Schutzmöglichkeiten *Schulze* im Rahmen der Abschlussveranstaltung zu einer deutsch-französischen Vortragsreihe zum Urheberrecht am 13.01.2006 im Europäischen Patentamt in München, siehe dazu den Tagungsbericht von *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475, 479 f. Wollte man erreichen, dass die urheberrechtlichen Verwertungsrechte allein von den Urhebern (und nicht von den Verwertern) ausgeübt werden können, wäre eine entsprechende Beschränkung der Privatautonomie erforderlich. Dies wäre aber freilich eine sehr weitgehende und rechtspolitisch wohl kaum realisierbare Lösung. Abgesehen davon hat diese namentlich von *Hilty* angedachte »Trennungstheorie« mit zwei weiteren Einwänden zu kämpfen. Wollte man diesen Ansatz auf die Spitze treiben (was *Hilty* nicht tut) und den (Investitions-) Schutz der Verwerter soweit zurechtstutzen, dass die Verwerter grundsätzlich nur noch ihre Investitionen zu amortisieren vermöchten – ohne aber darüber hinausgehende, lohnende Gewinne erzielen zu können –, dann wäre neben der an sich erhofften Anreizwirkung auch die auf einer wirtschaftlich besonders erfolgreichen Auswertung einzelner »Bestseller« basierende Querfinanzierung in Gefahr. Durch diese wird aber vielfach erst die Auswertung kommerziell weniger erfolgreicher Werke ermöglicht. Zudem wäre davon auszugehen, dass die größeren Verwerterkonzerne auf das (wohl kaum realisierbare) Einziehen einer »Brandmauer« zwischen urheber- und leistungsschutzrechtlichem Schutz, also der gesetzlichen Unterbindung von vertraglichen Nutzungsrechtseinräumungen, soweit als möglich mit einer vertikalen Integration der Werkproduktion als Ausweichstrategie reagieren würden. Die vorstehenden Gegenargumente wurden auch vorgebracht von Teilnehmern der vom Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum ausgerichteten Konferenz zum »Interessenausgleich im Urheberrecht – Teil 3«, die vom 6.-8.10.2005 in Berlin stattfand und auf der *Hilty* das skizzierte Denkmodell zur Diskussion stellte.

3. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Verwerter- bzw. Investitionsschutz dem Urheberrecht im engeren Sinne keineswegs fremd ist. Über abgeleitete Nutzungsrechte erlangen die Verwerter urheberrechtlichen Schutz, um ihre in die Auswertung urheberrechtlich geschützter Werke getätigten Investitionen zu amortisieren. Nur weil die Verwerter insofern mittelbar maßgeblich vom urheberrechtlichen Schutz profitieren, sollte man aber nicht den Fehler begehen, vom Sein auf das Sollen zu schließen. Tatsächliche Wirkungsweise und normativer Zweck des Urheberrechts sind zweierlei. Von einem Normzweck wäre erst dann zu sprechen, wenn de lege ferenda unmittelbar verwertererschützende Mittel zu befürworten wären. Letzteres ist – wie am Beispiel einer grundsätzlich denkbaren Durchbrechung des Schöpferprinzips und einer originären Rechtsinhaberschaft des Investors untersucht – aber gerade nicht der Fall. Eine derartige Normzweckerweiterung ist aus rechtspolitischen und rechtsdogmatischen Gründen vielmehr deziert abzulehnen.

Von daher ist zwar davon auszugehen, dass der Schutz der Verwerter (als Investoren) mittelbar über das Urheberrecht erfolgen sollte, sofern der Schutz nicht zu stark und nicht zu lang gewährt wird. So gesehen ist der Verwerter- bzw. Investitionsschutz durchaus ein *Ziel* des Urheberrechts – in Ermangelung entsprechender, unmittelbar verwertererschützender Mittel ist er *aber kein Normzweck*. Zweck des Urheberrechts im engeren Sinne ist es vielmehr, primär Kreative zu schützen, seien sie Urheber oder Nutzer¹²⁷⁰.

III. Wettbewerbsförderung als weiterer Normzweck?

In Kap. 4 C. I. 4. b) war davon die Rede, dass das traditionelle Rechterschutzrecht aufgrund seines Ausschließlichkeitscharakters mitunter innovationsschädliche Schutzwirkungen hat und einem freien Wettbewerb abträglich sei. Zugleich wurde oben im Rahmen der ökonomietheoretischen Rechtfertigung urheberrechtliche Regulierung verschiedentlich mit der Korrektur eines Marktversagens begründet¹²⁷¹. Dies vorausgeschickt liegt auf den ersten Blick der Gedanke nahe, die Förderung von Wettbewerb explizit in einen Normzweckkatalog aufzunehmen.

1270 Vgl. *Jehoram*, GRUR Int. 1991, 687, 696 (allerdings beschränkt auf die Person des Urhebers); s.a. *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325, 330, der zu dem ähnlichen Ergebnis gelangt, dass auch wenn sich mit den Interessen der Urheber, Nutzer und Verwerter »im Wesentlichen drei verschiedene, in ihrer jeweiligen »Wertigkeit« jedoch allesamt zu berücksichtigende Interessenpositionen herauskristallisieren, so darf dies gleichwohl nicht vom Grundsatz ablenken, jedenfalls im Ausgangspunkt auf den Sinn und Zweck des Urheberrechtsschutzes abzustellen – also den *Kreativenschutz*.« (Hervorhebung durch den Verf.).

1271 Untersucht wurde durch Marktmacht, externe Effekte, öffentliche Güter oder asymmetrische Informationslagen ausgelöstes Marktversagen.

1. Gründe für Ausweitung um institutionellen Wettbewerbsschutz im Urheberrecht

Das Urheberrecht greift auf vielfache Art und Weise regulierend in den Wettbewerb ein. Die nationale Gewährung eines subjektiven Ausschließlichkeitsrechts mit zeitlicher Befristung und mit territorial Märkte aufgliedernder Wirkung¹²⁷² sowie die urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen als solche¹²⁷³ sind bei statischer Betrachtungsweise bereits selber ein Eingriff in den Wettbewerb. Andere werden durch das Urheberrecht von der Nutzung des Schutzgegenstandes grundsätzlich ausgeschlossen¹²⁷⁴. Die urhebergesetzliche Etablierung von (wenngleich begrenzter) Ausschlussmacht entzieht Werke zugunsten einzelner dem freien Warenverkehr und geht zu Lasten des Wettbewerbs¹²⁷⁵. Zugleich ist die Etablierung von privaten Eigentumsrechten wie dem Urheberrecht anders gewendet aber auch konstitutive Voraussetzung für eine Wettbewerbsordnung¹²⁷⁶. Das Urheberrecht setzt nämlich auf die Zukunft gerichtet Anreize zur Stärkung des Wettbewerbs und dient damit der Steigerung »dynamischer Effizienz«¹²⁷⁷. *Lehmann* hat diese

1272 Immenga-Mestmäcker-Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, VIII. Abschnitt, A., Rn. 1 und eingehend zur wettbewerblchen Bedeutung des urheberrechtlichen Schutzes in den Rn. 24 f.

1273 Deren hohe Wettbewerbsrelevanz äußert sich auch in der Dichotomie schutzlose Idee – schutzfähige Form eines Werkes. Durch diese Unterscheidung wird ein (freilich über die freie Benutzung, § 24 UrhG, geöffneter) Nachahmungsschutz für konkrete Formgebungen bewirkt. Gleichzeitig bleibt Dritten die Möglichkeit der eigenen Verwirklichung derselben Idee erhalten, vgl. Immenga-Mestmäcker-Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, VIII. Abschnitt, A., Rn. 19.

1274 Der überholte Begriff des »gesetzlichen Monopols« lässt dies plastisch werden. *Ullrich* hat in Immenga-Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, VIII. Abschnitt, A., Rn. 2, das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und dem Schutz des geistigen Eigentums präzise so erklärt, »daß dessen Ausschließlichkeitsrechte nach Maßgabe des ihnen gesetzlich zugebilligten Schutzzumfangs den Wettbewerb Dritter mit dem Schutzgegenstand (...) zu unterbinden erlauben, in diesem Sinne also selbst schon wettbewerbsbeschränkend wirken und daß diese Ausschlusswirkung zum Ausgangspunkt, Gegenstand oder Mittel entsprechender oder auch weiterreichender vertraglicher oder sonst konzertierter Wettbewerbsbeschränkungen gemacht sowie einseitig für den Erwerb, die Ausübung oder die Absicherung von Marktmacht eingesetzt werden kann«.

1275 Vgl. Immenga-Mestmäcker-Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, VIII. Abschnitt, A., Rn. 43.

1276 *Fikentscher*, Urhebervertragsrecht und Kartellrecht, in: FS Schricker I, S. 149, 161: »Urheberrechte (sind) notwendiger Inhalt wettbewerblch ausgetragener Wirtschaftsbeziehungen. Handel und Wettbewerb müssen sich auf etwas richten, womit im Wettbewerb gehandelt wird.... zusammen mit Materialgüterrechten und Vertragsrechten sind gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte Wettbewerbsvoraussetzungen.«; Immenga-Mestmäcker-Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, VIII. Abschnitt, A., Rn. 50: »Allein das Schutzrecht nämlich konstituiert das immaterielle bzw. informationelle Gut als aneignungs- und deshalb tauschfähiges Wirtschaftsgut (...)«.

1277 Instruktiv zum Ganzen *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 24 ff.

paradox anmutende Doppelfunktion des geistigen Eigentums treffend als »Wettbewerbsbeschränkung zur Förderung des Wettbewerbs« charakterisiert¹²⁷⁸.

a) Urheberrechtsschranken und Wettbewerb

Wettbewerbsrelevante Strukturmerkmale lassen sich im Urheberrecht in mehrfacher Hinsicht ausmachen. Schranken beispielsweise haben eine wettbewerbsbeschränkende und -fördernde Wirkung. Idealtypischerweise sollten sie bei ökonomischer Betrachtungsweise der Aufrechterhaltung freien Wettbewerbs dienen und Marktversagen korrigieren. Verdeutlichen lässt sich dies am Beispiel der »Pressespiegel-Schranke« (§ 49 UrhG). Die Reichweite dieser Schranke entscheidet über die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer, abgeleitete Produkte wie Mehrwertdienste anzubieten. Eine enge Schrankenfassung verhindert hier – zusammen freilich mit einem oligopolistisch verdichteten Pressemarkt – den Markteintritt beispielsweise für unabhängige Anbieter von Pressespiegeln, die selber nicht über Rechte an Zeitungsartikeln verfügen. Eine weniger restriktive Schrankenfassung ermöglicht demgegenüber – bei Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Urheber – im Interesse der Urheber, Nutzer und Verwerter sinnvolle Angebote und schafft Abhilfe für Marktversagen.

Wettbewerb heißt auch Innovationswettbewerb. Vor diesem Hintergrund ist es Aufgabe der urheberrechtlichen Schranken, nicht nur konsumtive Nutzungen, sondern auch kreativ-schöpferische Innovationsprozesse durch möglichst barrierefreie, d.h. zustimmungsfreie Nutzungsmöglichkeiten, anzustoßen. Umgekehrt formuliert geht es um die Vermeidung von Unternutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte¹²⁷⁹.

b) Urhebervertragsrecht und Wettbewerb

Wettbewerbsbeschränkungen sind im Bereich des Urhebervertragsrechts keineswegs weniger typisch¹²⁸⁰. Die möglichst umfassende Sicherung einer angemessenen Vergütung für den Urheber, die Verlagsverträgen innewohnende besondere

1278 *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356.

1279 Vgl. *Bechtold*, Das Urheberrecht und die Informationsgesellschaft, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 67, 71: »Aus ökonomischer Sicht sollen Schrankenbestimmungen Marktversagen beseitigen, dynamische Innovationsprozesse ermöglichen und soziale Wohlfahrtsverluste begrenzen, die durch eine Unternutzung der geschützten Inhalte entstehen und insofern monopolähnliche Züge aufweisen«; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 313 ff.

1280 *Fikentscher*, Urhebervertragsrecht und Kartellrecht, in: FS Schrickler I, S. 149, 151: »Wettbewerbsbeschränkungen in Urheberrechtsverträgen sind häufig und vielgestaltig.« S.a. *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, S. 381 ff., unter Berücksichtigung des europäischen und schweizerischen Kartellrechts.

Treuebindung sowie die Unübertragbarkeit des Urheberrechts, kurz: die sich im Urhebervertragsrecht manifestierenden, ausgeprägten Partizipations- und Kontrollinteressen¹²⁸¹ des Urhebers, sind besonders geeignet, um mit wettbewerbspolitischen Zielsetzungen in Konflikt zu geraten. Verschärft wird dieser Konflikt noch durch die von Amortisationsinteressen geprägten Werkverwertungsstrategien marktmächtiger Verwerter, die wesensgemäß auf eine vollständige Erfassung und Kontrolle sämtlicher Wertschöpfungsvorgänge urheberrechtlich geschützter Werke abzielen¹²⁸². Selbst wenn man die kartellrechtliche Beurteilung von Verlagsverträgen ausklammert¹²⁸³, wird das Spannungsverhältnis von Urheberrecht und institutionellem Wettbewerbsschutz allein schon bei einer kursorischen Erfassung der in Urheberrechtsverträgen mit einer gewissen Häufigkeit enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen deutlich. Ausschließliche Nutzungseinräumungen beispielsweise können bei einer unangemessen langen Dauer der Exklusivitätsbindung Wettbewerb überaus spürbar beschränken bzw. verfälschen. *Fikentscher* führt als Beispiel für solch unerwünschte wettbewerbsbeschränkende Wirkungen einer Exklusivlizenzvereinbarung u.a.¹²⁸⁴ den Fall »Degeto-Filmeinkauf«¹²⁸⁵ an. Der zugrundeliegende Sachverhalt war hier der, dass sich die Degeto Film GmbH, eine gemeinsame Tochtergesellschaft aller ARD-Fernsehanstalten und zuständig für deren Programmbeschaffung, über einen Zeitraum von 15 Jahren¹²⁸⁶ die exklusiven Fernsehübertragungsrechte an einem Paket von rund 1500 amerikanischen Spielfilmen (darunter die »James-Bond-Filme« und zahlreiche preisgekrönte Filme) lizenzvertraglich gesichert hatte. Da dadurch langfristig eine große Menge an Filmen dem Markt entzogen wurden, sah die Europäische Kommission darin eine Wettbewerbsbeschrän-

1281 Zu diesen Charakteristika des Urhebervertragsrechts *Schricker-Schricker*, Verlagsrecht, Einl. Rn. 50.

1282 Immenga-Mestmäcker-Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, VIII. Abschnitt, A., Rn. 25.

1283 Vgl. *Fikentscher*, Urhebervertragsrecht und Kartellrecht, in: FS Schricker I, S. 149, 170 ff.; *Schricker-Schricker*, Verlagsrecht, Einl. Rn. 52-57. Auch auf die Besonderheiten bei Lizenzverträgen für Computerprogramme sollen hier nicht eingegangen werden, dazu *Lehmann*, Die kartellrechtlichen Grenzen der Lizenzierung von Computerprogrammen, in: Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Hg. v. *Lehmann*, S. 492 ff.

1284 *Fikentscher*, Urhebervertragsrecht und Kartellrecht, in: FS Schricker I, S. 149, 159, führt zudem den Fall »RAI/Unitel« an, bei dem vier prominente italienische Opernsänger exklusiv bei einer Filmproduktionsgesellschaft unter Vertrag waren und jede anderweitige Auswertung ihrer Musik für den Zeitraum der Produktion ausgeschlossen hatten. In der Folge war die Live-Übertragung der 200-Jahrfeier der Mailänder Scala gefährdet, weil die vier Opernsänger bei dieser mitgewirkt hatten.

1285 GRUR Int. 1991, 216.

1286 Für einen Teil der Filme war sogar eine Staffelung der »Lizenzzeit« bis ins Jahr 2013 vorgesehen, vgl. GRUR Int. 1991, 216, 220. Die Lizenzverträge traten wohlgeordnet zum 1.10.1983 in Kraft.

kung¹²⁸⁷. Umfang und Dauer von ausschließlichen Nutzungsrechtseinräumungen können mithin unüberwindbare Barrieren für andere Nachfrager schaffen und Markteintritte Dritter vereiteln¹²⁸⁸.

Preis- und Konditionsbindungen in Verträgen, durch die Nutzungsrechte an urheberrechtlich geschützten Werken eingeräumt werden, führen schließlich das hohe Konfliktpotential von Urhebervertrags- und Kartellrecht auf klassische Weise vor Augen¹²⁸⁹. Vertiefen ließe sich eine Darstellung der wettbewerbsrelevanten Strukturmerkmale des Urhebervertragsrechts noch, indem man die Film- lizenz- und Filmverleihverträge einer näheren Untersuchung zuführte¹²⁹⁰. Letztlich dürfte aber bereits so deutlich werden, dass die Grenze zwischen gesetzesimmanenten Wettbewerbsbeschränkungen (z.B. Exklusivitätsbindungen) zu Konstellationen, die die Anwendung des Kartellrechts erforderlich machen, eine fließende ist¹²⁹¹.

c) DRM und Wettbewerb

Zu welch überschießenden, wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der rechtliche Schutz von technischen Schutzmaßnahmen führen kann, haben zuletzt auf prominente Weise die Fälle »Lexmark«¹²⁹² und »Chamberlain«¹²⁹³ gezeigt. In ihnen bündeln sich die Probleme einer zu weit gehenden urheberrechtlichen Zuweisung subjektiver Rechtspositionen einerseits und der Wettbewerbsschädlichkeit der dadurch entstehenden Monopolstellungen andererseits wie in einem Brennglas. Die dramatischen wettbewerbsbeschränkenden Konsequenzen, die technische Schutzmaßnahmen bzw. deren rechtlicher Schutz auslösen können (potentiell unbegrenzter urheberrechtlicher Schutz, Marktabstottung, marktbeherrschende Stellung auch auf Sekundärmärkten, Ausschluss von Wettbewerbern),

1287 Letztlich kam es in diesem Fall aber dennoch zu einer Freistellung durch die Kommission gem. Art. 85 Abs. 3 EGV; abstellend auf die im Endeffekt ermöglichte Vergrößerung des durch die ARD-Anstalten synchronisierten Filmangebots und damit verbesserte Warenverteilung für die Verbraucher über sog. »Fensterklauseln«, die teilweise Weiterlizenzierungen an Abonentensender und damit Lockerungen der Ausschließlichkeit zuließen, vgl. GRUR Int. 1991, 216, 220.

1288 Vgl. Hilty, Lizenzvertragsrecht, S. 430: »Überhaupt kann jede Form ausschließlicher Lizenzen, sei die Vereinbarung nun horizontaler oder vertikaler Natur, wettbewerbsfeindliche Ziele verfolgen.«.

1289 Fikentscher, Urhebervertragsrecht und Kartellrecht, in: FS Schricker I, S. 149, 161 ff.

1290 Vgl. Fikentscher, Urhebervertragsrecht und Kartellrecht, in: FS Schricker I, S. 149, 180 ff.

1291 Fikentscher, Urhebervertragsrecht und Kartellrecht, in: FS Schricker I, S. 149, 192: »Je mehr sich eine Wettbewerbsbeschränkung vom gesetzes- und treueimmanenten Schutzbereich urhebervertragsrechtlicher Positionen entfernt, desto näher liegt der Rückgriff auf die Vorschriften des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen. Der Übergang ist gleitend.«.

1292 IIC 2005, 264 ff.

1293 IIC 2005, 263.

unterstreichen damit die Notwendigkeit, als Korrektiv auch Wettbewerbsschutz im Urheberrecht selbst anzustreben.

d) *Mögliche Schlussfolgerung*

Die Liste der Beschränkungen und Stärkungen des Wettbewerbs über das Urheberrecht ließe sich fortsetzen. Fraglich ist allein, ob aus den umrissenen wettbewerbsrelevanten Strukturmerkmalen urheberrechtlichen Schutzes die Konsequenz zu ziehen ist, dass die Institution »Wettbewerb« explizit als Schutzzweck zu benennen ist. Wohl inspiriert durch den neugefassten § 1 UWG¹²⁹⁴ fordert dies insbesondere Metzger¹²⁹⁵.

Auch die Äußerungen von Weber, ebenfalls bei der zweiten Tagung der MPI-Veranstaltungsreihe »Interessenausgleich im Urheberrecht« am 02.11.2004 in Berlin, lassen sich in diese Richtung verstehen: »dem Urheberrecht mag durchaus eine Mittelfunktion im wettbewerbsgeprägten Wirtschaftsverkehr zukommen. Es kann Mittel zur Marktallokation und damit zum Wettbewerb sein. Angesichts dieser Verwobenheit des Urheberrechts mit seinem Markt und den darin vorherrschenden Wettbewerbsverhältnissen ist zwingend zu fordern, dass sämtliches urheberrechtliches Handeln auf Übereinstimmung mit der wettbewerbsrechtlichen Wirtschaftsverfassung und der ihr nachgeordneten Marktordnungsgesetzgebung zu prüfen ist.«¹²⁹⁶. Auf den ersten Blick scheint somit vieles dafür zu sprechen, den Schutz der Institution Wettbewerb als urheberrechtlichen Normzweck anzuerkennen.

1294 Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

1295 Im Rahmen einer Konferenz des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum zum »Interessenausgleich im Urheberrecht« am 02.11.2004 in Berlin, s. dazu die MPI-Onlineveröffentlichung »Interessenausgleich im Urheberrecht Teil 2«, Hg. v. Hilty/Geiger, online verfügbar unter: http://www.ip.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/online_publicationen/4__dogmatische__wildw_chse__di.cfm?#metzger.

1296 S. Weber, in: Interessenausgleich im Urheberrecht - Teil 2, Hg. v. Hilty/Geiger, online verfügbar unter: http://www.ip.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/online_publicationen/3__externe_beschr_nkungen_exte.cfm?#weber.

2. Kritische Würdigung

a) Rückschlüsse aus der Stellung des UrhG in der Wettbewerbsordnung

Das Urheberrecht bzw. das Immaterialgüterrecht allgemein ist nur als Teil der Wettbewerbsordnung im weiteren Sinne zu verstehen¹²⁹⁷. Daher lässt sich eine Entscheidung über die Frage eines institutionellen Wettbewerbsschutzzwecks für das Urheberrecht nur fällen, wenn man das UrhG im System der wettbewerbsrelevanten Gesetze verortet. Es ist also eine Bestimmung bzw. Annäherung an die Schutzzwecke und Zielsetzungen von UWG und GWB vorzunehmen¹²⁹⁸, um diese anschließend zum UrhG ins Verhältnis setzen zu können. Eventuell ergeben sich auch bereits aus den internen Schutzzweckkonzeptionen und Zielsetzungen anderer Gesetze Rückschlüsse für die »richtige« Stellung des Wettbewerbsschutzes innerhalb des Urheberrechts¹²⁹⁹.

aa) UrhG und institutioneller Wettbewerbsschutz im UWG

Im UWG findet unter Rückgriff auf die wettbewerbsrechtliche Schutzzwecktrias spezialgesetzlich der Schutz vor unlauterem Wettbewerb statt¹³⁰⁰. Der Schutz erfolgt hier im Interesse der Mitbewerber, der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer (vgl. § 1 Satz 1 UWG in der Fassung des Gesetzes vom 03.07.2004, das seit 08.07.2004 in Kraft ist). Das Gesetz verfolgt zugleich den Schutz der Interessen der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 Satz 2

1297 Vgl. *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 2. Konsequenterweise ist bei der hier verfolgten Sichtweise daher auch eine schematische Grenzziehung abzulehnen und das Urheberrecht nicht etwa immun gegenüber der Anwendung von Kartellrecht.

1298 Eine überblicksartige Darstellung der jeweiligen wettbewerbsrechtlichen Bedeutung sonstiger wettbewerbsrelevanter Schutzrechte wie dem Patent- und Gebrauchsmusterrecht, dem Sortenschutzrecht, dem Markenrecht etc. gibt Immenga-Mestmäcker-Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, VIII. Abschnitt, A., Rn. 5 ff.

1299 Eine explizite Standortbestimmung des Urheberrechts im Außenverhältnis zu UWG und GWB wäre – wie *Schack* im Anschluss an einen Vortrag des Verfassers im Rahmen der vom Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum ausgerichteten Konferenz »Interessenausgleich im Urheberrecht« am 6.10.2005 in Berlin angeregt hat – im Zuge einer Revision der programmatischen Aussagen im materiellen Urheberrecht gleichfalls wünschenswert. Dieser Fragestellung soll nachfolgend aber nur insoweit nachgegangen werden, wie sich aus ihr Schlussfolgerungen für die urheberrechtsinterne Stellung des institutionellen Wettbewerbsschutzes ergeben.

1300 Siehe dazu noch Kap. 5. D. I. 2.

UWG)¹³⁰¹. Der Wortlaut von § 1 Satz 2 UWG n.F. weist dabei eine bemerkenswerte Abweichung von dem durch *Köhler, Bornkamm* und *Henning-Bodewig* ursprünglich vorgelegten Gesetzgebungsvorschlag auf¹³⁰². In dem Entwurf hatte es nämlich noch geheißen, dass das Gesetz nicht »zugleich«, also selbstständig die Interessen der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb schütze, sondern »damit«, also mit den zuvor in Satz 1 genannten Schutzzwecken des Mitbewerber- und Verbraucherschutzes¹³⁰³. Die ursprüngliche Formulierung ließ mithin den Schluss zu, der Schutz des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb erfolge nur unselbstständig – quasi reflexhaft – durch die anderen Schutzzwecke¹³⁰⁴. Genau diese mangelnde Eigenständigkeit des Schutzes des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb wurde und wird (auch unabhängig von dem Gesetzgebungsvorschlag bzw. dem später Gesetz gewordenen § 1 UWG) ohnehin teilweise kritisiert¹³⁰⁵. Dahinter verberge sich nicht mehr als der Schutzzweck zugunsten des Marktgegners (d.h. v.a. des Verbrauchers)¹³⁰⁶. Der Schutz des Allgemeininteresses sei zudem eine bequeme Leerformel, die die der jeweiligen Entscheidung eigentlich zugrundeliegenden Erwägungen verschleierte¹³⁰⁷. *Köhler, Bornkamm* und *Henning-Bodewig* haben sich im Verlauf der Beratungen der beim Bundesministerium der Justiz angesiedelten »Arbeits-

1301 Näher dazu unter Kap. 5. D. I. 2. Von Bedeutung ist im Rahmen des UWG die Fallgruppe des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes. Ihr wird gemeinhin die Funktion zugewiesen, materiell-rechtliche Lücken der Ausschließlichkeitsrechte zu füllen, vgl. *Heinemann*, Interne und externe Begrenzungen des Immaterialgüterschutzes, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, 207, 213; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 68 ff. m.w.N.; *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 40.

1302 *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317.

1303 Die einzelnen Erläuterungen des Vorschlags von *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317, 1324, gehen über den Vorschlag für einen neuen § 1 UWG nicht hinaus; sie geben den Wortlaut von Satz 2 fast deckungsgleich wieder, vgl. Erläuterung 3. Ausführlich zu diesem Wechsel der Formulierung *Harte-Henning-Schünemann*, UWG, § 1, Rn. 64-67.

1304 *Köhler* hat zu einem späteren Zeitpunkt der Beratungen im Fachausschuss für Wettbewerbs- und Markenrecht, vgl. *Bruhn*, GRUR 2003, 132, 133, erläutert, dass die zunächst gewählte Wortwahl genau dies zum Ausdruck bringen solle, dass nämlich das Allgemeininteresse nur reflexartig geschützt sei. Dahinter stand die Befürchtung, die Gleichstellung von Allgemein- und Marktteilnehmerinteressen könne zu einem Einfallstor für die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Zwecksetzungen werden; zustimmend *Ullmann*, GRUR 2003, 817, 821.

1305 *Harte-Henning-Schünemann*, UWG, § 1, Rn. 63 ff.; gegen eine eigenständige Bedeutung des Allgemeininteresses am Schutz des unverfälschten Wettbewerbs explizit *Ullmann*, GRUR 2003, 817, 821: »Der Schutz des Wettbewerbs ist kein eigenständiger Schutzzweck des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Der Schutz vor unlauterem Wettbewerb reicht nur soweit, als es um den Schutz der am Wettbewerb beteiligten Personen geht.«; s.a. *Ekey-Klippel-Kotthoff-Meckel-Plaß-Klippel/Brämer*, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 26.

1306 *Nordemann*, Wettbewerbs-/Markenrecht, Rn. 55; *Harte-Henning-Schünemann*, UWG, § 1, Rn. 63 ff.: »(...) Individualschutz und der Schutz des Wettbewerbs als Institution sind mithin deckungsgleich, sind zwei Seiten ein und derselben Medaille.«.

1307 *Nordemann*, Wettbewerbs-/Markenrecht, Rn. 55.

gruppe unlauterer Wettbewerb« wahrscheinlich auch bedingt durch diese im Raum stehende Kritik veranlasst gesehen, auf die von einem Mitbewerber- und Verbraucherschutz zweck unabhängige Anerkennung des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb als Schutzzweck zu pochen¹³⁰⁸. In einer Stellungnahme zum Gesetzesentwurf hat dasselbe Autorengespann daher eine Ersetzung von »damit« durch »zugleich« angeregt¹³⁰⁹. Der Gesetzgeber hat sich diese Anregung der Expertengruppe offensichtlich zu eigen gemacht. Eindeutig geht aus der Gesetzesbegründung hervor, dass man für das UWG »insoweit von einem integrierten Modell eines gleichberechtigten Schutzes der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit«¹³¹⁰ ausgeht. Der Gesetzgeber war also offensichtlich bemüht, die Eigenständigkeit des Schutzzwecks zu betonen und an der herkömmlichen wettbewerbsrechtlichen Schutzzwecktrias festzuhalten. Gleichmaßen war der gesetzgeberische Wille darauf gerichtet, das UWG auf den Schutz des Interesses der Allgemeinheit »an einem unverfälschten Wettbewerb« zu beschränken¹³¹¹. Nach herrschender Ansicht besteht also zum UWG weitgehender Konsens über den eigenständigen Schutz des Wettbewerbs als Institu-

1308 Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig in der Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. zum Entwurf für eine europäische Richtlinie und ein deutsches Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, GRUR 2003, 127, 128: »Das UWG dient aber auch dem Institutionenschutz (Fallgruppen der »Marktstörung«, Schutz der Presse als Institution durch besondere Regeln bei der Umsonstlieferung von Presseerzeugnissen oder Schutz des »Wettbewerbs in seinem Bestand« bei Massenverteilung von Originalware u.ä.).« Die eigenständige Anerkennung des »Allgemeininteresses« als Schutzgut erlaube auch einen »unmittelbaren Rekurs auf überindividuelle Rechtsgüter und insbesondere die Wertordnung des Grundgesetzes (z.B. bei menschenverachtender, geschlechtsdiskriminierender oder die Religionsfreiheit missachtender Werbung). Das sollte erhalten bleiben.« Fezer, Lauterkeitsrecht, Bd. I, § 1, Rn. 48, differenziert: »Die Regelung des § 1 S. 2 (...) wurde ganz überwiegend als eine Klarstellung dahin verstanden, den Institutionenschutz nicht allein den kartellrechtlichen Regelungen des GWB zu überlassen. Eine Absage an den lauterkeitsrechtlichen Schutz von Gemeinwohlbelangen der Mitbewerber und der Verbraucher war damit nicht verbunden.«

1309 Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig in der Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. zum Entwurf für eine europäische Richtlinie und ein deutsches Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, GRUR 2003, 127, 128.

1310 BT-Drucks. 15/1487, S. 15 f. Diese Klarstellung ist wegen der verwirrenden Formulierung des vorangegangenen Satzes zu begrüßen. Dieser lautet: »Der eigentliche Zweck des UWG liegt darin, das Marktverhalten der Unternehmen im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Mitbewerber und der Verbraucher und damit zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu regeln.« (Hervorhebungen durch den Verf.). Auch auf Seite 13, rechte Spalte, findet sich die explizite Bezugnahme auf das Modell der Schutzzwecktrias mit weiteren Nachweisen zur einschlägigen Rechtsprechung.

1311 Vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 16: »Der Schutz sonstiger Allgemeininteressen ist weiterhin nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts.«; zur problematischen Einbeziehung sonstiger Interessen in das UWG und mit zahlreichen weiteren Nachweisen Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 3, S. 30, Fn. 18; s.a. die Befürchtungen Köhlers, GRUR 2003, 132 f.

tion¹³¹². Problematisch ist indes v.a. die Berücksichtigung wettbewerbsfremder Allgemeininteressen, der aber durch den klaren Wortlaut des § 1 Satz 2 UWG und der Gesetzesbegründung ein unmissverständlicher Riegel vorgeschoben worden ist¹³¹³.

Die terminologische Änderung von »damit« zu »zugleich« bzw. die Diskussion über den eigenständigen Schutz des Wettbewerbs als Institution im Allgemeininteresse ist für die vorliegend zu entscheidende Frage insofern von großem Interesse, als sie erhellt, was mit der geforderten Aufnahme institutionellen Wettbewerbsschutzes in eine urheberrechtliche Normzweckklausel eigentlich gemeint sein könnte. Möglicherweise stehen nämlich hier – im Gegensatz zum UWG – die beiden Normzwecke des Urheber- und Nutzerschutzes gegenüber dem institutionellen Wettbewerbsschutz gerade in einem Verhältnis von Normzwecken einerseits und *damit* verfolgtem übergeordnetem Regelungsziel andererseits¹³¹⁴. Dies wäre dann der Fall, wenn dem institutionellen Wettbewerbsschutz im urheberrechtlichen Zusammenhang keine eigenständige Bedeutung zukäme. An eigenständiger, wirkungsmächtiger Bedeutung mangelte es ihm dann, wenn die Mittel zu seiner Umsetzung fehlten¹³¹⁵.

Man kann sich zugestandenermaßen auf den Standpunkt stellen, ein solches Mittel sei in den Schranken zu erblicken, die, wie oben ausgeführt, indirekt wettbewerbsbeschränkende und -eröffnende Wirkung hätten. Ihre primäre Funktion ist es jedoch, Nutzer- und Gemeinwohlinteressen zu ihrem Recht zu verhelfen, indem der Beschränkung urheberrechtlicher Befugnisse gezielt Ausdruck verlie-

1312 Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 37 m.w.N.; BVerfG, GRUR 2002, 455 – Tier- und Artenschutz; s.a. Fezer, Lauterkeitsrecht, Bd. I, § 1, Rn. 29, der im reformierten UWG im Grundsatz nur einen Dualismus der Schutzzwecke des Mitbewerber- und Verbraucherschutzes sieht. Der Schutz von Allgemeininteressen sei dem Interessenschutz der Marktteilnehmer immanent.

1313 Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 36 (der aber auch auf die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte hinweist); Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 3 III., S. 30, der offenbar skeptisch ist, dass sich die Rspr. an diese Vorgabe halten wird (»Man kann nur hoffen, daß diese Botschaft nicht ungehört verhallt.«); Geis, Das Lauterkeitsrecht in der rechtspolitischen Diskussion, in: FS Tilmann, S. 121, 128 (»Das UWG hat den Wettbewerb zu schützen. Andere Gesetze haben andere Schutzzwecke.«); auch Harte-Henning-Schünemann, UWG, § 1, Rn. 65, sieht die Gefahr eines Eindringens außerwettbewerblicher Zielsetzungen anscheinend nicht vollständig abgewehrt, aber jedenfalls dann nicht gegeben, »wenn die Zwecksetzung des § 1 respektiert wird«; BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

1314 In diesem Sinne wäre es also eventuell zutreffender, wenn die Anhänger eines urheberrechtlichen Wettbewerbsschutzes die Normzweckklausel wie folgt formulierten: »Dieses Gesetz schützt die Urheber und die Nutzer urheberrechtlich geschützter Werke. Es schützt *damit* im Dienste der Innovation auch das Interesse der Allgemeinheit an einem funktionierenden Wettbewerb.«.

1315 Vgl. die oben bereits zitierte Definition bei Brockhaus, Bd. 24, S. 646: »jeder Zweck ist auch Ziel, aber ein Ziel wird erst dann zum Zweck, wenn die zu seiner Realisierung notwendigen Mittel mit reflektiert werden«.

hen wird¹³¹⁶. Das sog. »Zitatrecht« (§ 51 UrhG) beispielsweise dient dem Allgemeininteresse an freier geistiger Auseinandersetzung. Die Möglichkeit der Bezugnahme auf Werke Dritter soll Dialog und Kritik – bzw. offenen Austausch allgemein – insbesondere im Interesse kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritts fördern¹³¹⁷. Wettbewerbliche Belange kommen bei der Zitatschranke erst nachgeordnet über die Begünstigung der kulturellen Entwicklung im weitesten Sinne ins Spiel. Ihr Wettbewerbsbezug ist allenfalls (wenn überhaupt vorhanden) ein sekundärer.

Überzeugender erscheint es daher, nur dann von einer eigenständigen Bedeutung institutionellen Wettbewerbsschutzes auszugehen, wenn wettbewerbs- bzw. kartellrechtliche Instrumentarien im Urheberrecht unmittelbar und nicht nur mittelbar Fuß fassen. Ein klassisches kartellrechtliches Instrument sind z.B. Zwangslizenzen¹³¹⁸. Bislang hat der Gesetzgeber von ihnen im Urheberrecht nur äußerst sparsam Gebrauch gemacht (vgl. § 5 Abs. 3 Satz 2 und 3 und § 42a Abs. 1 (= § 61 a.F.) UrhG). Ihre praktische Bedeutung ist verschwindend gering. Wenn unten im Zusammenhang mit dem Kartellrecht über neuartige Zwangslizenzen im Urheberrecht nachgedacht wird, darf man dabei nicht aus dem Blick verlieren, dass diese nur in ungewöhnlichen Konstellationen ein probates Mittel wären. Zwangslizenzen sind ein originäres Instrument des Kartellrechts in Missbrauchsfällen. Sie für einige wenige Ausnahmesituationen ins Urheberrecht zu implementieren, erscheint gesetzestechisch wenig sinnvoll. In Ermangelung relevanter, unmittelbar wettbewerbsrechtlicher Instrumentarien im Urheberrecht fehlt es daher an konkreten Mitteln, die die Annahme eines Zwecks rechtfertigen würden. Damit ist noch nichts darüber ausgesagt, inwieweit die Wettbewerbs- und Innovationsförderung nicht gleichwohl übergeordnetes Regelungsziel ist. Auf Normzweckebene jedenfalls macht ein urheberrechtlicher Schutz des Wettbewerbs als Institution im Gegensatz zum UWG¹³¹⁹ keinen Sinn.

1316 Es wird hier bewusst nicht von einer quasi »externen« Beschränkung der urheberrechtlichen Befugnisse gesprochen, sondern mit Absicht eine Formulierung gewählt, die die schutzrechtsimmanenten Grenzen des Urheberrechts betont. Dem liegt ein vom Verfasser verfolgtes Verständnis von der Rechtsnatur der Schranken zugrunde, wonach sich in den Schranken lediglich dem Urheberrecht prinzipiell zugrundeliegende schutzbegründende wie schutzbegrenzende spezifische Gemeinwohlinteressen manifestieren.

1317 Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 51, Rn. 1; Möhring-Nicolini-Waldenberger, UrhG, § 51, Rn. 1; Schricker-Schricker, Urheberrecht, § 51, Rn. 6.

1318 Näher zur Zwangslizenz in Abgrenzung zur gesetzlichen Lizenz, Schricker-Melichar, Urheberrecht, Vor §§ 45 ff., Rn. 6 und 29; Dreier-Schulze-Schulze, UrhG, § 42a, Rn. 1 ff.; Hansen, GRUR Int. 2005, 378, 383.

1319 Dass der Schutz des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb auch im UWG keineswegs unumstritten ist, steht auf einem anderen Blatt, s.o.; instruktiv dazu Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 35 ff. und Harte-Henning-Schünemann, UWG, § 1, Rn. 63 ff.

Die Frage, welche Zwecke und Ziele mit dem GWB verfolgt werden, ist – wie nicht anders zu erwarten – Gegenstand einer Kontroverse, die hier nicht weiter vertieft werden soll. Allgemein lässt sich aber ein Wandel von einem statischen zu einem dynamischen Wettbewerbsverständnis beobachten¹³²⁰. Im Vergleich zum UWG steht im GWB damit der auf dynamischen, innovationsgerichteten Wettbewerb abzielende Institutionsschutz im Vordergrund¹³²¹. Das Verhältnis zwischen Urheber-, Wettbewerbs- und v.a. Kartellrecht ist dabei durch eine erhöhte, aber keineswegs zwingende, Konfliktrichtigkeit gekennzeichnet¹³²². Die gemeinsamen Schnittstellen sind zahlreich. In jüngerer Vergangenheit wurde beispielsweise das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Kartellrecht ausgiebig anlässlich des »IMS Health-Falls« diskutiert (sog. »Interface-Problematik«)¹³²³. Angesichts der massiven Ausdehnung urheberrechtlichen Schutzes – nicht zuletzt auch der Gewährung rechtlichen Schutzes für technische Schutzmaßnahmen – ist davon auszugehen, dass die Konflikte in diesem Grenzbereich noch erheblich zunehmen werden. Gerade der Fall IMS Health zeigt aber, dass das dort zu lösende Problem einer marktbeherrschenden Stellung durch Gewährung eines zu weitreichenden urheberrechtlichen Schutzes auch dem Urheberrecht die originäre Aufgabe zuweist, bereits im Vorfeld¹³²⁴ oder theoretisch ausnahmsweise auch nach-

1320 Vgl. *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 1, wonach die Aufgabe des Kartellrechts nicht mehr darauf beschränkt sei, »den Bestand des Wettbewerbs im Sinne statischer Rivalität zu sichern; Kartellrecht zielt vielmehr auf die Konstituierung und Erhaltung eines Entdeckungsverfahrens, das auch auf die Hervorbringung technischer Innovation gerichtet ist«; näher zum wettbewerbstheoretischen Wandel und der Betonung des Innovationswettbewerbs Immenga-Mestmäcker-Ullrich, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, VIII. Abschnitt, B., Rn. 22, Fn. 163.

1321 Köhler/Piper, UWG, Einf. Rn. 13.

1322 *Sullivan/Grimes*, The law of antitrust: an integrated handbook, Kap. 15.1., S. 800: »Antitrust responds to market power abuses. IP tolerates or even fosters the creation of market power (although not its abuse)«. Grundlegend zum Verhältnis zwischen Geistigem Eigentum, Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs *Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz; s.a. *Ullrich*, GRUR Int. 1996, 555 ff.

1323 GRUR 2004, 524; dazu *Drexler*, IIC 2004, 788 ff.; *Leistner*, ZWeR 2005, 138 ff.; *Lober*, GRUR Int. 2002, 7 ff.; *Kur*, IIC 2004, 1, 17. Eine Analyse der jüngeren europarechtlichen Fallpraxis im Grenzbereich von geistigem Eigentum und Kartellrecht bietet auch *Heinemann*, Verhältnis zum Kartellrecht, in: Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, Hg. v. *Behrens*, S. 105, 114. Auf die früher geführte Kontroverse, ob das Kartellrecht im Bereich des Urheberrechts überhaupt Anwendung findet, soll hier nicht weiter eingegangen werden, s. dazu *Fikentscher*, in: FS Schricker I, S. 149, 152; *Schricker-Schricker*, Verlagsrecht, Einl. Rn. 50, 51.

1324 Vgl. *Heinemann*, Verhältnis zum Kartellrecht, in: Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, Hg. v. *Behrens*, S. 105, 122, demzufolge »die Ursache für einen Konflikt zwischen Immaterialgüterrecht und Kartellrecht oft in einer unbedacht weiten Schutzerstreckung des geistigen Eigentums liegt. Viele Probleme könnte man bereits an der Wurzel dadurch lösen, dass Monopolsituationen durch geeignete Engführungen in den Immaterialgütergesetzen entschärft werden.«; *Kur*, IIC 2004, 1, 17.

gelagert durch den behutsamen Einsatz von urheberrechtlichen Zwangslizenzen die Konfliktsituation durch ein Weniger an Schutz zu vermeiden¹³²⁵ und dadurch der Aufrechterhaltung freien Wettbewerbs Rechnung zu tragen. Aus IMS Health lässt sich mithin der Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber ableiten, die überschießenden Schutzwirkungen des Urheberrechts intern zu reduzieren, um das externe Konfliktpotential mit dem Kartellrecht zu verringern¹³²⁶. Damit soll im Ergebnis gesagt sein: Wettbewerb zu ermöglichen und Innovation¹³²⁷ zu stärken, ist zweifellos auch eine zentrale Aufgabe des Urheberrechts. Urheberrecht und Kartellrecht sollten sich einander insoweit komplementär ergänzen (»Theorie der Komplementarität«)¹³²⁸.

b) Ablehnende Stellungnahme

Aus der komplementären Ergänzung von Urheber- und Kartellrecht die Konsequenz zu ziehen, Wettbewerbsschutz müsse auch im UrhG auf Ebene einer pro-

1325 Bei Lizenzierungszwängen ist auch der Gefahr Rechnung zu tragen, dass eine Ausdehnung von Kontrahierungszwängen im Urheberrecht Innovationsanreize verringern kann, das Urheberrecht quasi zu sehr entwertet. Fraglich ist weiter, inwiefern eine solche Internalisierung kartellrechtlicher Instrumentarien im Urheberrecht angesichts des Ausnahmecharakters der mit einem Kontrahierungszwang zu beantwortenden Konfliktsituationen angemessen ist. S.a., Schutzrechte in der Informationsgesellschaft und ihr Verhältnis zum Kartellrecht, in: Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, Hg. v. Behrens, 105, 122: »Kartellrechtliche Zwangslizenzen werden stets außergewöhnlichen Situationen vorbehalten bleiben.«.

1326 Gemäß Heinemann, Verhältnis zum Kartellrecht, in: Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, Hg. v. Behrens, S. 105, 127, ist es in erster Linie »Aufgabe des Gesetzgebers, das Konfliktpotential möglichst klein zu halten, indem in wettbewerbs-sensiblen Bereichen *overprotection* vermieden wird.«; Metzger, GRUR Int. 2006, 171, 173, sieht in dem alleinigen Hoffen darauf, Fehlentwicklungen des Urheberrechts ließen sich durch externe Mechanismen wie das Kartellrecht korrigieren, gar eine »Bankrotterklärung des Urheberrechts«.

1327 Es sei jedoch auf die bedingte Tauglichkeit des Innovationsbegriffs für das Urheberrecht hingewiesen, die bereits in der Auseinandersetzung mit dem Mehrebenenansatz von Weizsäckers in Kap. 4 C. I. 2. problematisiert wurde. Im Folgenden wird ein weites, über das Neuheitserfordernis im engeren Sinne hinausgehendes Begriffsverständnis zugrundegelegt.

1328 In diesem Sinne Drexel, IIC 2004, 788, 792: »intellectual property law and competition law pursue identical goals. Both fields of law are designed to promote competition and innovation.« und a.a.O., 808: »competition law (...) cannot shoulder all the competition problems of intellectual property protection. The theory of complementarity should be taken seriously...«. Zu letztgenannter Theorie siehe auch: Sullivan/Grimes, The law of antitrust: an integrated handbook, Kap. 15.1, S. 799 ff.; sowie Heinemann, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 1; Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Einl. Rn. 38: »Sowohl das Urheberrecht als auch das Kartellrecht dienen der Regelung des Wettbewerbs in Bezug auf urheberrechtlich schöpferische Werke und Gegenstände verwandter Schutzrechte.«; a.A. die Anhänger der früher vertretenen – letztlich zu statischen – strengen Konfliktheorie.

grammatischen Normzweckbestimmung als Leitbild Platz greifen, birgt allerdings die Gefahr einer weiteren Erosion der Schutzrechtsgrenzen. Eine solche Expansion der Normzwecke würde der insoweit bestehenden Doppelnatur des Urheberrechts – Stichwort: »Wettbewerbsbeschränkung zur Förderung des Wettbewerbs« (s.o.)¹³²⁹ – nicht gerecht, weil sie sich in Widerspruch setzte zu den urheberrechtlichen Regelungen immanenten Wettbewerbsbeschränkungen.

Schwerer aber wiegt, und dies ist das eigentliche Argument gegen eine weitere Ausdehnung des bipolaren Normzweckmodells um einen institutionellen Wettbewerbsschutz, dass einem Interessenausgleich zwischen Urhebern und Nutzern eine Wettbewerb und Innovation fördernde Funktion bereits intrinsisch ist. Der Normzweck der Wettbewerbsförderung ist hier systemimmanent¹³³⁰. Denn letztlich liegt die Aufrechterhaltung und Förderung von (Innovations-) Wettbewerb, auch die Behebung von Marktversagen, einem zumindest vom Ausgangspunkt her ökonomietheoretisch argumentierenden Rechtfertigungsansatz wesensgemäß zugrunde. Bei einem nicht zuletzt ökonomietheoretisch fundierten Urheberrecht geht es ja gerade um die optimale Ressourcenallokation im Dienste der nutzenorientierten Förderung von kreativem Schaffen, kulturellen Fortschritt und von (weit verstandener) Innovation.

Auf den ersten Blick könnte zwar man geneigt sein zu argumentieren, der Schutz des Urhebers sei gleichfalls systemimmanent, so gesehen brauche auch er keine explizite Erwähnung. Eine solche Sichtweise vernachlässigt aber den Umstand, dass das übergeordnete Ziel der Wettbewerbs- und Innovationsförderung jedem einzelnen der Normzwecke zugrunde liegt. (Gleiches lässt sich umgekehrt beispielsweise im Verhältnis Urheber-Nutzer gerade nicht behaupten. Es gibt keinen übergeordneten Urheberschutz, der sich im Schutzsubjekt Nutzer niederschlägt.) Weiter kommt hinzu, dass bei Aufnahme des Schutzzwecks »Wettbewerb« in eine Normzweckklausel eine Disparität von Schutzsubjekt und Schutzprinzip entstünde. Urheber und Nutzer sind Schutzsubjekte, während der Wettbewerb institutionellen Charakter hat¹³³¹.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Wettbewerb (und »Innovation«) müssen komplementär neben dem Kartellrecht auch über das Urheberrecht gefördert werden. Das steht außer Frage. Dieses *Ziel* geht aber auf der Basis eines auch konsequentialistisch-ökonomietheoretischen Fundaments bereits in den beiden Norm-

1329 *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356.

1330 *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 2: »Die Wettbewerbsförderlichkeit des Schutzrechts ist die Regel, seine wettbewerbswidrige Instrumentalisierung die besonders zu begründende Ausnahme.«.

1331 Freilich findet sich dieser Bruch auch im neugefassten § 1 UWG im Verhältnis von Satz 1 zu Satz 2.

zwecken des Urheber- und Nutzerschutzes auf¹³³². Es findet in dem hier verfolgten, zumindest im Grundsatz effizienzorientierten Begründungsansatz gerade seinen Ausdruck. Die »Zielkompatibilität«¹³³³ von Urheber- und Kartellrecht ist mit anderen Worten bei einem zumindest vom Ausgangspunkt her ökonomietheoretisch begründeten, bipolaren Normzweckmodell a priori institutionalisiert. Damit ist eine explizite Aufführung des Wettbewerbs in einer Normzweckklausel entbehrlich; mehr noch: Eine solche Erweiterung des Normzwecks um den Schutz der Institution Wettbewerb wäre nicht mehr als eine tautologische Leerformel, der keine eigenständige Bedeutung zukäme. Die Förderung bzw. Aufrechterhaltung freien Wettbewerbs ist mithin als weiterer expliziter Normzweck des Urheberrechts im Ergebnis abzulehnen. Der Aufnahme dieser übergeordneten Zielvorstellung in eine die ökonomietheoretische Fundierung zum Ausdruck bringende Präambel steht dies freilich nicht entgegen. Im Ergebnis sind damit der Urheber- und der Nutzerschutz als die beiden maßgeblichen urheberrechtlichen Normzwecke festzuhalten.

C. Verhältnis der Normzwecke zueinander

I. Normzweckkonflikte zwischen Urheber- und Nutzerschutz

Nutzer- und Urheberschutz können miteinander in Konflikt geraten¹³³⁴. Nutzer wollen in aller Regel weitestmögliche Nutzungsbefugnisse für urheberrechtlich geschützte Werke, Urheber demgegenüber die rechtliche Kontrolle über die von ihnen geschaffenen Werke. Es ist daher eine Antwort auf mögliche Normzweckkonflikte zu finden, wobei insbesondere auch der gegenseitigen Begrenzungsfunktion der Normzwecke Rechnung zu tragen ist¹³³⁵.

1332 Insoweit trifft die oben angedachte Formel (»Dieses Gesetz schützt den Urheber und den Nutzer urheberrechtlich geschützter Werke. Es schützt *damit* im Dienste der Innovation auch das Interesse der Allgemeinheit an einem funktionierenden Wettbewerb.«) zu.

1333 *Heinemann*, Immaterialgüterrecht in der Wettbewerbsordnung, S. 26 f.

1334 Zwischen beiden kann aber auch ein Gleichlauf bestehen, da manche Formen urheberrechtlicher Regulierung (wie beispielsweise Liability Rules) die Interessen von Urhebern und Nutzern gleichermaßen befriedigen können. *Hilty*, Verbotswort vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325, 330, erkennt einen solchen Ausgleich von Urheber- und Nutzerinteressen etwas zurückhaltender in solchen Schrankenbestimmungen, »welche einen Dritten zur Nutzung berechtigen und dem Urheber gleichzeitig eine – ihm sonst nicht zufließende – Vergütung sichern.«.

1335 Vgl. Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 46, bzgl. einer ähnlich gelagerten Problematik bei § 1 UWG, bei dem das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb mit dem Schutz der Mitbewerber bzw. der sonstigen Marktteilnehmer im Konflikt stehen. *Köhler* bringt das Beispiel der Nachahmungsfreiheit. Hier werde »dem Interesse eines Mitbewerbers, vor Produktnachahmungen geschützt zu

II. Gleichrangigkeit oder Hierarchie der Normzwecke?

Normzweckkonflikte sind bei einem mehrdimensional zweckorientierten Ansatz systemimmanent. De lege lata ist die Situation relativ eindeutig. Das Urheberrechtsgesetz bezweckt nach der traditionellen Lehre in erster Linie den Schutz der materiellen wie ideellen Urheberinteressen in Bezug auf das Werk. Dieser Schutzzweck ist nach dieser Auffassung nicht nur dominant, sondern maßgeblich. Das Verhältnis zwischen Urheber, Verwerter und Nutzer bzw. Allgemeinheit ist durch das urheberzentrierte Paradigma zugunsten des Urhebers präjudiziert. De lege ferenda fällt die Antwort schwerer. Bei einer neu einzufügenden Normzweckbestimmung lässt sich das Verhältnis der Normzwecke zueinander theoretisch gleichermaßen als solches der Gleichrangigkeit oder der Hierarchie gestalten. Dies ist letztlich eine Wertungsfrage, die sich in der jeweiligen Formulierung einer Normzweckklausel niederschlägt. Es geht bei der vorzunehmenden Wertung dabei um nichts weniger als die programmatische Ausrichtung des Urheberrechts. Angesichts des oben herausgearbeiteten Revisionsbedarfs in Richtung Nutzerschutz wird dabei vorliegend um die wirksame und möglichst effektive Verankerung dieses neuen (zusätzlichen) Normzwecks gerungen. Ausgangsbasis bleibt die Auffassung, dass das Urheberrecht in erster Linie den Schutz der Kreativen bezwecken sollte. An dem Verständnis des Urheberrechts als Schutz- und Arbeitsrecht der Kreativen¹³³⁶ soll mit der hier zur Diskussion gestellten Normzweckerweiterung im Ansatz nichts geändert werden. Streiten lässt sich freilich darüber, ob sich der Kreativenschutz mit dem Schutz des Urhebers erschöpft oder nicht vielmehr auszuweiten ist auf den kreativ-schöpferisch tätigen Nutzer.

Die Verbreiterung des dogmatischen Fundaments birgt dabei die Gefahr einer Verwässerung oder einer Erosion des ursprünglichen Schutzbemühens. So lässt sich die durch zusätzliche gesetzliche Normzweckbestimmungen nicht notwendig geringer werdende Gefährdung des Kreativen anschaulich mit einem Wort *Trollers* beschreiben, dass es dem Juristen obliege, »die schöpferische Persönlichkeit vor dem mit hochklingenden Phrasen verbrämten kollektiven Egoismus der Allgemeinheit« zu schützen¹³³⁷.

werden, durch das Allgemeininteresse an grundsätzlicher Nachahmungsfreiheit und damit an freiem Wettbewerb Grenzen gezogen.«; *Beater*, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 39: »Schutzzwecke (...) werfen nicht nur jeder für sich, sondern auch in ihrer Abgrenzung voneinander Fragen auf (...) Wenn mehrere Schutzüberlegungen betroffen sind, können sie gegenläufige Folgerungen verlangen.«.

1336 *Peukert*, UFITA 2002/III, 689, 700; *Wandtke*, GRUR 2002, 1, 9.

1337 *Troller*, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. Aufl., Einleitung.

1. Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärzweck als denkbare Zweckstaffelung

a) Modell aus Primär- und Sekundärzweck

Klärungsbedürftig ist daher, inwieweit sich dieser Gefahr wirksam mit einer Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärzweck begegnen und inwiefern sich eine solche hierarchische Zweckstaffelung rechtfertigen lässt. Die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärzwecken wird bei Normzwecken generell vorgenommen, um die Bedeutung der Zwecke für den Inhalt sowie die Auslegung der Rechtsfolgen zu ermitteln¹³³⁸. Während der Primärzweck eine Norm alleine und ohne Hinzutreten weiterer Zwecke trägt, so treten letztere, da sie die betreffende Norm bzw. Rechtsfolge nicht alleine zu tragen vermögen, immer nur einem Primärzweck oder anderen Sekundärzwecken an die Seite¹³³⁹. Der Urheberschutz ließe sich in dieses Hierarchiemodell als Primärzweck einordnen, der Nutzerschutz als Sekundärzweck.

b) Rechtfertigungsversuche für ein Hierarchieverhältnis

Mit einer solchen Zweckstaffelung ist die Frage aufgeworfen, wie sich eine hervorgehobene Sonderstellung des Urhebers methodologisch rechtfertigen ließe. Der Rechtfertigungsdruck ist deshalb immens, weil, wie in Kap. 3 gesehen, das rein urheberzentrierte Paradigma revisionsbedürftig ist und bei der Abkehr von einer rein natur- und persönlichkeitsrechtlich basierten, individualistischen hin zu einer (auch) kollektivistisch-utilitaristischen Konzeption eine privilegierte Sonderstellung des Urhebers in keiner Weise als a priori vorgegeben betrachtet werden kann. So hat sich im Rahmen der ökonomietheoretischen Rechtfertigung der Normzweckerweiterung als solcher (Kap. 4 C. I.) kein eindeutiges Primat des Urheber-Schutzes ergeben. Allenfalls aus der Property Rights-Theorie in ihrer neoklassischen Ausprägung mit ihrer Forderung nach einer möglichst breiten Schutzgewährung zugunsten des Urhebers ließe sich eine bevorzugte Stellung des Urhebers im Sinne eines primären Schutzzwecks herleiten. Dieser Ansatz wurde jedoch oben aus guten Gründen verworfen¹³⁴⁰. In ihrer Betrachtung positiver und negativer Schutzwirkungen sucht die ökonomische Analyse des Urheberrechts allgemein vielmehr nach einer wohlfahrtsoptimalen Ausbalancierung des Schutzrechtssystems. Unmittelbare Vorgaben für eine Privilegierung des Urhebers ergeben sich aus ihr in aller Regel nicht, vielmehr finden sich ganz im Gegenteil zahl-

1338 Dreier, Kompensation und Prävention, Teil 1, Kap. 4, IV. 2., S. 147 f.

1339 So Dreier, Kompensation und Prävention, Teil 1, Kap. 4, IV. 2., S. 147.

1340 S.o. Kap. 4 C. I. 4. b).

reiche Stimmen, die vor den schädlichen Wirkungen einer eindimensionalen Expansion des Urheber-Schutzes warnen¹³⁴¹.

Für eine abgestufte Aufgliederung könnte allenfalls sprechen, dass sich der Standpunkt einnehmen lässt, Nutzerschutz lasse sich denklogisch nicht ohne die Gewährung von Urheberschutz denken. Wo kein Urheberschutz besteht, sei auch kein Bedürfnis für Nutzerschutz gegeben¹³⁴². Eine solche Sichtweise verkennt jedoch, dass angesichts neuer technischer Schutzmöglichkeiten Nutzerschutz auch ganz unabhängig von urheberrechtlichem Schutz erforderlich geworden ist¹³⁴³. Auch der notwendige Schutz gemeinfreier Werke unterstreicht dies¹³⁴⁴. Bei diesen besteht auch dann ein Schutzbedürfnis der Nutzer, wenn die urheberrechtliche Schutzfrist bereits abgelaufen ist und diese gesetzgeberische Wertung durch den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen konterkariert zu werden droht¹³⁴⁵. Urheber-Schutz ist damit nicht per se conditio sine qua non für Nutzerschutz. Der obige Einwand verfängt aber noch aus einem weiteren Grund nicht. Zwar ist zuzugestehen, dass Urheber- und Nutzerschutz zweifellos eng miteinander verknüpft sind. Ohne die massive Expansion des urheberrechtlichen Schutzes wäre das Bedürfnis eines Nutzerschutzes heutzutage nicht auf der Tagesordnung. Es ist aber nicht nachvollziehbar, warum sich diese Beobachtung im Rahmen der zukünftigen materiell-rechtlichen Ausgestaltung des Urheberrechts, also im Zuge einer Wertung durch den Gesetzgeber, automatisch in einer hervorgehobenen Sonderstellung des Urheber-Schutzes im Verhältnis zu den anderen Normzwecken niederschlagen soll. Es lässt sich nämlich mindestens ebenso gut argumentieren, dass bei der Konzeption des urheberrechtlichen Schutzes dieser von vornherein nur soweit zu gewähren ist, dass der Nutzerschutz ausreichend berücksichtigt wird. »Denklogische« Annahmen – die, wie gesehen, zudem nicht in allen Fällen zutreffend sind – und normative Wertung sind zweierlei.

Im Ergebnis greift die apodiktische Aussage, die Verankerung eines Nutzerschutzzwecks ergebe a priori nur dann Sinn, wenn man vom Bestehen des Urheber-

1341 Ökonomietheoretisch denkbar wäre es sogar, dass, wenn man die Förderung des kreativen Werkschaffens als maßgebliches modelltheoretisches Axiom setzte, der Nutzerschutzzweck in den Vordergrund geriete.

1342 Vgl. – auch für die nachfolgenden Ausführungen – die namentlich von *Peukert, Hilty, Schack und Peifer* im Anschluss an einen Vortrag des Verfassers geführte Diskussion im Rahmen der vom Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum ausgerichteten Konferenz »Interessenausgleich im Urheberrecht«, vom 6.-8.10.2005 in Berlin. Die insbesondere von *Peukert* aufgeworfene Frage, inwieweit sich Nutzerschutz ohne Urheberschutz überhaupt denken lasse, findet sich letztlich auch reflektiert in dem von ihm verfolgten Ansatz »Urheberschutz als Nutzerschutz«, dazu: *Peukert*, UFITA 2002/III, 689, 698 ff.

1343 *Bechtold*, Das Urheberrecht und die Informationsgesellschaft, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 67, 72; *Wiebe*, Zum Funktionswandel des Urheberrechts im digitalen Umfeld, in: FS Kilian, S. 603, 620: »Auf die funktionelle Substitution rechtlicher Regulierung durch technischen Schutz darf das Recht nicht mit einer Privatisierung der Regulierung reagieren. Vielmehr muss das Urheberrecht die ihm zuwachsende verstärkte Schutzfunktion wahrnehmen.«.

1344 In diesem Sinne auch *Peifer* im Rahmen der zuvor benannten Veranstaltung.

1345 S. zu den Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers auf dieses Problem Kap. 5 D. II. 5. b).

berschutzes ausgehe, mithin zu kurz und kann so nicht aufrechterhalten werden. Zudem lassen sich aus ihr keine quasi-gesetzmäßigen Vorgaben für eine Hierarchiebildung im Zuge der normativen Ausgestaltung ableiten. Das Zusammenspiel von Urheber- und Nutzerschutz ist vielmehr prinzipiell – unter Berücksichtigung des Verfassungsrechts sowie des europäischen und internationalen Urheberrechts – frei gestaltbar.

Das vermeintlich denknotwendige Argument für eine hervorgehobene Stellung des Urheberschutzzwecks findet seine Abwandlung in einem Rekurs auf die Rechtsnatur der mit den jeweiligen Normzwecken verbundenen Rechtspositionen. So könnte man argumentieren: Wenn nicht alle Normzwecke in Zusammenhang stehen mit einer subjektiv-rechtlichen Position, sondern nur der Urheberschutzzweck auf die Gewährung eines absoluten Herrschafts- bzw. Ausschließlichkeitsrechts hinausläuft¹³⁴⁶, dann muss sich diese divergierende Rechtsnatur auch in einer hierarchischen Modellierung der Normzwecke widerspiegeln. Eine solche Argumentation übersähe jedoch, dass in der hier verfolgten Normzweckerweiterung der Nutzerschutzzweck die ausgeweitete Gewährung von individuellen zivilrechtlichen Ansprüchen in der Hand der Nutzer umfassen soll¹³⁴⁷. Wenn sich aber die Rechtsnatur der jeweiligen Rechtspositionen der Urheber und Nutzern im vorliegend verfolgten bipolaren Normzweckmodell annähert¹³⁴⁸, verliert das »Rechtsnatur-Argument« seine Durchschlagskraft.

Entkräftet wird es aber vollends dadurch, dass die Gewährung von Rechtsstellungen, die den jeweiligen Normzwecksubjekten zur Durchsetzung ihrer Interessen eingeräumt werden, nicht eins zu eins gleichzusetzen sind mit den davon zu abstrahierenden Normzwecken. Die Rechtsnatur der jeweiligen Rechte und der Normzweck sind voneinander zu trennen; sie sind nicht deckungsgleich. Die Frage nach dem Regelungszweck ist – wie zu Beginn dieser Arbeit dargelegt wurde – die Frage nach dem Warum des Schutzes. Normzwecke stellen das (Urheber-)Recht in seinen »Begründungs- und Wirkungszusammenhang«¹³⁴⁹ und explizieren dadurch die *ratio legis* des Gesetzes. Dass Normzwecke von den

1346 Zur Figur des subjektiven Rechts *Larenz-Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, §§ 14 und 15.

1347 Wenn man von der Regelung des § 95b Abs. 2 UrhG absieht, dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 95b, Rn. 5, handelt es sich insoweit um ein urheberrechtsdogmatisches Novum.

1348 Es ist hier bewusst nur von einer Annäherung die Rede, da zwischen subjektiven Rechten im Sinne absoluter Herrschaftsrechte und individuellen zivilrechtlichen Ansprüchen ein qualitativer Unterschied hinsichtlich der verliehenen Rechtsmacht verbleibt. Bei letzteren handelt es sich nicht um ein dem Anspruchsberechtigten »allein vorbehaltenes Dürfen, dem ein Nichtdürfen aller anderen korrespondiert«, vgl. *Hohagen*, in FS Schrickler II, S. 353, 355, sowie *Larenz-Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 14, Rn. 17. Es fehlt dem Anspruch als relativem Recht an der Zuweisung eines Handlungsspielraums zur alleinigen Ausübung mit einer Abwehrmacht gegenüber jedermann. Hinzu kommt: Während beim subjektiven Recht in Gestalt eines absoluten Herrschaftsrechts »der Berechtigte sein Recht allein und ohne das Tun eines anderen ausüben kann, ist er beim Anspruch auf die Mitwirkung des Verpflichteten angewiesen«, *Larenz-Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 18, Rn. 1.

1349 *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV., S. 365.

jeweils gewährten Rechten verschieden sind, lässt sich im Übrigen auch im UWG beobachten. Der in § 1 Satz 1 UWG aufgeführte Verbraucherschutzzweck etwa korrespondiert dort keineswegs mit einem eigenen wettbewerbsrechtlichen Anspruch des einzelnen Verbrauchers¹³⁵⁰. Angesichts dieses Bedeutungsunterschieds zwischen Normzwecken einerseits und Rechten der Normzwecksubjekte andererseits kann auch nicht der Umfang der subjektiv-rechtlichen Positionen bei Urhebern bzw. Nutzern die Wertigkeit der einzelnen Regelungszwecke im Binnenverhältnis indizieren. Auch der Rückgriff auf die Rechtsnatur der Urhebern und Nutzern eingeräumten Rechte vermag somit nicht eine abgestufte Rangordnung der Regelungszwecke zu begründen.

Dass mehrere Zwecke mit einer bestimmten gesetzlichen Regulierung verfolgt werden, ist als solches an sich nichts Ungewöhnliches. Gerade im Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts hat das schutzzweckorientierte Denken in jüngerer Zeit eine gewisse Konjunktur, man führe sich nur den neugefassten § 1 UWG vor Augen. Es stellt sich daher die Frage, ob sich möglicherweise hier geeignete Lösungsansätze für die Problematik »Hierarchie oder Gleichrangigkeit von Normzwecken?« auffinden lassen. In der Gesetzesbegründung findet sich zum neu eingefügten § 1 UWG die Feststellung, dass man insoweit »von einem integrierten Modell eines *gleichberechtigten* Schutzes der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit« ausgehe¹³⁵¹. Im UWG besteht also ein Verhältnis der Gleichrangigkeit der Schutzzwecke¹³⁵². *Beater* erklärt die Schutzzwecksystematik im UWG dabei folgendermaßen: »Ausgangspunkt jeder wettbewerbsrechtlichen Entscheidung muß vielmehr sein, daß sich der Gesetzgeber in Form des § 1 UWG grundsätzlich für Wettbewerbsfreiheit entschieden hat (...) Bei dem Rückgriff auf Schutzzwecküberlegungen ist deshalb richtigerweise zu fragen, ob die Wettbewerbsfreiheit ausnahmsweise beschränkt werden muß, weil dies durch relevante Interessen der Konkurrenten, der Allgemeinheit, der Marktgegenseite oder der Verbraucher verlangt wird. Die Schutzzwecke sind Verbotungsgründe, die Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit ausnahmsweise rechtfertigen kön-

1350 Ausführlich Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG, Rn. 34. Stimmigerweise ändert sich auch trotz des Bestehens individueller *und* kollektiver Schutzsanktionen zugunsten der Mitbewerber nichts an der einhellig angenommenen Gleichrangigkeit von Verbraucher- und Mitbewerberschutzzweck.

1351 Vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 16, Hervorhebung durch den Verf.

1352 Ekey-Klippel-Kotthoff-Meckel-Plaß-Klippel/Brämer, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 27; Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 40-46, nimmt zumindest für das Verhältnis Schutz der Mitbewerber und Schutz der Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer Gleichrangigkeit an. Dem Institutionenschutz misst er im Verhältnis zum Marktteilnehmerschutz indes nur eine Ergänzungsfunktion zu. Argumentativ beruft Köhler sich dabei gleichfalls auf den Wortlaut der Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 15/1487, S. 15 f: »Der eigentliche Zweck des UWG liegt darin, das Marktverhalten der Unternehmen im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Mitbewerber und der Verbraucher und damit zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu regeln.« (Hervorhebung durch den Verf.).

nen¹³⁵³«. Fraglich ist, ob dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis übertragbar ist auf das Urheberrecht. Im Verhältnis Wettbewerbsfreiheit und urheberrechtlicher Schutz lassen sich durchaus vergleichbare Aussagen treffen. Damit ist aber noch nichts ausgesagt über das urheberrechtsinterne Rangverhältnis der Normzwecke. Natürlich lässt sich hier überlegen, ob sich nicht auch beispielsweise zwischen Urheber- und Nutzerschutz ähnliche Regel-Ausnahme-Verhältnisse konstruieren lassen (Urheber-Schutz als Regel, Nutzer-Schutz als Ausnahme). Indem diese Konstellation sich theoretisch aber problemlos umkehren lässt (Nutzer-Schutz als Regel, Urheber-Schutz als Ausnahme), wird deutlich, dass es sich dabei lediglich um eine Variation der Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärzwecken handelt, die zur notwendigen Rechtfertigung einer solchen Hierarchiebildung nichts beiträgt. Auch der Blick ins UWG vermag insofern keine Hilfestellung zu geben.

c) Ablehnende Stellungnahme

Auch wenn man sich ungeachtet der Legitimationsdefizite auf das Modell einer Zweckstaffelung einlässt, gestaltet sich dessen konkrete Anwendung als problematisch. Beim Aufeinanderprallen zweier Zwecke entpuppt sich nämlich die Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärzwecken als ungeeignetes Lösungsmodell¹³⁵⁴. Bei einer Klassifizierung des Urheber-Schutzes als Primärzweck droht bei der Auslegung beispielsweise einer urheberrechtlichen Schrankenregelung der Sekundärzweck außer Blick zu geraten. So würde die Förderung des kreativ-schöpferischen Nutzers bestenfalls zu einem Reflex des Urheber-Schutzes, nicht aber zu einem gleichwertigen Auslegungsparameter. Das Modell einer Zweckstaffelung führte bildlich gesprochen zu einer »Zementierung des Status quo«, da sich regelmäßig wieder vorrangig die Interessen der Urheber bzw. Rechteinhaber durchzusetzen drohten. Im Ergebnis ist mithin der Ansatz einer Zweckstaffelung abzulehnen.

2. Gleichrangigkeit und ggf. einzelfallbezogene Interessenabwägung

In Ermangelung überzeugender Erklärungsmodelle für eine Hierarchiebildung zugunsten des Urheberschutzzwecks erscheint daher allein die Annahme eines Gleichrangigkeitsverhältnisses zwischen den Normzwecken überzeugend. Letztlich ist die Klärung von Normzweckkonflikten ohnehin dem Gesetzgeber vorbehalten, dem es im Spannungsfeld von Eigentum und Sozialbindung (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 sowie Art. 14 Abs. 2 GG) obliegt¹³⁵⁵, zwischen Urheber-, Nutzer- und

1353 *Beater*, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 31 ff.

1354 So im Ergebnis auch *Dreier*, Kompensation und Prävention, Teil 1, Kap. 4, IV. 2., S. 149.

1355 Eingehend *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 70 ff.

Verwerterinteressen einen gerechten Interessenausgleich zu erzielen. Bei der Anwendung und Auslegung des Gesetzes sind die Positionen der einzelnen Normzwecksubjekte dabei idealerweise zu einem schonenden Ausgleich zu bringen, so dass jedem Normzweck maximale Geltung widerfährt und – in der verfassungsrechtlichen Terminologie gesprochen – »praktische Konkordanz« erreicht wird. Für die Fälle, in denen das Gesetz den Konflikt gegenläufiger Normzwecke nicht klar entschieden hat, bleibt ausgehend vom Prinzip der Gleichrangigkeit damit – ähnlich wie im UWG¹³⁵⁶ – nur die Abwägung von Urheber- und Nutzerschutz im konkreten Einzelfall. Übergeordneter Abwägungsmaßstab für diese Wertungsentscheidung könnten dabei beispielsweise diejenigen Wert- und Zielvorstellungen sein, die in der mit dieser Arbeit vorgeschlagenen Präambel und/oder Normzweckklausel aufgeführt werden¹³⁵⁷. Danach soll die urheberrechtliche Rahmenordnung die Individualrechte – insbesondere in freiheitssichernder Tradition das Selbstbestimmungsrecht – der Urheber und Nutzer schützen sowie zugleich im Interesse der Allgemeinheit den kulturellen, wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Fortschritt fördern sowie der Verwirklichung einer offenen Kultur¹³⁵⁸ dienen. Als einzelne, konkrete Zielvorgaben werden in dieser Präambel formuliert: die angemessene Vergütung des Urhebers für die Nutzung seiner Werke, der Investitionsschutz zugunsten der Verwerterindustrie, die Förderung des Wettbewerbs, die Sicherung individueller Freiheit sowie die kulturelle und wissenschaftliche Partizipation der Nutzer, um auf diese Weise für jeden die aktive wie passive Teilnahme am kulturellen Leben der Gemeinschaft und die Teilhabe an den Ererungenschaften der Wissenschaft zu ermöglichen und kulturelle Vielfalt zu fördern.

Durch die Anknüpfung an diesen Zielkatalog besteht somit ein methodischer Gleichlauf zwischen dem hier vorgeschlagenen bipolaren Normzweckkonzept und dem vorstehend in Kap. 4 D. postulierten integrativen Rechtfertigungsmodell, das zur Lösung von Konfliktfällen zwischen individualistischen und kollektivistisch-utilitaristischen Begründungsansätzen gleichfalls auf eine normativzielorientierte Auflösung im konkreten Einzelfall setzt.

Durch eine einzelfallbezogene Abwägung im Lichte einer Normzweckklausel und einer Präambel wäre gewährleistet, dass durch die Judikative flexible und einzelfallgerechte Lösungen auch für neuartige Problemstellungen gefunden werden können. Insbesondere ließe sich durch einen solchen entwicklungsoffenen Interessenausgleich der Tatsache Rechnung getragen, dass in einer Konstellation stärker ideelle Interessen des Kreativen betroffen sein mögen, in anderen Konstellationen aber vor allem Nutzerinteressen der Durchsetzung bedürfen. Nur in einem Modell der gleichberechtigten und gleichrangigen Normzwecke werden

1356 Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG, Rn. 42.

1357 Siehe oben Kap. 4 C. IV. 2. a) am Ende sowie Kap. 5 D. II. 1. Inwieweit für solche Wertungsentscheidungen im Urheberrecht überhaupt Raum besteht – bzw. de lege ferenda zusätzlich zu schaffen ist –, wird unten im Detail im Kontext der Schrankenauslegung zu erörtern sein.

1358 Zur Zielvorstellung einer *offenen Kultur* ausführlich oben unter Kap. 4. C. IV. 2. a).

die nicht selten gegenläufigen involvierten Interessen so zugeordnet, dass jedes Normzwecksubjekt die tatsächliche Chance auf Realisierung seiner berechtigten Interessen erhält und sich nicht einseitig beispielsweise der Urheberschutzzweck regelmäßig auf Kosten des Nutzerschutzzwecks durchsetzt. Auf diese Weise können beide Normzwecke ihre optimale Wirksamkeit erlangen und so zu einem angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen beitragen.

III. Zwischenergebnis

Auf der Basis des vorstehend erarbeiteten urheberrechtlichen Normzweckmodells sind der Urheber- und der Nutzerschutz als gleichrangige Normzwecke zu betrachten. Sie sollten bei jeder Einzelentscheidung von Legislative und Judikative gleichermaßen berücksichtigt werden.

D. Konsequenzen einer Normzweckerweiterung auf den Nutzerschutz

Das Eintreten für einen normativ-normzweckorientierten Ansatz, der den Nutzer neben den Urheberschutz prinzipiell auf eine Stufe stellt, wirft zweierlei Art Fragen auf: Zum einen stellt sich die Frage (I.), welchen Wert eine solche Zweckbestimmung überhaupt haben kann. Anders formuliert: Wie viel Lenkungswirkung ist einer Bestimmung des Normzwecks prinzipiell beizumessen? Welche Funktionen kann sie generell übernehmen? Welche Chancen bietet mithin das zweckorientierte Denken für das Urheberrecht?

Die zweite Kategorie von Fragen (II.) zielt weniger auf die allgemeine Relevanz einer Normzweckbestimmung, als auf die konkreten materiell-rechtlichen Schlussfolgerungen, die sich aus einem bipolaren Normzweckmodell für die Ausgestaltung des Urheberrechts ziehen lassen. Normzwecke geben aus sich selbst heraus keine zwingenden Lösungen vor¹³⁵⁹. Die Forderung nach einem bipolaren Normzweckmodell verlangt zwar nach einer Neujustierung von Urheber- und Nutzerinteressen. Dies allein sagt gleichwohl relativ wenig darüber aus, wie das Urheberrecht konkret ausgestaltet sein sollte, damit es sowohl den Schutzbedürfnissen der Urheber als auch der aktiven und selbstbestimmten Nutzer gleichermaßen Rechnung trägt. Mit Leben erfüllt wird ein normzweckorientierter Ansatz somit erst durch die konkreten materiell-rechtlichen Forderungen, die mit ihm verknüpft sind. Diese überblicksartig darzustellen, wird Gegenstand der Ausführungen unter II. sein.

1359 Vgl. *Beater*, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 6.

I. Rechtliche Relevanz einer Normzweckbestimmung

Bevor wir uns den denkbaren materiell-rechtlichen Konsequenzen eines bipolaren Normzweckmodells konkret zuwenden, soll hier zunächst vertieft werden, was der Sinn einer solchen Normzweckbestimmung ist.

1. Normzweck als Gesetzesrechtfertigung und Auslegungshilfe

Die Neubestimmung des normativen Sinns eines Gesetzes trägt zuallererst maßgeblich dazu bei, das Gesetz rechtspolitisch zu rechtfertigen. Die Kardinalsaufgabe einer Normzweckbestimmung besteht daneben natürlich darin, Grundlage für eine teleologische Auslegung des Gesetzes zu sein. Insofern ist die Beantwortung der Frage nach dem Warum des Urheberrechts nicht allein von akademischer, sondern auch von eminenter rechtspolitischer und rechtspraktischer Relevanz. Akzeptanz, Anwendung und Auslegung des Urheberrechts hängen in hohem Maße von ihr ab¹³⁶⁰. Um eine klare Antwort auf die Frage nach dem Warum des Urheberrechts zu geben, kann es sich empfehlen, dem Gesetz eine explizite Normzweckklausel voranzustellen¹³⁶¹. Ein Formulierungsvorschlag für eine solche Klausel wird nachfolgend in Kap. 5 D. II. 1. unterbreitet werden. Dort wird auch auf die weiteren Konsequenzen einer Normzweckerweiterung wie beispielsweise für die Auslegung der urheberrechtlichen Schrankenregelungen einzugehen sein (Kap. 5 D. II. 4.). Dabei wird auch der Tatsache, dass eine urheberrechtliche Normzweckbestimmung wie jede Normzweckklausel als solche selber auslegungsbedürftig ist, Rechnung getragen werden müssen. Zwecke sind in der Regel nicht aus sich selbst verständlich und bedürfen der Präzisierung. Mit anderen Worten wird das reziproke Wechselspiel von Gesetzesauslegung im Lichte des erweiterten Regelungszwecks als Auslegungsmaßstab und einem Zweckverständnis anhand der in den einzelnen urheberrechtlichen Regelungen zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertungen berücksichtigt werden müssen.

1360 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 29. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Luhmann*, Zweckbegriff und Systemrationalität, S. 7 ff., 166 ff., der sich intensiv mit der Funktion von Zwecken in sozialen Systemen beschäftigt hat. Nach *Luhmann* dient die Zweckorientierung der Reduktion von Komplexität, mit anderen Worten also der Vereinfachung, die ein System erst handlungsfähig werden lässt (S. 179: »(...) die Funktion der Zwecksetzung läßt sich in einem ganz allgemeinen Sinne als Funktion der Absorption von Komplexität und Veränderlichkeit denken«).

1361 S.a. *Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, S. 437 ff., mit einem Überblick über die gesetzgebungstheoretische Diskussion über den Sinn, den Nutzen und die Schwächen von Präambeln bzw. allgemein von Klauseln, die den Zweck eines Gesetzes erläutern, dazu noch näher unten in Kap. 5 D. II. 1.

2. Schutzzweckdenken im UWG als Orientierungshilfe

Aufschluss für die Funktion (und die Ausgestaltung) einer Zweckbestimmung im Urheberrecht vermag – wie Metzger angeregt hat¹³⁶² – möglicherweise auch der Blick ins UWG zu bieten, in dem, wie bereits ausgeführt¹³⁶³, in § 1 UWG der Schutzzweck durch Übernahme der in Rechtsprechung und Lehre entwickelten Schutzzwecktrias neu bestimmt worden ist. Dort heißt es in der Gesetzesfassung vom 03.07.2004: »Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.«¹³⁶⁴.

Das Schutzzweckdenken ist dabei auch im UWG eine relativ junge Erscheinung, bei dem Schutzzwecke und Fallgruppendifferenzierung dogmatisch erst allmählich zueinander zu finden scheinen¹³⁶⁵. Die Entwicklung der einzelnen Schutzzwecke durch Rechtsprechung und Lehre hat sich hier über einen längeren Zeitraum hingezogen¹³⁶⁶. Der ursprüngliche Schutzzweck des Konkurrenten-

1362 Im Rahmen einer Konferenz des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum am 02.11.2004 in Berlin, siehe dazu die von Hilty und Geiger hg. Onlinepublikation »Interessenausgleich im Urheberrecht – Teil 2«, die die Beiträge der verschiedenen Teilnehmer und die sich anschließende Diskussion dokumentiert, online verfügbar unter: http://www.ip.mpg.de/www/de/pub/forschung/publikationen/publikationen/online_publicationen/4__dogmatische_wildw_chse__di.cfm.

1363 Siehe Kap. 5 B. III. 2. a) aa).

1364 Vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 5, 15 ff. Der sprachlich unschöne Satz 1 (Verbraucherinnen und Verbraucher) kann trotz der Bezugnahme auf die sonstigen Marktteilnehmer nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Schutzzwecktrias den Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit umfasst. Eine vergleichbare Schutzzweckbestimmung weist Art. 1 der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung (84/450/EWG) auf: »Zweck dieser Richtlinie ist der Schutz der Verbraucher, der Personen, die einen Handel oder ein Gewerbe betreiben oder ein Handwerk oder einen freien Beruf ausüben, sowie der Interessen der Allgemeinheit gegen irreführende Werbung und deren unlautere Auswirkungen und die Festlegung der Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung.« Die Schutzzweckbestimmung ist zugleich eng angelehnt an Art. 1 des schweizerischen Lauterkeitsrechts, vgl. Harte-Henning-Schünemann, UWG, § 1, Rn. 1, demzufolge das schweizerische UWG bezweckt, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten.

1365 Beater konstatierte noch 1997 in seiner Antrittsvorlesung, vgl. JZ 1997, 916, und vertieft 1999/2000 in der Monographie »Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht«, S. 4 ff., dass ein »Vakuum« bestünde. S. 6 f. »Schutzzwecke werden für wichtig gehalten, aber kaum jemand sagt, welchen Inhalt sie haben (...) Schutzzwecke und Fallgruppen stehen bislang fast beziehungslos nebeneinander und man fragt sich, welchen Sinn die angeblich so anerkannten Schutzzwecke überhaupt haben sollen.«; vgl. auch die Systematisierungsbemühungen bei Nordemann, Wettbewerbs-/Markenrecht, Rn. 41 ff.

1366 Eingehend dazu Beater, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 8 ff.; Nordemann, Wettbewerbs-/Markenrecht, Rn. 53 f.; grundlegend zur Schutzzweckdiskussion Ulmer, GRUR 1937, 769, 772 f.; s. zur Entstehungsgeschichte auch Emmerich, Unlauter Wettbewerb, § 3, S. 26 ff.

schutzes weitete sich nur allmählich um den Schutz des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb und schließlich um den Verbraucherschutz¹³⁶⁷. *Beater* sieht den Grund für die zögerliche Annäherung an stärker schutzzweckorientierte Begründungsansätze im UWG darin, dass ein schutzzweckorientiertes Denken erst mit dem allgemeinen »Siegeszug von Wertungsjurisprudenz und teleologischen Auslegungskriterien« größere Beachtung erfahren konnte¹³⁶⁸. Heute kann die Frage nach dem Schutz- bzw. Regelungszweck als der wohl wichtigste Auslegungsgesichtspunkt betrachtet werden¹³⁶⁹. Ganz auf dieser rechtsmethodischen Entwicklungslinie weist das Schrifttum zum UWG der Auslegung mittels der Schutzzweckbestimmung ganz überwiegend einen hervorgehobenen Rang neben anderen Auslegungsmethoden wie der grammatikalischen, der historischen und der systematischen Auslegung zu¹³⁷⁰. Man ist sich einig, dass die Auslegung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften maßgeblich von den Schutzzwecken des UWG abhängt¹³⁷¹. Strittig ist freilich im Einzelnen die generelle Bedeutung und das Gewicht der verschiedenen Schutzzwecke¹³⁷².

Inwieweit lässt sich aber nun aus dem wettbewerbsrechtlichen Schutzzweckdenken Kapital schlagen für einen zweckorientierten Ansatz im Urheberrecht? Mit Blick auf die Auslegungsproblematik können die zum UWG herausgearbeiteten Auslegungsgrundsätze mit der starken Schutzzweckberücksichtigung analoge Anwendung finden. So stellt beispielsweise *Köhler* fest, dass die Schutzzweckbestimmung und die Beispielstatbestände der §§ 4 bis 7 UWG »insoweit in einem

1367 Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 1; a.A. *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, § 3, S. 25, der bereits im UWG von 1896 und 1909 den Verbraucherschutz gleichberechtigt neben dem Konkurrentenschutz sieht.

1368 *Beater*, JZ 1997, 916; zum methodischen Wandel weg von der Begriffsjurisprudenz hin zur Interessen- und Wertungsjurisprudenz auch *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 136 ff.

1369 *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn. 717 ff.: »Bei der Rechtsanwendung ist primär der Regelungszweck des Gesetzgebers herauszufinden und in »denkendem Gehorsam« (Ph. Heck) zu verwirklichen.«; *ders.*, Rn. 120: »Normative Sätze verfolgen bestimmte Zwecke oder Ziele. Es sind final gedachte Gebote. Der mit den Geboten angestrebte Zweck ist ihr zentraler Orientierungspunkt. Das gilt besonders für Rechtssätze.«.

1370 Vgl. Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 4; *Beater*, JZ 1997, 916; *Fezer*, Lauterkeitsrecht, Bd. I, § 1, Rn. 3.

1371 So *Beater*, JZ 1997, 916, mit zahlreichen weiteren Nachweisen; Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 4; *Fezer*, Lauterkeitsrecht, Bd. I, § 1, Rn. 3-5 (»Normzweckklausel ist Auslegungsdirektive bei der Anwendung des Gesetzes, dessen Schutzzweck sie umschreibt.«); *Geis*, Das Lauterkeitsrecht in der rechtspolitischen Diskussion, in: FS Tilmann, S. 121, 127 f.; *Harte-Henning-Schünemann*, UWG, § 1, Rn. 1; *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317, 1324, mit Hinweisen zur Rspr.

1372 Dies gilt insbesondere für den Verbraucherschutzzweck sowie das Bemühen, die Interessen der Allgemeinheit (an einem unverfälschten Wettbewerb) schützen zu wollen, vgl. kritisch zu letzterem z.B. *Nordemann*, Wettbewerbs-/Markenrecht, Rn. 55 und *Harte-Henning-Schünemann*, UWG, § 1, Rn. 63 ff.

hermeneutischen Zusammenhang der wechselseitigen Erhellung« stünden¹³⁷³. Diese Aussage lässt sich – wie oben gesehen – zwanglos auf das Verhältnis von möglicher urheberrechtlicher Normzweckklausel und einzelnen urhebergesetzlichen Regelungen übertragen (Stichwort: reziprokes Wechselspiel). Die Verfolgung eines zweckorientierten Ansatzes im Urheberrecht reiht sich mithin methodisch nahtlos in die Schutzzweckkonzeption des UWG und ein allgemein gewandeltes Methodenverständnis ein.

Mit Blick auf die konkrete Aufgabe der Normzweckklausel scheint sich indes systembedingt eine Abweichung vom UWG zu ergeben. Deren Funktion im System des UWG sieht nicht nur Köhler darin, sie solle »nicht nur das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb wirtschaft- und gesellschaftspolitisch legitimieren, sondern zugleich dem Richter einen verlässlichen und zugleich bindenden Maßstab für die (teleologische) Auslegung und Fortbildung des UWG geben«¹³⁷⁴. Die wettbewerbsrechtlichen Schutzzweckbestimmungen ermöglichen es also dem Richter, Wertungen für die Beurteilung von Wettbewerbshandlungen mit sachgerechten Maßstäben transparent zu machen¹³⁷⁵. Hier besteht ein schutzrechtsspezifischer Unterschied zum Urheberrecht. Das Wettbewerbsrecht ist in besonderem Maße durch die – die Generalklausel ausfüllende – Rechtsprechung geprägt. Es gibt im Vergleich zum Urheberrecht größere Wertungsspielräume, die durch den Richter bei seiner Abwägung transparent und sachgerecht zu füllen sind¹³⁷⁶. Dieser Zusammenhang erhellt, warum Schutzzwecküberlegungen im UWG (bislang) eine tendenziell größere Beachtung als im Urheberrecht erfahren. Das materiell »offenere« Recht verlangt stärker nach präzisen Wertungsrastern. Es wäre aber ein fataler Trugschluss, allein aufgrund der de lege lata vergleichsweise größeren materiell-rechtlichen Dichte des Urheberrechts eine normzweckorientierte Dogmatik für entbehrlich zu halten. Namentlich die Schrankenauslegung verlangt in gleichem Maße nach klaren Grundaussagen über Sinn und Zweck urheberrechtlichen Schutzes. Dies gilt umso mehr als dass das gesetzlich nicht verankerte sog. »Dogma der grundsätzlich engen Schrankenauslegung« ein nicht auszurottendes Dasein in der Urheberrechtsdebatte führt und die Rechtsanwendung in

1373 Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 5; Fezer, Lauterkeitsrecht, Bd. I, § 1, Rn. 3: »Als Gesetzestext bedarf eine Normzweckklausel selbst der Auslegung im Sinne ihrer rechtlichen Textbedeutung.«.

1374 Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 4. Bereits Beater, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 31, betonte: »Das Nachdenken darüber, welchen Schutzzwecken das UWG dient und welchen Inhalt diese Schutzzwecke haben, kann die Rechtsanwendung versachlichen und namentlich die Entscheidungen zu § 1 UWG (also der seinerzeitigen Generalklausel, Anm. d. Verf.) auf rationale Beine stellen.«; ders., S. 212: »Schutzzwecke dienen in materiell-rechtlicher Hinsicht dazu, folgerichtige und auf einheitlichen Wertungen basierende Ergebnisse zu erreichen und deren Maßstab offenzulegen.«.

1375 Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 4; Beater, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 35.

1376 Beater, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 35.

eine Einbahnstraße führt. Auf diese überholte Sichtweise der urheberrechtlichen Schranken wird noch einzugehen sein¹³⁷⁷.

Der Strukturvergleich von UWG und UrhG mit der materiell-rechtlich größeren Dichte des UrhG führt zudem zu der generellen, gesetzestechnischen Überlegung, ob die Ausweitung und zusätzliche Schaffung geeigneter Wertungsspielräume im Urheberrecht nicht ein adäquates Mittel sein könnte, um letztlich der Rechtsprechung im Lichte der Normzweckklausel die Ausgleiche der im Urheberrechtsmarkt beteiligten Interessen in strukturierter und transparenter Weise zu ermöglichen (näher dazu unten bei den Konsequenzen einer Normzweckerweiterung in Kap. 5 D. II. 4. a) bb)).

Das Schutzzweckdenken im UWG kann im Ergebnis eine wertvolle Orientierungshilfe und Inspirationsquelle für eine zweckorientierte Revision des UrhG sein; unmittelbare Vorlage kann die wettbewerbsrechtliche Schutzzwecktrias dabei freilich nicht sein. Dafür sind die Zielsetzungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zu denen des Urhebergesetzes zu unterscheiden. Der wettbewerbsrechtliche Verbraucherschutzgedanke lässt sich beispielsweise nicht gleichsetzen mit dem in dieser Arbeit diskutierten Nutzerschutz¹³⁷⁸. Auch ist § 1 Satz 2 UWG n.F. genau zu lesen. Geschützt wird demnach nicht jedes Allgemeininteresse, sondern das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb¹³⁷⁹. Dies sind nur zwei wettbewerbsrechtliche Spezifika, die einer unmittelbaren Übernahme der UWG-Schutzzweckkonzeption entgegenstehen. Gleichwohl hat sich an verschiedenen Stellen dieser Arbeit bereits gezeigt – beispielsweise beim Verhältnis der Regelungszwecke untereinander oder dem Verhältnis der Zwecke zu den mit ihnen im Detail jeweils verknüpften Rechten –, dass es hilfreich sein kann, den Blick ins UWG zu richten.

3. Neubestimmte Regelungszwecke als Gestaltungsauftrag de lege ferenda

Die Funktion einer normativen Zweckbestimmung beschränkt sich nicht auf die der Gesetzesrechtfertigung und der Auslegungshilfe, sondern geht darüber hinaus. Die rechtstheoretische Konsolidierung der urheberrechtlichen Grundannahmen determiniert oder erleichtert zumindest auch de lege ferenda die Lösung urheberrechtlicher Problemstellungen¹³⁸⁰. Eine Zweckbestimmung lässt sich inso-

1377 Siehe dazu Kap. 5 D. II. 4. a) aa).

1378 Dies wurde auch schon oben im Rahmen der informationsökonomischen Rechtfertigung des Nutzerschutzes festgestellt, s. Kap. 4 C. I. 5. e) bb).

1379 Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 35 f.: »der Schutz »sonstiger Allgemeininteressen« (sei) weiterhin nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts (...) Das Wettbewerbsrecht soll und darf nicht zu Zwecken instrumentalisiert werden, die außerhalb seines Regelungsbereichs, nämlich des Marktverhaltens, liegen.«.

1380 Ähnlich der Begründungsansatz von Beater, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 20 ff., zu den UWG-Schutzzwecken, die er neben deren erheblicher materiell-rechtlicher Bedeutung getragen sehen möchte von der »Überlegung, daß Anwendungsbereich und Sanktionsformen des Wettbewerbsrechts nur dann sinnvoll und konsequent bestimmt

fern gleichermaßen deduktiv als Richtschnur und Gestaltungsauftrag für die Weiterentwicklung des Urheberrechts durch Rechtsprechung und Gesetzgeber lesen. »Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts.« – so lautet das Motto, das *Jhering* seiner Monographie »Der Zweck im Recht« voranstellte¹³⁸¹.

Es ist dabei noch nicht in letzter Konsequenz abzusehen, welche Regelungen mittel- bis langfristig eine programmatische Aufwertung des Nutzerschutzes hervorbringen wird. Das Normzweckdenken wird hier im Urheberrecht zwangsläufig auch zu ungewohnten und überraschenden Resultaten führen und uns neue Schutzaspekte bescheren, das UrhG also auch auf Konstellationen anwendbar machen, die nach überkommenem Verständnis nicht erfasst werden. Gerade weil dieser durch eine denkbare Normzweckklausel aufgewertete Regelungszweck Risiko und Chance zugleich bedeutet, bedarf er einer sorgfältigen Überprüfung und weiterer Forschung¹³⁸². So wird z.B. zu untersuchen sein, inwiefern der Nutzerschutz zweck im Einzelfall auch Argument zur Ablehnung urheberrechtlichen Schutzes sein kann, beispielsweise als Instrument zur Anhebung der Schutzwelle (Begrenzungsfunktion). Auch wird man bei konsequenter Anwendung des Nutzerschutzzwecks über die Ausweitung von Sanktionsmöglichkeiten im Interesse des Nutzerschutzes nachdenken müssen. Dies könnte beispielsweise hinauslaufen auf die Schaffung eines eigenständigen Unterlassungs- bzw. vorzugsweise Beseitigungsanspruchs für Verbraucherverbände für bestimmte Fälle, in denen nach Ablauf der Schutzfrist an sich gemeinfreie Werke über TPM bzw. DRM-Systeme einem erneuten Schutz zugeführt, kommerzialisiert und der Allgemeinheit entzogen werden¹³⁸³. Ein vergleichbarer Unterlassungs- und Beseiti-

werden können, wenn sie sich an Schutzzwecken ausrichten.«; s.a. *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 29: »(...) die Errichtung, Ausgestaltung und Weiterentwicklung des Urheberrechts setzt ja schon immer eine vorgängige Idee voraus, als deren Umsetzung sich das Urheberrecht ausnimmt. (...) Wie das Urheberrecht aussehen soll, weiß man schließlich nur dann, wenn man weiß, warum es überhaupt sein soll. Wer den Grund nicht kennt, deretwegen das Urheberrecht vernünftig ist, kann dessen Gestalt daher nicht an ihm ausrichten. Ein Gesetzgeber, der etwas vorschreibt, ohne zu wissen, warum er es vorschreibt, wird kaum wissen, wie er es vorschreiben soll.« (Hervorhebungen im Original).

- 1380 *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. II. Oder, um es mit *Otto von Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 3, zu sagen: »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.«.
- 1382 In diesem Sinne *Beater*, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 42: »Bei der Anerkennung eines neuen Schutzzwecks muß (...) überdacht werden, welche zusätzlichen, vom Gesetz bislang nicht berücksichtigte Momente er gegebenenfalls erfaßt.«.
- 1383 Selbstverständlich ist hier Vorsicht geboten, zumal die Zusammenstellung z.B. gemeinfreier Musik oder älterer Literatur auf einer kopiergeschützten CD u.U. einen Zugang ggf. erst ermöglicht, der ohne eine solche Neuauflage wesentlich erschwert gewesen wäre. Daher gilt es zu berücksichtigen, dass insoweit die »Incentives« für die Verwerterindustrie gewahrt bleiben, um auch in Zukunft u.U. überaus verdienstvolle (Digitalisierungs-) Projekte ökonomisch reizvoll bleiben zu lassen. Zu denken wäre konkret an solche Fälle, in

gungsanspruch (parallel für Privatpersonen und Verbraucherschutzverbände) wird auf Grundlage des Nutzerschutzzwecks dogmatisch auch plausibel für das Problem der Schrankendurchsetzung gegenüber technischen Schutzmaßnahmen. Nutzerschützende Regelungen wie zum Beispiel in Deutschland in Gestalt von § 95b Abs. 2 UrhG¹³⁸⁴ oder § 2a UKlaG¹³⁸⁵ muteten nicht mehr wie Fremdkörper an – die sich auf Basis eines an sich rein urheberzentrierten Paradigmas kaum begründen lassen –, sondern fügten sich widerspruchsfrei und ausbaufähig in eine bipolare Zweckdogmatik. All diese Fragen erschöpfend zu behandeln, würde gewiss den Rahmen dieser Arbeit sprengen; einige von ihnen sollen gleichwohl nachfolgend aufgegriffen werden¹³⁸⁶. An dieser Stelle geht es nur darum, das vielfältige Potential eines zweckorientierten Ansatzes und den damit verbundenen »Zugewinn an Differenzierungsmöglichkeiten«¹³⁸⁷ für das Urheberrecht aufzuzeigen.

4. *Erweiterte Regelungszwecke und die Chance auf Akzeptanzsteigerung des Urheberrechts*

Ein zweckorientierter Ansatz eröffnet auch unter rechtspolitischen bzw. rechtssoziologischen Gesichtspunkten neue Möglichkeiten. Wie in Kapitel 3 dargestellt, hat die Schutzexpansion des Urheberrechts zu einem massiven Akzeptanzproblem in breiten Bevölkerungskreisen geführt. Der von professionellen Interessenvertretern der Verwerterindustrie erfolgreich betriebene, einseitige urheberrechtliche Schutzausbau hat allzu häufig vergessen lassen, dass das Urheberrecht ein Instrument des Interessenausgleichs insbesondere zwischen Urhebern, Nutzern und Verwertern ist¹³⁸⁸. Weil Nutzer- und Gemeinwohlinteressen eine immer geringere oder halbherzige Berücksichtigung erfahren, ist das Urheberrecht dadurch in den Augen vieler zu einem bloßen Machtinstrument der Verwerterindustrie verkommen.

Will man verhindern, dass in der urheberrechtspolitischen Debatte das Urheberrecht von interessierter Seite immer mehr als alleiniges Recht des Urhebers bzw. Rechtsinhabers begriffen und instrumentalisiert wird, ist eine Klarstellung

denen eine Digitalisierung von Kulturbeständen aufgrund des Aufwands nur einmal erfolgt und das Produkt dadurch zum maßgeblichen Bezugspunkt z.B. für wissenschaftliche Zwecke wird. Auch § 70 UrhG ist in diesem Zusammenhang freilich Rechnung zu tragen.

1384 § 95b Abs. 2 UrhG gewährt dem von einer Schrankenbestimmung Begünstigten gewissermaßen ein Nutzerrecht in Gestalt eines individuellen zivilrechtlichen Anspruchs auf Zurverfügungstellung geeigneter Mittel zur Umgehung technischen Schutzes, das der Schrankenprivilegierte gegenüber dem jeweiligen Rechteinhaber geltend machen kann, dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 95b, Rn. 14 ff.

1385 Dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 95b, Rn. 6.

1386 Näher dazu in Kap. 5 D. II. 5.

1387 So Beater, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 211, bzgl. der Schutzzweckerweiterung im UWG.

1388 In diesem Sinne kritisch auch Metzger, GRUR Int. 2006, 171, 172.

und Institutionalisierung des im Urheberrecht vorzunehmenden Interessenausgleichs erforderlich. Eine auf die Rechteinhaber und Nutzer bezugnehmende Zweckbestimmung vermag als Gestaltungsdirektive dazu beizutragen, dass in der erhitzten urheberrechtlichen Diskussion zumindest weniger häufiger aus dem Blick gerät, dass das Urheberrecht nicht allein den Interessen der Urheber bzw. (mittelbar) der Rechteinhaber dient, sondern gerade angesichts des technischen Wandels auch Nutzer- und Gemeinwohlbelange in zunehmenden Maße der urheberrechtlichen Durchsetzung bedürfen. Die Verankerung einer gleichermaßen schutzbegründenden wie schutzbegrenzenden Normzweckklausel bietet dabei die Chance, im Zuge einer zweckorientierten Revision des gesamten UrhG dem Urheberrecht frische Legitimation zu verleihen. Indem insbesondere ein neuartiger und – so ist zu hoffen – identifikationsstiftender Nutzerschutzzweck einer einseitigen Schutzexpansion explizit entgegentritt, verspricht eine Revision der urheberrechtlichen Regelungszwecke auch unter rechtssoziologischen und rechtspolitischen Gesichtspunkten eine gesteigerte Akzeptanz des Urheberrechts in breiteren Bevölkerungskreisen. Ein Urheberrecht, das sich den Schutz des aktiven und selbstbestimmten Nutzers auf die Fahnen schreibt, kann schließlich eher auf intuitive Zustimmung und gesellschaftliche Akzeptanz hoffen, als eines, das verwerterorientiert auf Profitmaximierung und Kriminalisierung weitverbreiteter, alltäglicher Nutzungshandlungen setzt¹³⁸⁹. Voraussetzung dafür ist freilich, dass der Nutzerschutzzweck kein leeres Versprechen bleibt. Ohne die begleitende Umsetzung entsprechender Mittel (z.B. Ausweitung individueller, zivilrechtlicher Ansprüche auf Schrankendurchsetzung kombiniert mit kollektiven Rechtsschutzmöglichkeiten durch Verbraucherverbände, Sicherung der Interoperabilität von Dateiformaten, flächendeckende Kennzeichnungspflichten bei TPM/DRM-Verwendung, Abbau materiell-rechtlicher Verständnisbarrieren, Setzen auf Vergütungsansprüche anstelle von Verbotsrechten, Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzdauer etc.) bliebe die Verankerung eines Nutzerschutzzwecks mehr oder weniger wirkungslos.

Auch wenn man sich hinsichtlich der rechtspolitischen Durchsetzbarkeit entsprechender Mittel national wie international zumindest gegenwärtig nicht allzu große Illusionen machen sollte, so liefert ein Nutzerschutzzweck doch immerhin der bislang vergleichsweise schwächer organisierten »Lobby der werknutzenden

1389 Diesen rechtspolitischen Zusammenhang illustriert auch eine – wohlgemerkt: aus einem anderen Kontext stammende – Feststellung *Hilty*s, UFITA 116 (1991), 51; *Hilty*, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. *Dittrich*, S. 20, 41.: »Von entscheidender Bedeutung ist (...) die Tatsache, dass es in einem demokratischen System eine gewisse politische *Akzeptanz* braucht, um die (...) erforderlichen Rechtsgrundlagen überhaupt *normieren* zu können. Ob diese Akzeptanz zu erreichen ist, hängt entscheidend davon ab, unter welchem Titel das Schutzbegehren verkauft wird.« (Originalhervorhebungen übernommen).

Allgemeinheit« ein zusätzliches Argument für die Berücksichtigung ihrer Belange¹³⁹⁰.

5. Zusammenfassung

Eine Zweckbestimmung dient der Rechtfertigung und Auslegung des Urheberrechtsgesetzes. Durch eine Normzweckerweiterung lässt sich zudem ein gleichermaßen schutzbegründender wie schutzbegrenzender Gestaltungsauftrag verankern. Die damit einhergehende programmatische Neujustierung korrigiert einige der bisherigen dogmatischen Begründungsdefizite und gibt frische rechtspolitische Legitimation für ein zeitgemäßes Urheberrecht, das sich angesichts des technischen Wandels zunehmend der Durchsetzung von Nutzerbelangen widmen müssen.

II. Nutzerschützende Gestaltungsoptionen im Einzelnen

Die Aufwertung des Nutzerschutzes zu einem eigenständigen Normzweck des Urheberrechts verlangt nach einer grundlegenden Revision des überkommenen, prinzipiell urheberzentrierten Schutzsystems¹³⁹¹. Wie aber sollte das Urheberrecht konkret ausgestaltet sein, damit es sowohl den Schutzbedürfnissen der Urheber als auch der aktiven und selbstbestimmten Nutzer angemessen Rechnung trägt? Der Normzweck »Nutzerschutz« allein sagt ja noch relativ wenig über die

1390 Radikal weitergedacht könnte ein mehrdimensionaler Regelungszweck im Sinne eines Allgemeinen Teils für das Immaterialgüterrecht unter Umständen auch im Zuge einer u.a. von *Ohly*, JZ 2003, 545, 554, geforderten Gesamtbetrachtung der verschiedenen Schutzrechte des »Geistiges Eigentums« (siehe in diesem Zusammenhang auch die Klage von *Troller*, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. Aufl., S. 102, wonach heute »sogar die einzelnen Gebiete des Immaterialgüterrechts so weit auseinandergeraten (sind), daß der Patentrechtler sich um das Urheberrecht nicht kümmert, der Spezialist des Urheberrechts die Erhabenheit seines Gebiets durch die behauptete Verwandtschaft mit dem gewerblichen Rechtsschutz angegriffen sieht, und dem nach anderer Richtung hinstrebenden Markenrecht kein Zwang zur immaterialgüterrechtlichen Mitte auferlegt wird.«.) eine gewisse Integrationskraft entfalten, um die Überlappungen von verschiedenen Schutzrechten, d.h. die Kumulation von z.B. Marken-, Geschmacksmuster- und Urheberrechten – beispielsweise bei einem künstlerisch gestalteten Sitzmöbel –, in den Griff zu bekommen. Möglicherweise ließen sich so nämlich die systematischen Inkonsistenzen zwischen den einzelnen Schutzrechten überwinden, indem beispielsweise durch die Querschnittsberücksichtigung der Allgemein- bzw. Nutzerinteressen eine größere Kohärenz hergestellt würde. Siehe zu dem sich wohl noch verstärkenden Konvergenzproblem *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, Hg. v. *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23, 33 ff.; s.a. *Jänich*, *Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum?*, S. 373.

1391 Die nachfolgenden Ausführungen und rechtspolitischen Forderungen beziehen sich auf das kontinentaleuropäische Urheberrecht allgemein, werden aber primär mit Blick auf das deutsche UrhG exemplarisch formuliert.

materiell-rechtliche Ausgestaltung des Urheberrechts. Es ergeben sich aus ihm nicht quasi »automatisch« zwingende Vorgaben für die urheberrechtliche Regulierung. Er lässt als prinzipiell deutungsöffener Begriff vielmehr eine Fülle möglicher Schlüsse zu. Im Folgenden sollen daher lediglich einige denkbare, nutzerschützende Gestaltungsoptionen aufgezeigt werden, ohne dass damit der Anspruch erhoben würde, allein so lasse sich den Schutzbedürfnissen aktiver und selbstbestimmter Nutzer »richtig« Rechnung tragen¹³⁹². Richtschnur für diese potentiellen materiell-rechtlichen Konsequenzen wird der aktive und selbstbestimmte Nutzer als normatives Leitbild einer offenen Kultur sein (siehe dazu oben Kap. 4 C. IV. 2.). Mit dieser rechtspolitischen Zielvorstellung einer offenen Kultur wird, das sei an dieser Stelle noch einmal ausdrücklich in Erinnerung gerufen, die weitestmögliche Partizipation aller am Prozess und an den Resultaten kreativen Schaffens erstrebt. Offene Kultur meint eine Kultur, in der möglichst viele Inhalte erlaubnisfrei, aber nicht notwendig kostenfrei zugänglich sind, eine Kultur also, in der Urheber vergütet werden, aber kreatives Schaffen Dritter auch nicht unnötig und unverhältnismäßig durch urheberrechtliche Verbotsrechte be- oder verhindert wird¹³⁹³. Eine offene, partizipative Kultur ist daher nur dann verwirklicht, wenn Nutzer frei bzw. zumindest freier als bislang sind, vorhandene Werke insbesondere kreativ-schöpferisch verwenden zu dürfen. Wie sich diese Idealvorstellung annäherungsweise durch ein stärker nutzerorientiertes Urheberrecht de lege ferenda realisieren lassen könnte, soll nachfolgend skizziert werden.

Dabei soll nicht der Eindruck erweckt werden, das geltende Urheberrecht trage den Schutzbedürfnissen der Nutzer überhaupt nicht Rechnung. Im Gegenteil: Auch *de lege lata* finden sich durchaus einige urheberrechtliche Bestimmungen und Dogmen, die sich als Manifestationen urheberrechtlichen Nutzerschutzes interpretieren lassen – sie werden bislang nur gemeinhin nicht so verstanden¹³⁹⁴. Gedacht ist hier an Schrankenregelungen, die Idee-/Form-Dichotomie, die Unterscheidung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung (s. im deutschen Recht §§ 23/24 UrhG) und schließlich auch die begrenzte Schutzdauer als solche. Sie alle bewirken theoretisch, dass für aktive und selbstbestimmte Nutzer ein Bereich

1392 Mit einem ähnlichen Anspruch auch *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 291 f. (1996): »Like any jurisprudential framework, the democratic paradigm raises certain issues and points in certain directions; it does not lead mechanically to particular doctrinal results. My focus (...), therefore, will be to highlight a few possible, logically consistent applications of the paradigm, not to insist that a democratic copyright must necessarily resemble my description in every detail.«.

1393 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.«.

1394 Als Ausdruck einer nutzerschützenden Doktrin versteht sie aber beispielsweise *Liu*, 44 B.C. L. Rev. 397, 405 (2003).

zulässiger und vor allem zustimmungsfreier Nutzungshandlungen verbleibt¹³⁹⁵. Nichtsdestotrotz bleibt das nutzerschützende Potential dieser Instrumentarien weitgehend unausgeschöpft: Das verfehlte Dogma der engen Auslegung des starren, enumerativen Schrankenkatalogs etwa führt ein offenbar nicht auszurottendes Dasein, die Idee-/Form-Unterscheidung droht zunehmend verwässert zu werden¹³⁹⁶, das Einwilligungserfordernis für Bearbeitungen führt allzu häufig zu prohibitiv hohen Transaktionskosten, während die Latte für freie Benutzungen in den meisten Fällen unerreichbar hoch liegt; die pauschale 70jährige Schutzfrist post mortem auctoris schließlich verhindert aufgrund ihrer Undifferenziertheit und ihrer mangelnden Flexibilität wünschenswerte Werknutzungen auch dann, wenn an sich kein Amortisationsschutzbedürfnis seitens der Rechteinhaber mehr gegeben ist oder die Werke sogar verwaist sind. Diese Defizite liefern daher im Endeffekt zugleich einige Anknüpfungspunkte, wo eine am Normzweck des Nutzerschutzes ausgerichtete Revision des Urheberrechts ansetzen könnte.

Im Folgenden sollen daher – im Anschluss an einen Vorschlag für eine explizite Normzweckklausel und eine neue Gesetzesbezeichnung (dazu unter 1.) – exemplarisch die denkbare Verkürzung und Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schutzdauer (dazu unter 2.), die Schutzoptionen für die Nutzer von »orphan works« (dazu unter 3.), die normativ-normzweckorientierte Auslegung und Ausgestaltung der Schranken (dazu unter 4.) und die Durchsetzung urheberrechtlicher Wertungen gegenüber technischen Nutzungsrestriktionen (dazu unter 5.) näher untersucht werden.

Damit ist das Gestaltungspotential normativ-normzweckorientierten Denkens natürlich bei Weitem noch nicht erschöpft. Nachdenken ließe sich darüber hinaus etwa über eine Neubewertung des Verhältnisses von Bearbeitung und freier Benutzung, also eine veränderte Auslegung der insoweit bestehenden Regelungen. Wollte man an dieser »Stellschraube« im Lichte eines bipolaren Normzweckmodells zudem materiell-rechtlich drehen, könnte man beispielsweise die Etablierung eines individuellen Anspruchs auf Bearbeitung erwägen¹³⁹⁷. Dieser wäre rechtstechnisch im Wege einer Zwangslizenz zu realisieren¹³⁹⁸, die gesetzes-systematisch dann allerdings eher im Bereich der Schranken (§§ 44a ff. UrhG) anzusiedeln wäre. Abgesehen davon, dass eine solche Regelung zahlreiche kom-

1395 So gesehen kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass schon heute dem UrhG in Teilen ein bipolares Normzweckmodell zugrundeliegt. Dieser Umstand vermag aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass nicht nur im Interesse der Klarheit und der Rechtssicherheit de lege ferenda eine explizite Benennung der Normzwecke wünschenswert ist.

1396 Siehe hierzu etwa die problematischen Grenzfälle des urheberrechtlichen Schutzes für Sendeformate oder für den Stoff, den Plot und die Charaktere eines Romans, s. mit Rechtssprechungsnachweisen Dreier-Schulze-Schulze, UrhG, § 2, Rn. 44, 88, 91 f.

1397 Hinsichtlich der Rechtsnatur wäre es ein Anspruch, aber noch kein subjektives Recht im Sinne eines absoluten Herrschaftsrechts, also nur ein relatives Recht gegenüber einem bestimmten Verpflichteten, nämlich dem Urheber.

1398 Für die Etablierung von Zwangslizenzen zur Ermöglichung von »transformative uses« macht sich insbesondere *Netanel*, 106 Yale. L. J. 283, 376 ff. (1996), stark (S. 378): »From

plizierte Fragen aufwirft – wer z.B. sollte zum Kreis der Anspruchsberechtigten gehören? Nur die kreativ-schöpferischen Nutzer? Auch die Verwerter? Was wären angemessene Lizenzbedingungen? Führt der Streit über die Höhe der zu zahlenden Vergütung nicht zu neuen Transaktionskosten? – muss man der Tatsache gewahr sein, dass ein solcher Kontrahierungszwang am Fundament des traditionellen Urheberrechts rüttelte. Das Recht des Urhebers, über die Verwendung bzw. die Bearbeitung seines Werkes entscheiden zu dürfen, wird gemeinhin als die Essenz des Urheberrechts verstanden. Mit der Forderung nach einer Zwangslizenz für Bearbeitungen schösse man also möglicherweise eher über das Ziel hinaus. Ein milderer und auch rechtspolitisch leichter realisierbares Mittel könnte daher eine Duldungspflicht für den Fall sein, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer bearbeitenden Werknutzung besteht¹³⁹⁹. Wann aber sollte dies gegeben sein? Wäre eine solche Regelung nicht mit zu viel Rechtsunsicherheit für potentielle Nutzer verbunden? Und wie wären § 23 und wohl auch § 14 und § 39 UrhG¹⁴⁰⁰ dann im Einzelnen zu modifizieren? Diese Fragen abschließend beantworten zu wollen, würde den Rahmen dieser Dissertation sprengen¹⁴⁰¹. Es sollen daher nachfolgend allein die Gestaltungsoptionen für die oben benannten Themenbereiche überblicksartig dargestellt werden.

the democratic perspective, a broad derivative right poses an unacceptable burden on expressive diversity. Given copyright owners' propensity to private censorship and systematic ability to demand supracompetitive license fees, copyright owners' expansive control over transformative uses unduly stifles the creative reformulation of existing expression, serving in the process to bolster cultural and market-based hierarchy.«. In eine ähnliche Richtung wie hier denkt auch *Geiger*, IIC 2007, 707, 714: »it might be interesting to reflect on the implementation of »an exception for creative use« which would convert the exclusive right to a right to remuneration whenever the use of a work led to the creation of a new work. (...) In order to avoid the slightly »brutal« aspect of the statutory licence, it would be possible to consider a compulsory collective management system for this type of use.«. Der Vorzug einer obligatorischen kollektiven Wahrnehmung sei dabei, dass diese (s. Fn. 37) »would (...) circumvent the barrier of the famous »three-step test« in that compulsory collective management does not constitute a »limitation« on copyright«.

1399 Für diese Idee dankt der Verfasser Professor *Dietz*.

1400 § 39 Abs. 2 UrhG sieht bereits heute eine ausnahmsweise Durchbrechung des Änderungsverbots vor. Zulässig sind danach Änderungen des Werkes und seines Titels, zu denen der Urheber seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann.

1401 Das Gleiche gilt für ein denkbare Nutzerrecht auf Zugang zu Werkstücken (ein möglicher § 25a UrhG de lege ferenda). § 25 UrhG begünstigt nur die Urheber. Gemäß § 25 Abs. 1 UrhG kann der Urheber »vom Besitzer des Originals oder eines Vervielfältigungsstückes seines Werkes verlangen, daß er ihm das Original oder das Vervielfältigungsstück zugänglich macht, soweit dies zur Herstellung von Vervielfältigungsstücken oder Bearbeitungen des Werkes erforderlich ist und nicht berechnete Interessen des Besitzers entgegenstehen.«. Angelehnt an die Wertungen des § 25 UrhG könnte man im Zuge des Nutzerschutzes über einen individuellen Anspruch des Nutzers auf Zugang zu Werkstücken (ggf. zu angemessenen Bedingungen) nachdenken. Dieser wäre relevant für den Zugang zu privaten Sammlungen, Museen und Archiven und die dortige wissenschaftliche Quellenarbeit, also beispielsweise das Abzeichnen, Photographieren oder sonstige Vervielfältigen von Werkstücken – um nur einen Anwendungsfall zu nennen. Um die Besitzer des jeweiligen Werk-

1. Gesetzliche Normzweckverankerung in § 1 UrhG *de lege ferenda*

Die wohl naheliegendste Gestaltungsoption im Zuge eines erweiterten Normzweckmodells ist dessen explizite Kodifizierung in Gestalt einer programmatischen Normzweckklausel, die dem jeweiligen nationalen Urheberrechtsgesetz *de lege ferenda* voranzustellen wäre¹⁴⁰². § 1 Abs. 1 des deutschen UrhG könnte dann – um einen expliziten Nutzerschutz ergänzt – beispielsweise folgendermaßen lauten:

»Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst sowie deren Nutzer genießen Schutz *aufgrund* und nach Maßgabe dieses Gesetzes.«.

stückes (v.a. private Sammler, Museen, Archive) nicht unverhältnismäßig in ihren berechtigten Interessen (z.B. der Ungestörtheit der Privatsphäre) zu beeinträchtigen, wären strenge Anforderungen an den Kreis der Anspruchsberechtigten aufzustellen (z.B. Nachweis eines wissenschaftlichen Forschungsinteresses). Inhalt und Umfang des Zugangs- bzw. Zutrittsrechts wären in jedem Fall äußerst behutsam auszugestalten.

- 1402 S.a. *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 132, Fn. 361, der mehrere Beispiele dafür gibt, dass »«final strukturierte« Zweckartikel und damit gesetzliche »Zweckprogrammierungen« gerade für das Wirtschaftsrecht charakteristisch« sind; s.a. *Dietz*, ZUM 2001, 276 ff., der unter Verweis auf die Präambel des spanischen Urheberrechtsgesetzes vom 11.11.1987 sowie die Präambeln der RBÜ und des WUA bedauert, dass das UrhG »leider im Gegensatz zu Gesetzen anderer Länder keine präambelhaften Selbstaussagen über seinen rechtspolitischen Sinn trifft«. In GRUR Int. 2006, 1 ff., hat *Dietz* diesen Gedanken weitergesponnen und – im Anschluss an eine überblicksartige Darstellung der verschiedenen Rechtfertigungsklauseln und Programmsätze aus der Geschichte des Urheberrechts – einen eigenen Vorschlag für eine *Verfassungsklausel* zur Rechtfertigung und Gewährleistung des Urheberschutzes unterbreitet. Dieser sehr detaillierte Formulierungsvorschlag, der über den Bereich des Urheberrechts im engeren Sinne weit hinausweist, verdient es, hier in voller Länge wiedergegeben zu werden – auch wenn er letztlich zu urheberzentriert konzipiert ist und den Schutzbedürfnissen der Nutzer nicht hinreichend Rechnung trägt. *Dietz*’, GRUR Int. 2006, 1, 8, Vorschlag lautet:

»Art. NN – Rechte der Kreativen (Urheber und ausübenden Künstler) und der Kulturproduzenten
(1) Zur Förderung von Kreativität, Wissenschaft und Kultur sowie kultureller Vielfalt und zur allseitigen Entfaltung der schöpferischen Persönlichkeit wird den Kreativen (Urhebern und ausübenden Künstlern) das Recht auf Schutz ihrer persönlichen und materiellen Interessen an ihren Geisteswerken bzw. künstlerischen Leistungen gewährleistet. Inhalt und Schranken sowie die jeweilige Dauer dieses Schutzes werden durch die Gesetze bestimmt. Im Falle der Verwertung ihrer Geisteswerke oder künstlerischen Leistungen auf Grund eines Vertrages haben die Kreativen Anspruch auf angemessene Vergütung.

(2) Der in Abs. 1 vorgesehene Schutz besteht in der Regel aus einem erga omnes wirkenden Ausschließlichkeitsrecht (geistiges Eigentum); in bestimmten gesetzlich festgelegten Ausnahmefällen kann das Ausschließlichkeitsrecht im öffentlichen Interesse, insbesondere um der Allgemeinheit den Zugang zu wissenschaftlichen und informatorischen Werken zu erleichtern, durch den Anspruch auf angemessene Vergütung für die Nutzung dieser Werke und Leistungen ersetzt werden. Bei der Bestimmung der Schranken des in Abs. 1 vorgesehenen Schutzes muss ein angemessener Rechts- und Interessenausgleich unter den verschiedenen Kategorien von Rechteinhabern (einschließlich der Inhaber verwandter Schutzrechte nach Abs. 3) sowie zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechteinhabern einerseits und Nutzern von Werken oder Leistungen andererseits

Zum Vergleich der bisherige Wortlaut des § 1 UrhG: »Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst, genießen für ihre Werke Schutz nach Maßgabe dieses Gesetzes.«. Die Einfügung des »aufgrund« soll dabei den staatlichen Gewährungscharakter betonen. Damit wird der Annahme eines vorgegebenen Naturrechts eine klare Absage erteilt¹⁴⁰³. Die Begriffe »Literatur, Wissenschaft und Kunst« sind hier bewusst beibehalten worden, auch wenn sie nur eine »ungefähre Abgrenzung des urheberrechtlichen Schutzbereichs«¹⁴⁰⁴ ermöglichen. Ihr Vorzug ist, dass sie eingebürgert sind und der Terminologie der internationalen Abkommen entsprechen (s. Art. 2 Abs. 1 RBÜ: »Werke der Literatur und Kunst« und Art. 1 WUA: »Literatur, Wissenschaft und Kunst«).

Da das Urheberrecht in der öffentlichen Wahrnehmung seine Selbstverständlichkeit verloren hat und die Debatte über die Sinnhaftigkeit des Urheberrechts mittlerweile weit über den Kreis der juristischen Fachwelt hinaus Interesse erregt, erscheint darüber hinaus ein weiterer, erläuternder bzw. das Urheberrecht legitimierender Absatz 2 als ein geeignetes Mittel, um die Gesetzesadressaten von der Vernünftigkeit und Zweckmäßigkeit des Urheberrechts zu überzeugen¹⁴⁰⁵.

gesichert werden. Die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften der Kreativen ist gesetzlich zu regeln, staatlich zu kontrollieren, im Hinblick auf die in Abs. 1 festgelegten politischen Ziele aber auch zu fördern.

(3) Um einen zufrieden stellenden Ertrag ihrer Investitionen zu sichern, wird Produzenten kultureller und informatorischer Erzeugnisse (Verlegern, Herstellern von Tonträgern, Filmherstellern, Sendeunternehmen usw.) das Recht auf Schutz ihrer Erzeugnisse oder Leistungen in Form verwandter Schutzrechte gewährleistet; Inhalt und Schranken sowie die jeweilige, im Vergleich zum Schutz der Urheberwerke kürzere Dauer dieses Schutzes werden durch die Gesetze bestimmt. Die Bestimmungen in Abs. 2 gelten mutatis mutandis.«.

1403 Eine naturrechtliche Rechtfertigung des Urheberrechts wurde oben verworfen, s. Kap. 4 B. II. 1. Vgl. demgegenüber *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 128, der davon ausgeht, dass das Urheberrechtsgesetz durch die bisherige Formulierung des § 1 UrhG lediglich »das von Natur aus gegebene geistige Eigentum anerkenne«.

1404 *Schricker-Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rn. 4, § 2, Rn. 4.

1405 *S. Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, S. 437 ff., mit einem Überblick über die gesetzgebungstheoretische Diskussion über den Sinn, den Nutzen und die Schwächen von Präambeln bzw. allgemein von Klauseln, die den Zweck eines Gesetzes erläutern. Danach waren Präambeln auch in der deutschen Gesetzgebung früher durchaus üblich. Erst mit dem Aufkommen des Parlamentarismus hätten sie einen Bedeutungsverlust erlitten, da ihre Funktion der Gesetzesbegründung, die sich nunmehr vor allem an die Parlamentarier, und nicht mehr primär an die Gesetzesadressaten oder späteren Gesetzesanwender richtete, sich besser durch detaillierte, separate Gesetzesbegründungen (Motive) erreichen ließ. Gleichwohl seien sie seither noch »bei besonders wichtigen Gesetzgebungsvorhaben« anzutreffen, »die über den Kreis der juristischen Fachwelt hinaus Interesse erregten und wo man daher auf die direkte Ansprache des Gesetzgebers an die Gesetzesunterworfenen mittels Vorrede im Gesetz nicht verzichten wollte« (S. 440). Nach *Mertens*, a.a.O., S. 438, hätten es schon in der Antike *Platon* und *Cicero* befürwortet, »den Gesetzen eine Vorrede voranzustellen, damit der Adressat das Gesetz wohlwollend aufnimmt und er von der Richtigkeit der Anordnungen überzeugt wird«. Siehe im Übrigen auch die Übung, den europäischen Richtlinien und Verordnungen Erwägungsgründe voranzustellen.

Formulierungsvorschlag für einen § 1 Abs. 2 UrhG de lege ferenda:

»Das Urheberrecht schützt die ideellen Interessen des Urhebers in Bezug auf sein Werk (*Prinzip der persönlichkeitsrechtlichen Interessenwahrung*) und dient (unabhängig davon)¹⁴⁰⁶ zudem der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes (*Alimentations- und Amortisationsprinzip*¹⁴⁰⁷). Zugleich schützt es das individuelle Selbstbestimmungs- sowie Zugangs- und Verwendungsinteresse der Werknutzer, 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 (*Partizipationsprinzip*). Durch das Urheberrecht soll damit der kulturelle, wissenschaftliche und wirtschaftliche Fortschritt gefördert und eine offene, insbesondere durch autonome Selbstbestimmung, Pluralismus und kulturelle Vielfalt geprägte Kultur verwirklicht werden.«.

Ein ähnlicher Formulierungsvorschlag für eine Präambel wurde oben bereits in Kap. 4 C. IV. 2. a) a.E. unterbreitet¹⁴⁰⁸. Dieser unterscheidet sich von dem vorstehenden im Wesentlichen durch die zusätzliche Aufführung weiterer Zielvorstellungen, namentlich der Förderung des Wettbewerbs. Sein Duktus und Aufbau spricht möglicherweise eher für eine dem Gesetzestext voranzustellende Präambel, während der vorstehende Formulierungsvorschlag, dessen erster Satz evidenterweise an § 11 UrhG angelehnt ist¹⁴⁰⁹, so oder in ähnlicher Form eher Eingang in eine in § 1 zu verortende Normzweckklausel finden könnte. Letztlich ist die ge-

1406 Diese Einfügung brächte eine Lossagung vom Monismus zum Ausdruck – vorausgesetzt, man entschließt sich tatsächlich für die Preisgabe dieser in der deutschen Lehre immer noch sehr wirkungsmächtigen dogmatischen Vorstellung (dazu noch näher nachfolgend).

1407 Alternativ ließe sich für den Begriff »Alimentationsprinzip« auch Vergütungs- oder Beteiligungsprinzip erwägen, siehe hierzu auch Dietz, ZUM 2001, 276, 279.

1408 Vgl. »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 urheberrechtsverwertenden 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 fördern.«. S. Kap. 4 C. IV. 2. a) zur näheren Herleitung und Begründung dieser Ziel- und Wertvorstellungen.

1409 Vgl. § 11 UrhG: »Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes.«.

naue Formulierung auch zweitrangig¹⁴¹⁰. Entscheidend ist, dass die vorstehenden Wert- und Zielvorstellungen überhaupt zu Beginn des Gesetzes Erwähnung finden und dass vor allem auf Gesetzesebene unmissverständlich deutlich gemacht wird, dass das Urheberrecht nicht nur den Schutz des Urhebers, sondern auch den Schutz des aktiven und selbstbestimmten Nutzers bezweckt. Im Weiteren lässt sich dann über die genaue Formulierung trefflich streiten.

So ist beispielsweise der Fortschrittsbegriff¹⁴¹¹ im urheberrechtlichen Kontext alles andere als unproblematisch. Dies gilt insbesondere dann, wenn man ein postmodernistisches Kunstverständnis zugrundelegt, bei dem gerade nicht ein Fortschrittsziel maßgeblich ist¹⁴¹². Die Postmoderne ringt, wie ausgeführt, vielmehr mit der Erkenntnis, dass in der Kunst grundsätzlich nichts Neues mehr zu schaffen ist. Wenn aber die nicht selten collagehafte, spielerische Kombination oder auch ironische, zitierende Verwendung bestehender Werke oder Stile immer mehr zum Ausdruck künstlerischen Bemühens wird bzw. werden muss, dann scheint auf den ersten Blick die Verpflichtung des Urheberrechts auf die Förderung immer neuen Werkschaffens kunsttheoretisch in die Leere zu laufen. Eine gewisse »Umwälzungs- und Verbreitungsfunktion¹⁴¹³« des Urheberrechts für bereits bestehende geistige Inhalte droht zu kurz zu kommen.

Abgesehen davon, dass manche »die« Postmoderne mittlerweile aber bereits abgelöst sehen durch die mindestens ebenso vage Bezeichnung »Zweite Moderne«¹⁴¹⁴, ist der Fortschrittsbegriff für das Urheberrecht trotz dieser nicht unberechtigten Einwände nicht zwingend zu verwerfen. Auch wenn, wie einige Theoretiker der Postmoderne behaupten, die Realisierung des vollständig Neuen fragwürdig sei, so scheinen sie doch in der immer neuen, ebenso pluralistischen wie zufälligen Anwendung von Ideen und Stilen bzw. der Verwendung vorbestehender Werke insgesamt durchaus ein Charakteristikum zeitgenössischen künstlerischen Werkschaffens zu sehen. In diesem Sinne ist also auch hier ein wenn-

1410 Dietz, GRUR Int. 2006, 1, 8, weist zu Recht darauf hin, dass es einem Einzelnen nicht gelingen kann, »auf Anhieb einen in jeder Hinsicht überzeugenden Vorschlag« für eine derartige Klausel vorzulegen, »zumal wenn er für eine Mehrzahl von – jedenfalls europäischen – Ländern unter möglicher Überbrückung des historischen Gegensatzes von Copyright- und Droit d’auteur-Ländern gelten will.«. Dietz versteht seinen oben wiedergegebenen Vorschlag für eine Verfassungsklausel daher als eine Art »Versuchsballon«, mit dem er den Wunsch verbindet, dass er eine breite Diskussion entfachen möge. Ein ebensolcher Anspruch wird auch mit dem in dieser Arbeit vorgelegten Formulierungsvorschlag verfolgt.

1411 Ganz ähnlich im Übrigen wie der Innovationsbegriff, dazu oben im Rahmen der kritischen Würdigung des Mehrebenenansatzes, s. Kap. 4 C. I. 2.

1412 Welsch, Unsere postmoderne Moderne, S. 6; für weitere Nachweise zur Postmoderne wird auf Kap. 3 A. III. sowie Kap. 4 C. I. 2. b) verwiesen.

1413 Verbreitung hier verstanden im untechnischen Sinne.

1414 Hierzu Klotz, in: Die Zweite Moderne, Eine Diagnose der Kunst der Gegenwart, S. 9 ff. Klotz möchte insbesondere in den Medienkünsten mit ihren erweiterten Darstellungsmöglichkeiten den Aufbruch zu einer neuen Avantgarde erkennen; in dem auch von Klotz hg. Sammelband finden sich zahlreiche weitere Diskussionsbeiträge zum Begriff der »Zweiten Moderne«.

gleich zähes Fortschreiten der kulturellen Fortentwicklung zu beobachten. Vor diesem Hintergrund mag zwar ein qualitatives oder per se kulturoptimistisches Fortschrittsverständnis in dem Sinne, dass ein Werk von Grund auf neu bzw. besser als frühere ist, eher fehl am Platze sein, zumal für die Bewertung eines qualitativen Fortschritts auch der erforderliche Maßstab fehlte¹⁴¹⁵. In Betracht kommt allenfalls ein neutralerer quantitativer Fortschrittsbegriff¹⁴¹⁶. Fortschritt kann daher im urheberrechtlichen Kontext – wenn überhaupt – nur heißen: mehr Werke. Im Übrigen darf man nicht aus dem Blick verlieren, dass der Fortschrittsbegriff im Bereich der Wissenschaft und Wirtschaft, auf deren Förderung die vorgeschlagene Normzweckklausel gleichermaßen zielt, weitaus weniger problematisch ist¹⁴¹⁷. Im Ergebnis kann mithin am Begriff des Fortschritts in einer urheberrechtlichen Normzweckklausel festgehalten werden.

Gesetzestechisch bedürfte es bei Einfügung einer wie oben vorgeschlagenen Normzweckklausel in § 1 UrhG freilich der Anpassung der übrigen programmatischen Aussagen im UrhG. Um eine Wiederholung des Prinzips der persönlichkeitsrechtlichen Interessenwahrung sowie des Beteiligungsgrundsatzes zu vermeiden, wäre § 11 UrhG ersatzlos zu streichen. Bei dieser Gelegenheit ließe sich dann ggf. auch die fragwürdige Vorstellung einer untrennbaren Einheit von vermögensrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Urheberrechtskomponenten, also das bislang in § 11 Satz 1 und § 29 UrhG zum Ausdruck kommende Bekenntnis des deutschen Gesetzgebers zum Monismus, aus dem UrhG tilgen¹⁴¹⁸. Um einer Abkehr vom Monismus bzw. vor allem vom Unübertragbarkeitsdogma vermögensrechtlicher Befugnisse Ausdruck zu verleihen, wäre dann in der Normzweckbestimmung zu betonen, dass der vermögensrechtliche und persönlichkeitsrechtliche Schutz nicht unauflösbar eng miteinander verklammert sind (wie der Monismus bekanntlich annimmt), sondern vielmehr unabhängig voneinander und selbstständig für sich stehend gewährt werden (siehe dazu oben die in Klammern gesetzte Einfügung). Voraussetzung dafür wäre freilich, dass man sich tatsächlich zu einer Preisgabe des Monismus entschließt. Auch wenn viel dafür

1415 Gegen ein qualitatives Verständnis lässt sich im Übrigen auch die Semantik anführen, namentlich die Verwandtschaft von »Fortschritt« und Fortschreiten. *Joseph Roth* wird die in diesem Zusammenhang treffende Bemerkung zugeschrieben: »Der Begriff »Fortschritt« allein setzt bereits die Horizontale voraus. Er bedeutet ein Weiterkommen und kein Höherkommen.«.

1416 Gänzlich wertungsfrei ist auch dieser nicht, schließlich existieren durchaus auch kultur- und geschichtsphilosophische Betrachtungsweisen, denen das Fortschrittsdenken der westlichen Moderne als solches fremd ist und die anstelle einer linearen geschichtlichen Entwicklung beispielsweise von einem zyklischen Verlauf ausgehen.

1417 *S. Weber*, *Wissenschaft als Beruf*, in: *Politik und Gesellschaft*, S. 1016, 1023 ff.: »Die wissenschaftliche Arbeit ist eingespannt in den Ablauf des *Fortschritts*. Auf dem Gebiete der Kunst dagegen gibt es – in diesem Sinne – keinen Fortschritt.«.

1418 Zu diesem Grundsatz und seiner Verankerung in § 11 Satz 1 UrhG *Schricker-Schricker*, *Urheberrecht*, Einl. Rn. 21; § 11, Rn. 1 f.

spricht, diesen dogmatischen Zopf abzuschneiden¹⁴¹⁹, kann diese Frage hier realistischweise nicht am Rande beantwortet werden. Hier soll nur aufgezeigt werden, welche gesetzgeberischen Maßnahmen im Zuge einer Revision des urheberzentrierten Urheberrechts prinzipiell denkbar wären. Abgesehen davon würden von einer teilweisen Überwindung des Unübertragbarkeitsdogmas und der damit gesteigerten Verkehrsfähigkeit vermögensrechtlicher Befugnisse primär die Verwerter profitieren und nur mittelbar die (End-) Nutzer. Es wäre daher strenggenommen sogar missbräuchlich, die Abkehr vom Monismus mit dem Nutzerschutzgedanken rechtfertigen zu wollen¹⁴²⁰. Auch aus diesem Grund soll die Diskussion über die verbleibende Sinnhaftigkeit des Monismus hier nicht vertieft werden.

Im Zuge einer programmatischen Neuausrichtung des Urheberrechts ließe sich darüber hinaus aber erwägen, auch die Gesetzesbezeichnung zu ändern¹⁴²¹. Um sich vom rein urheberzentrierten Paradigma zu lösen, könnte man statt Urheberrecht beispielsweise vom Gesetz zur Förderung kreativen Schaffens¹⁴²² oder dem Schutzrecht der Kreativen¹⁴²³ oder besser und weiter noch vom *Schutzrecht der Urheber und der aktiven und selbstbestimmten Nutzer* sprechen¹⁴²⁴. Der Begriff des »kreativen Schaffens« (denkbar wäre auch Kreativitätsschutzrecht) würde dabei gleichermaßen die Schutzbedürfnisse des Urhebers wie des kreativ-schöpfen-

1419 Es wird insoweit verwiesen auf Kap. 5. B. II. 2. und die dortigen kritischen Anmerkungen zum Monismus im Anschluss an *Hilty*, Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse, in: FS Rehinder, S. 259, 272 ff.

1420 *Beater*, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 43 f., warnt vollkommen zu Recht davor, dass Normzwecküberlegungen ein gewisses Missbrauchspotential innewohnt: »zu einem Allheilmittel dürfen sie (die Schutzzwecke, Einf. des Verf.) nicht degeneriert werden. Schutzzweckargumentationen werden gleichwohl permanent mißbraucht und mißachtet. Insbesondere der Verbraucherschutzgedanke wird mißbraucht, wenn er in Fällen herangezogen wird, die gar nicht den Verbraucherschutz betreffen (...) In gleicher Weise kann es auch zu Mißachtungen von Schutzgedanken kommen. Während es beim Mißbrauch »nur« um falsche Begründungen geht, stehen bei der Mißachtung falsche Ergebnisse in Frage.«.

1421 Dieser Gedanke ist oben bereits im Zusammenhang mit dem Plädoyer für ein integratives Rechtfertigungsmodell verfolgt worden, s. Kap. 4 D. IV. a.E.

1422 *Hubmann*, Das Recht des schöpferischen Geistes, S. 77, hat bereits 1954 mit Blick auf die damalige Reformdiskussion angeregt, man solle das künftige Gesetz besser »als ein Gesetz zum Schutz des kulturellen Schaffens bezeichnen«. Er sah sich zu dieser Bemerkung veranlasst durch die Gesetzesentwürfe von 1932 und 1939, die den Kreis der geschützten Leistungen über die individuellen Geisteswerke hinaus erweiterten.

1423 *Sterling*, Creator's right, in: Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, Hg. v. *INTERGU*, S. 77, 80, hat »creator's right« vorgeschlagen.

1424 Wenn man auch berücksichtigen wollte, dass über den in dieser Arbeit schwerpunktmäßig untersuchten Bereich des Urheberrechts im engeren Sinne hinaus heute unter dem Dach des deutschen UrhG auch investitionsschützende Bestimmungen verortet sind (siehe etwa den europarechtlich vorgesehenen sui-generis-Datenbankschutz), empfehle sich die Bezeichnung: Gesetz bzw. Recht zum Schutze bzw. zur Förderung kreativen Schaffens sowie der Kultur- und Medienindustrie.

rischen Werknutzers als potentiellern Urheber umfassen¹⁴²⁵. Sein Vorzug wäre, dass er stärker den zu fördernden kreativen Schaffensprozess als solchen betonte. Damit schloße sich der Kreis zum weltweit ersten Urheberrechtsgesetz, dem britischen Statute of Anne von 1709/1710, das ebenfalls auf die Förderung kreativen Schaffens abzielte. In dessen Präambel wurde betont, dass das Gesetz erlassen worden sei »for the encouragement of learned men to compose and write useful books«¹⁴²⁶. Etwas zu kurz käme bei dieser Hervorhebung des kreativen Schaffens dann freilich der Aspekt der selbstbestimmten Nutzung. Diese Begriffswahl privilegierte den aktiven, werkschaffenden Nutzer und vernachlässigte den »passiven« Konsumenten, der, wie oben gesehen, in seinem Interesse an Autonomie, individueller Selbstentfaltung und »communicative« bzw. »social consumption« (Liu)¹⁴²⁷, also allgemein in seiner Entscheidungsfreiheit darüber, wie, wann, wo und unter welchen Bedingungen er legal erworbene Inhalte verwenden kann, prinzipiell ebenfalls schutzbedürftig ist. Aus diesem Grund wird hier daher für den Bereich des Urheberrechts im engeren Sinne auch die Bezeichnung »Schutzrecht der Urheber und der aktiven und selbstbestimmten Nutzer« vorgeschlagen.

2. Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzdauer

Eine gesetzestechisch vergleichsweise einfach umzusetzende, rechtspolitisch vermutlich aber zugleich am schwersten zu realisierende Nutzerschutzmaßnahme wäre de lege ferenda eine Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzdauer.

1425 Die Tatsache, dass viele kreativ-schöpferische Nutzer selber Urheber sind, wirft die Frage auf, ob diese Gruppe deshalb modelltheoretisch bei den Urhebern oder bei den Nutzern zu verorten ist. Die Antwort darauf ist eindeutig: Sie sind ganz klar den Nutzern zuzuordnen. Zwar würde der Urheberschutzzweck durch den Nutzer-als-Urheber-Gedanken relativiert, diese Beschränkung drohte rechtspolitisch aber schnell »unterzugehen«, da sich allzu leicht anführen ließe, diese Relativierung sei bei einer gerechten Ausgestaltung des Urheber-Schutzes bereits berücksichtigt. Aus Gründen der Transparenz und urheberrechtspolitischen Eindeutigkeit sprechen daher die besseren Argumente für eine Verortung beim Nutzerschutz.

1426 Das Statute of Anne selbst trug den Titel: »An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned.«; dass mit dem »Statute of Anne« bezweckt wurde, die Kreativität zu fördern, betont auch Davies, Copyright and the Public Interest, 2-007, S. 15; s. dazu auch Dietz, GRUR Int. 2006, 1. Das Statute of Anne findet sich abgedruckt als Appendix 1 in Davies, Copyright and the Public Interest, S. 371.

1427 Liu, 44 B. C. L. Rev. 397, 411 ff. (2003).

a) *Notwendigkeit einer stärker differenzierten bzw. flexibleren Dauer des Urheberrechts*

Problematisch an der pauschalen 70jährigen Schutzfrist post mortem auctoris ist, dass sie völlig undifferenziert¹⁴²⁸ und starr, unabhängig von der Schöpfungshöhe für alle Werkkategorien gleichermaßen gilt: Der Urheber eines aufwendigen, hochkomplexen Romans genießt den gleichen Schutz wie der Texturheber eines banalen Schlager-Refrains; Urhebern von Filmwerken wird die gleiche Schutzdauer angediehen wie Autoren von wissenschaftlichen Zeitschriftenbeiträgen oder Zeitungsartikeln, obwohl deren Amortisierungszeitraum im Regelfall beträchtlich kürzer sein dürfte¹⁴²⁹. Erschwerend kommt hinzu, dass nicht zwischen kommerziell und nicht-kommerziell ausgewerteten Werken unterschieden wird. Wie in Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (3) bereits festgestellt, werden viele Werke aber nicht aufgrund monetärer Anreize geschaffen; dem Werkschaffen liegt schlicht häufig keine kommerzielle Verwertungsabsicht zugrunde. Auch wird die weit überwiegende Zahl der geschaffenen Werke in unserer schnelllebigen Medien- und Konsumgesellschaft tatsächlich nur für einen relativ kurzen Zeitraum kommerziell ausgewertet¹⁴³⁰ – nicht aber für die 70 Jahre zumeist weit überschreitende Dauer des urheberrechtlichen Schutzes¹⁴³¹.

1428 Das Fehlen einer Differenzierung bei der Schutzdauer kritisiert auch *Stallman*, *Free Software, Free Society*, S. 85: »it is (...) foolish to »pay« for all kinds of art with the greatest price in freedom that we find necessary for any one kind.«.

1429 Ähnlich kritisch *Hilty*, *Sündenbock Urheberrecht?*, in: *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Hg. v. *Ohly/Klippel*, S. 107, 125 f. und 130, sowie *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 507 (2003): «Current copyright law does not differentiate among different types of work. All copyrightable works, from computer programs to novels to installation art (which is typically site-specific and lasts only the length of the exhibition), have the identical term despite the large differences in commercial life expectancy. A system of indefinite renewals would automatically distinguish the enduring from the ephemeral.«, zu letzterem Lösungsansatz nachfolgend unter c).

1430 *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 475 und 501 ff. (2003): «copyrights (...) are subject to significant depreciation and have an expected or average life of only about 15 years«; *Lessig*, *Free Culture*, S. 225: »Of all the creative work produced by humans anywhere, a tiny fraction has continuing commercial value. For that tiny fraction, the copyright is a crucially important legal device. For that tiny fraction, the copyright creates incentives to produce and distribute the creative work.«; *Stallman*, *Free Software, Free Society*, S. 85: «In most media and genres, successful works are very profitable in just a few years, and even successful works are usually out of print well before ten.«.

1431 Indem der Schutz bereits mit der Schöpfung des Werkes einsetzt, und die 70jährige Schutzfrist erst p.m.a. zu laufen beginnt, ist schließlich in den allermeisten Fällen die verbleibende Lebensspanne des Urhebers noch hinzuzurechnen, so dass in der Rechtspraxis ein 100-130 und mehr Jahre währender Schutz bei einem langlebigen Urheber, der seine produktivste Schaffensphase in seiner Jugend bzw. im frühen Erwachsenenalter hatte, keine Seltenheit sein dürfte.

b) Differenzierung anhand der Amortisations- bzw. Auswertungsdauer?

Der Urheberrechtsgesetzgeber steht daher – vereinfacht gesagt – vor einem zweifachen Problem: Er weiß erstens nicht, wieviel, d.h. vor allem wie lange, er urheberrechtlichen Schutz gewähren muss, damit das erwünschte kreative Schaffen nicht zum Erliegen kommt. Er weiß zweitens nicht, wie lang der urheberrechtliche Schutz bemessen sein muss, damit die Verwerterindustrie einen ausreichenden Anreiz sieht, um in die Verbreitung von Geisteswerken zu investieren. Selbst wenn der Gesetzgeber sich dazu entschliesse, die Schutzdauer der Verwertungsrechte¹⁴³² an die jeweilige Amortisations- oder Auswertungsdauer zu koppeln (bei der Amortisationsdauer mit einem zeitlichen Aufschlag, der dem Verwerter die Realisierung von Gewinnen ermögliche), stünde er vor einem unlösbaren Problem. So müsste er bei einem solchen »marktbasierten« Ansatz die empirische Frage beantworten, wie lang erfahrungsgemäß für die verschiedenen Werkkategorien die übliche Amortisationsdauer bzw. Auswertungsspanne in den unterschiedlichen Marktsegmenten tatsächlich ausfällt. Empirische Studien führten ihn dann zu dem absehbaren Ergebnis, dass diese Zeiträume auch innerhalb der verschiedenen Werkkategorien erheblichen Schwankungen unterworfen sind und generell stark divergieren. Bestseller und Zeitungsartikel beispielsweise dürften evidenterweise einen signifikant voneinander abweichenden Amortisations- und Auswertungszeitraum aufweisen. Dem Gesetzgeber bliebe keine andere Wahl, als mittels methodologisch höchst unbefriedigender Pauschalierungen für die einzelnen urheberrechtlichen Schutzgegenstände (bzw. zumindest Werkarten) je eigene Schutzfristen zu kodifizieren. Der Rechtsanwender würde in Folge mit einer schier unüberschaubaren Vielzahl divergierender Schutzfristen und komplizierter Abgrenzungsprobleme konfrontiert. Die bereits heute unter dem Gesichtspunkt des Nutzerschutzes problematische urheberrechtliche Überregulierung würde sich noch verschlimmern. Eine dergestalt vollzogene und wegen der beschriebenen empirischen Nöte notwendigerweise letztlich willkürlich bleibende Ausdifferenzierung der Schutzfristlänge ist mithin abzulehnen.

c) Formulierungsvorschlag für eine fünfjährige Schutzfrist mit Verlängerungsoption

Wenn sich empirisch nicht befriedigend ermitteln lässt, wie lang der urheberrechtliche Schutz bemessen sein muss, um die Schaffung und Verbreitung von Geisteswerken zu stimulieren, dann ist es vorzugswürdig, das empirische Quantifizierungsproblem dadurch zu umgehen, dass man die Marktteilnehmer weitgehend selbst darüber entscheiden lässt, wie lange sie den urheberrechtlichen

1432 Für den unverzichtbaren Kern persönlichkeitsrechtlicher Befugnisse (Veröffentlichungsrecht, Namensnennungsrecht, Entstellungsschutz) wäre dann möglicherweise eine eigene Lösung mit einem tendenziell länger dauernden Schutz zu finden.

Schutz jeweils in Anspruch nehmen wollen. Erreichen lässt sich dies – unter Abänderung europäischen und internationalen Urheberrechts (dazu nachfolgend) – durch eine radikale Verkürzung auf eine beispielsweise *fünfstufige Schutzfrist ab Veröffentlichung mit anschließender, gebührenpflichtiger mehrmaliger Verlängerungsoption*¹⁴³³. Als alternative Anknüpfungspunkte für den Schutzfristbeginn kämen neben dem Zeitpunkt der Veröffentlichung prinzipiell auch der Zeitpunkt

- 1433 Einen ähnlichen Ansatz verfolgt u.a. *Lessig*, *The Future of Ideas*, S. 251 ff. (ebenfalls 5jährige Schutzfrist, Schutzbeginn allerdings *erst mit Registrierung*, für bestimmte unveröffentlichte Werke – wie etwa private E-mailkorrespondenz – möchte *Lessig* das bisherige Schutzsystem dabei unverändert aufrechterhalten); es ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass ein »renewal system« in den USA mit einer Schutzfrist von 28 Jahren (ab Erstveröffentlichung oder Registrierung) und einer Verlängerungsmöglichkeit um weitere 28 Jahre bis zum 01.01.1978 in Kraft war. Auch *Towse*, *Copyright and Cultural Policy for the Creative Industries*, in: *Economics, Law and Intellectual Property*, Hg. v. *Granstrand* S. 419, 436, tritt für eine verlängerbare Schutzfrist von zunächst 15-20 Jahren ein, »so that the market can revalue copyrights«. In diesem Sinne auch schon *Plant*, 1 *Economica* 167, 194 f. (1934); *Landes/Posner*, 70 *U. Chi. L. Rev.* 471 ff. (2003), machen sich nunmehr für ein »indefinitely renewable copyright« stark. Auch wenn dieses Schlagwort es nahelegen würde, plädieren *Landes/Posner* keineswegs für einen gänzlich unbegrenzten Schutz. Sie schlagen vielmehr vor (S. 473): »an initial term of twenty years and a maximum of six renewal terms of ten years each, for a maximum duration of eighty years«. In einem früheren »working paper«, das online unter <http://ssrn.com/abstract=319321> frei verfügbar ist und offenbar deshalb häufiger zitiert wird, hatten sie interessanterweise sogar eine maximal 100jährige Schutzfrist vertreten (s. *Landes/Posner*, *U Chicago Law & Economics*, *Olin Working Paper No. 154* (2002) S. 2). Sie argumentieren (S. 473 f. u. 497 ff.), dass in empirischer Hinsicht trotz nur geringfügiger Verlängerungsgebühren nur für *weniger als 11 %* der zwischen 1883 und 1964 in den USA registrierten Werke der Schutz nach Auslaufen der Regelschutzfrist von 28 Jahren verlängert worden sei. Weil zudem (S. 501 ff.) die große Mehrzahl der schutzfähigen Werke einer raschen Wertminderung unterliege, sei anzunehmen, dass nur wenige Rechteinhaber von der Verlängerungsoption Gebrauch machen würden, so dass auch bei einem verlängerbaren Schutzfristregime übermäßige Zugangs-, Such- und Informationskosten nicht zu befürchten seien. *Landes/Posner* folgt z.B. *Khong*, 15 *Int'l J. L. & Info. Tech.* 54, 87 ff. (2007), der allerdings für eine kürzere Eingangsschutzfrist von zehn Jahren plädiert und den Schutz für unveröffentlichte Werke fünf Jahre nach dem Tode des Urhebers auslaufen lassen möchte, es sei denn, das Werk ist innerhalb dieser Frist veröffentlicht worden. Eine radikale Verkürzung der Schutzdauer verfehlt demgegenüber beispielsweise *Stallman*, *Free Software, Free Society*, S. 84 f.: grds. einmalig 10 Jahre (ohne Verlängerungsoption), länger für Bearbeitungsrecht, Filme mit einer Spiellänge von über 1 Std.: 20 Jahre; Computerprogramme: 3 Jahre. *Stallman* will den Schutz dabei jeweils erst ab Veröffentlichung gewähren. »(b)ecause copyright on *unpublished* works does not directly limit readers' freedom; whether we are free to copy a work is moot when we do not have copies« (Hervorhebung durch den Verf.); auch *Hilty*, *GRUR Int.* 2003, 201, 203 ff., hat anlässlich der US-Supreme Court-Entscheidung *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), ein generelles Überdenken des Schutzfristregimes angemahnt und jüngst nunmehr ebenfalls ein Modell vorgeschlagen, mit einer

der Schaffung oder der der Registrierung des jeweiligen Werks in Betracht¹⁴³⁴. Der Zeitpunkt der Werkschöpfung ist aber häufig nur unzureichend bestimmbar (zumindest schlechter als der der Veröffentlichung¹⁴³⁵) und die Registrierung bürdete v.a. dem Urheber, der keine kommerzielle Verwertungsabsicht verfolgt, für das Einsetzen des ersten Schutzfristintervalls eine zu große Last auf¹⁴³⁶. Viele Urheber, die von einer Registrierung absähen, entweder weil sie von einem Registrierungserfordernis keine Kenntnis hatten oder diese bei der Veröffentlichung schlicht vergessen haben, stünden plötzlich schutzlos da. Die Anknüpfung an den Zeitpunkt der Veröffentlichung für den Schutzfristbeginn (nicht den Schutzbeginn) ist dem nationalen, europäischen und internationalen Urheberrecht abgesehen davon in Sonderfällen keineswegs völlig fremd; auf den Veröffentlichungszeitpunkt wird zum Beispiel im Falle von anonymen oder pseudonymen Werken zurückgegriffen¹⁴³⁷. Sowohl für eine genaue Bestimmung des Schutzfristbeginns und des Schutzfristendes sowie darüber hinausgehend sogar für die Neugestaltung der Schutzfristregelung könnte man sich daher an bereits vorhandenen Regelungen wie § 66 Abs. 1¹⁴³⁸ i.V.m. § 6 Abs. 1 (Begriff der Veröffentlichung)¹⁴³⁹

ersten »relativ kurz bemessene(n)« Schutzperiode mit anschließender, entgeltpflichtiger Verlängerungsoption, s. Hilty, Sündenbock Urheberrecht?, in: Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Hg. v. Ohly/Klippel, S. 107, 132 f.; Pointiert Grassmuck, Freie Software. Zwischen Privat- und Gemeineigentum, S. 407: »Da die Informationsmenge immer schneller wächst und damit Wissen immer schneller veraltet, wäre es nur folgerichtig, die Schutzfrist zu verkürzen. Die absurde Schutzdauer für das Monopolrecht an geistigem Eigentum von 70 Jahren nach dem Tod des Autors müsste zurückgeschraubt werden. Eine selbstbewusste zivile Wissensgesellschaft würde sich nicht – weitgehend ohne es auch nur zu bemerken – von Mickey Mouse auf der Nase herumtanzen lassen.«.

1434 Für letzteren plädiert z.B. Lessig, *The Future of Ideas*, S. 251. Allgemein zu den verschiedenen, theoretisch sich anbietenden Möglichkeiten der Anknüpfung für den Schutzfristbeginn Beier, *Die urheberrechtliche Schutzfrist*, S. 119 ff.

1435 So auch Schricker-Katzenberger, *Urheberrecht*, § 66, Rn. 2, im Kontext der Spezialregelung für anonyme und pseudonyme Werke: »Der Zeitpunkt der ersten Veröffentlichung als Anknüpfungspunkt der Schutzdauerberechnung besitzt gegenüber der Alternative, die Schutzdauer von der Entstehung des Werkes an zu berechnen, den Vorzug der leichteren Feststellbarkeit.«.

1436 Wenn dieser Urheberertypus nach Ablauf des ersten, ipso iure gewährten Schutzfristintervalls ausnahmsweise das Bedürfnis nach einer Verlängerung des vermögensrechtlichen Schutzes verspürt (obwohl er ihn bislang gar nicht in Anspruch genommen hat, er sich aber für die Zukunft absichern will), dann ist ihm eine – vergleichsweise einfach über das Internet abzuwickelnde – Registrierung zuzumuten.

1437 S. § 66 Abs. 1 Satz 1 UrhG; Art. 1 Abs. 3 Schutzdauer-Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 sowie Art. 7 Abs. 3 RBÜ.

1438 § 66 Abs. 1 UrhG lautet: »Bei anonymen und pseudonymen Werken erlischt das Urheberrecht siebenzig Jahre nach der Veröffentlichung. Es erlischt jedoch bereits siebenzig Jahre nach der Schaffung des Werkes, wenn das Werk innerhalb dieser Frist nicht veröffentlicht worden ist.«.

1439 S. dazu Dreier-Schulze-Dreier, *UrhG*, § 66, Rn. 4: »Der Begriff der Veröffentlichung entspricht § 6 Abs. 1. Er umfasst mithin sowohl die öffentliche Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 als auch das Erscheinen als einen qualifizierten Fall der Veröffentlichung«; s.a. Schricker-Katzenberger, *Urheberrecht*, § 66, Rn. 12.

sowie § 69 (Fristberechnung) UrhG orientieren¹⁴⁴⁰. § 64 UrhG bzw. die jeweilige nationale urheberrechtliche Schutzfristbestimmung könnte *de lege ferenda* dann – unter Ausklammerung der möglicherweise abweichend zu regulierenden Dauer des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Entstellungsschutzes und Namensnennungsrechts – beispielsweise lauten:

- (1) Das Urheberrecht erlischt fünf Jahre nach der gestatteten Erstveröffentlichung des Werkes. Der Schutz für unveröffentlichte Werke erlischt endgültig mit dem Tode des Urhebers¹⁴⁴¹.
- (2) Die Fristen gemäß Abs. 1 sind Jahresfristen gemäß § 69 UrhG. Sie beginnen mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem das für den Beginn der Frist maßgebende Ereignis eingetreten ist¹⁴⁴².
- (3) Die Schutzfrist gemäß Abs. 1 Satz 1 kann um jeweils fünf Jahre verlängert werden.

1440 Für die gesetzestechnische Ausgestaltung des Verlängerungsverfahrens kann man sich beispielsweise an § 47 MarkenG oder an §§ 27, 28 Geschmacksmustergesetz orientieren (in letzterem Fall wäre dann die Rede von einer Aufrechterhaltung und nicht einer Verlängerung des Schutzes). Für die Bestimmung des maßgeblichen Veröffentlichungszeitpunktes und die Probleme, die dabei auftreten können, ist auch die patentrechtliche Diskussion über eine mögliche (Wieder-) Einführung der patentrechtlichen Neuheitsschonfrist aufschlussreich, siehe zu den Pro- und Contraargumenten einer Neuheitsschonfrist gerade auch angesichts der komplizierten Situation bei Internetpublikationen *Straus*, *Grace Period* and the *European and International Patent Law*, S. 51 ff. und v.a. 84 f. Der denkbare Rückgriff auf die Ausgestaltung der Verlängerungsverfahren in anderen Schutzrechtsgesetzen zeigt generell, dass wir prinzipiell bereits über grundlegende Erfahrungen im Umgang mit solchen Verfahren verfügen; *Hilty*, *Sündenbock Urheberrecht?*, in: *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Hg. v. *Ohly/Klippel*, S. 107, 133, bringt diesen Gesichtspunkt treffend auf den Punkt: »Der gewerbliche Rechtsschutz beweist, dass es geht.«.

1441 Verzichtete man in Satz 2 auf das »endgültig«, also die Feststellung, dass das Erlöschen des Schutzes irreversibel ist, wäre ein Wiederaufleben des Schutzes nicht ausgeschlossen. Verwerter, die nach § 1 Satz 2 gemeinfrei gewordene Werke veröffentlichten, erhielten dann mit Veröffentlichung gemäß Abs. 1 Satz 1 scheinbar einen erneuten Schutz. Um diesem möglichen Missverständnis vorzubeugen, wird in Abs. 1 explizit an die *Erstveröffentlichung* angeknüpft und in Abs. 1 Satz 2 das Auslaufen des Schutzes ausdrücklich für endgültig erklärt. Der urheberrechtliche Schutz als solcher beginnt auch in diesem Schutzfristregime mit der Schaffung des Werkes und nicht mit dessen Veröffentlichung. Die Veröffentlichung setzt nur die Schutzfrist in Gang. Unter rein dogmatischen Gesichtspunkten wäre die vorstehend erläuterte Klarstellung daher an sich entbehrlich.

1442 Satz 2 hat hier eigentlich nur deklaratorische Bedeutung. Er wurde allein aus Gründen der leichteren Verständlichkeit eingefügt. S.a. den Hinweis von *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, § 69, Rn. 2, zu einem möglichen Missverständnis des § 69 UrhG. Danach sei der in § 69 UrhG vorgesehene »Fristbeginn (...) nicht zu verwechseln mit dem Beginn des urheberrechtlichen Schutzes als solchem.«. Letzteren genießt der Urheber wie gesagt auch in dem hier vorgeschlagenen Lösungsmodell ipso iure ab dem Zeitpunkt, zu dem er das Werk geschaffen hat. Im Ergebnis wäre also das Kalenderjahr, in dem das jeweilige Werk veröffentlicht wurde, bei der Bestimmung der Schutzfrist nicht mitzurechnen. Konkret begönne die fünfjährige Frist des Abs. 1 Satz 1 also erst am 1. Januar des auf die Veröf-

- (4) Die Verlängerung der Schutzfrist wird dadurch bewirkt, dass eine Verlängerungsgebühr gezahlt wird.
- (5) Die Verlängerung der Schutzfrist wird am Tag nach dem Ablauf der Schutzfrist wirksam. Sie wird in ein Register eingetragen und veröffentlicht. Zur Ermöglichung von Lizenzverhandlungen hat der Urheber oder Rechteinhaber geeignete Angaben zu machen, die potentielle Nutzer in die Lage versetzen, mit ihm in Kontakt zu treten.
- (6) Zur Sicherung seiner Rechte kann der Urheber oder Rechteinhaber das Werk auch schon vor Ablauf der gemäß Abs. 1 bereits kraft Gesetzes vorgesehenen fünfjährigen Schutzfrist seit Erstveröffentlichung vorsorglich in das Register eintragen lassen¹⁴⁴³.
- (7) Wird die Schutzfrist nicht verlängert, so wird das Werk gemeinfrei.

Zur Erläuterung: Aus Abs. 1 geht hervor, dass für veröffentlichte und unveröffentlichte Werke in dem hier verfolgten Lösungsmodell ein unterschiedliches Schutzfristregime gelten soll. Für veröffentlichte Werke läuft der urheberrechtliche Schutz fünf Jahre nach Erstveröffentlichung ab, sofern der Urheber bzw. Rechteinhaber nicht von der Verlängerungsoption Gebrauch macht. Der ab Werk-schöpfung gewährte Schutz für unveröffentlichte Werke läuft gemäß Abs. 1 Satz 2 hingegen erst mit Ablauf des Kalenderjahres aus, in dem der Urheber verstorben ist. Damit soll dem urheberpersönlichkeitsrechtlich basierten Erstveröffentlichungsrecht des Urhebers (§ 12 Abs. 1 UrhG) Rechnung getragen werden. Es würde zu weit gehen, dem Urheber zu Lebzeiten das Recht zu nehmen, darüber entscheiden zu dürfen, ob, wo und wie sein Werk veröffentlicht wird¹⁴⁴⁴. Insoweit wird hier ausdrücklich einer traditionell-personalistischen Sichtweise gefolgt¹⁴⁴⁵.

fentlichung folgenden Jahres zu laufen und endete mit dem 31. Dezember des 5. Jahres, vgl. Schricker-Katzenberger, Urheberrecht, § 66, Rn. 18; Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 66, Rn. 4 u. § 69, Rn. 3. Für die Ermittlung der Schutzfrist, wäre also immer nur das Jahr (und nicht etwa der Tag) der Erstveröffentlichung festzustellen. Dadurch würde die Rechtsanwendung ganz erheblich erleichtert.

1443 Überlegenswert wäre, diese freiwillige Vorab-Registrierungsmöglichkeit ggf. gebührenfrei auszugestalten, um möglichst viele Urheber bzw. Rechteinhaber zu einer frühzeitigen Eintragung in die Online-Datenbank zu animieren. Zu finanzieren wäre die erforderliche Infrastruktur durch eine von den Verlängerungsgebühren gespeiste Querfinanzierung.

1444 Die teilweise zu findende Argumentation, solange das Arbeitsergebnis einem Dritten noch gar nicht bekannt geworden sei, bestehe auch noch kein Schutzbedürfnis, ist verfehlt. Wenn Oberndörfer, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, S. 125 f., 128, vertritt, der Schutz schöpferischer Leistung entbehre vor dem Zeitpunkt der Veröffentlichung, bis zu dem das Werk noch im Bereich der eigenpersönlichen Sphäre des Urhebers verbleibe und weder der Nutzung oder Veränderung durch Andere ausgesetzt sei, der Funktionalität, dann übersieht er für jenen Zeitraum, ab dem einzelne von der Existenz des Werkes Kenntnis haben bis zur Veröffentlichung des Werkes i.S.v. § 6 Abs. 1 UrhG, die erhebliche funktionale Bedeutung der *negativen Publikationsfreiheit*, wie sie durch § 12 Abs. 1 UrhG gewährt wird.

1445 Siehe zu deren Berücksichtigung im hier verfolgten integrativen Rechtfertigungsmodell Kap. 4 D. II.

Zugleich soll mit der vorgeschlagenen Regelung aber auch verhindert werden, dass durch eine unterbleibende Veröffentlichung ein theoretisch ewiger, postmortaler urheberrechtlicher Schutz eintritt¹⁴⁴⁶. Ein solcher wäre mit dem Gedanken des Nutzerschutzes und der Zielvorstellung einer offenen Kultur unvereinbar¹⁴⁴⁷. Daher wird hier vorgeschlagen, dass der Schutz für unveröffentlichte Werke mit dem Tode des Urhebers erlischt¹⁴⁴⁸.

Da die Urheberpersönlichkeitsrechte – und mit ihm das Veröffentlichungsrecht – bislang gemäß § 64 UrhG erst siebenzig Jahre p.m.a. im Gleichlauf mit den vermögensrechtlichen Befugnissen erlöschen, ist absehbar, dass dieser Vorschlag insbesondere in Ländern mit monistischer bzw. dualistischer Tradition provozieren muss¹⁴⁴⁹. Es sei daher darauf hingewiesen, dass ein Erlöschen urheberpersön-

1446 Dieser Rechtsgedanke liegt letztlich auch § 66 Abs. 1 Satz 2 UrhG zugrunde, auch wenn im Gesetz an die Schaffung des Werkes und nicht den Todeszeitpunkt angeknüpft wird, s. dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 66, Rn. 5.

1447 Vgl. Schricker-Dietz, Urheberrecht, Vor §§ 12 ff., Rn. 34, der ein ewiges Urheberpersönlichkeitsrecht »im Hinblick auf das kulturpolitische Interesse an der Erhaltung der Lebendigkeit moderner Kultur und eines schöpferischen Freiraums für die schaffende Generation der Urheber« ablehnt; kritisch zu einem ewigen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutz anlässlich der *Victor-Hugo*-Entscheidung des Cour d'appel de Paris vom 31.03.2004 auch Nérissou, IIC 2005, 953, 961.

1448 Theoretisch ließe sich die endlose Perpetuierung des Schutzes gesetzestechnisch auch dadurch vermeiden, dass man Abs. 1 Satz 2 der vorgeschlagenen Schutzfristregelung – angelehnt an § 66, Abs. 1 Satz 2 UrhG und Art. 12 TRIPs – so formuliert, dass das Urheberrecht spätestens fünfzig Jahre *nach der Schaffung des Werkes* erlischt, wenn das Werk innerhalb dieser fünfzigjährigen Frist nicht veröffentlicht worden ist. Dies hätte jedoch den Nachteil, dass sich der Zeitpunkt, zu dem ein fünfzig Jahre unveröffentlicht gebliebenes Werk geschaffen worden ist, nur in Ausnahmefällen verlässlich ermitteln ließe. Die Anknüpfung an den Todeszeitpunkt hat demgegenüber den Vorzug, dass er in aller Regel dokumentiert und deshalb vergleichsweise gut feststellbar ist, s. Beier, Die urheberrechtliche Schutzfrist, S. 121.

1449 Der Verfasser ist sich darüber im Klaren, dass die in diesem Lösungsmodell angelegte Entkoppelung der Schutzfristen für vermögensrechtliche und persönlichkeitsrechtliche Befugnisse auf eine Aufgabe des Monismus hinausläuft, s. kritisch zum Monismus bereits oben. Dies gilt erst recht dann, wenn man über den hier präsentierten Reformvorschlag hinausgeht und die Schutzfrist für einen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Entstellungsschutz und das urheberpersönlichkeitsrechtliche Namensnennungsrecht losgelöst und abweichend von der ab Werkveröffentlichung geltenden Schutzfrist für die vermögensrechtlichen Befugnisse regelte. Diesen Weg müsste man aber nicht zwangsläufig beschreiten. Man könnte sich nämlich ebenso gut auch am Wortlaut von Art. 6^{bis} Abs. 2 Satz 1 RBÜ orientieren und den bisherigen Gleichlauf der Schutzfristen aufrechterhalten. Art. 6^{bis} Abs. 2 Satz 1 RBÜ sieht vor, dass die dem Urheber nach Art. 6^{bis} Abs. 1 gewährten Rechte (also das Namensnennungsrecht und der Schutz gegen Entstellung) »nach seinem Tod wenigstens bis zum Erlöschen der vermögensrechtlichen Befugnisse in Kraft« bleiben. Die Schutzfristbestimmung für den ideellen Interessenschutz wäre dann so zu formulieren, dass der urheberpersönlichkeitsrechtliche Schutz zusammen mit dem Erlöschen der vermögensrechtlichen Befugnisse ausläuft. Da dies aber im Extremfall zu einer sehr kurzen fünfjährigen Schutzfrist ab Veröffentlichung führen könnte, erscheint eine Entkoppelung der Schutzfristen für den ideellen und materiellen Interessenschutz im Endeffekt vorzugswürdig.

lichkeitsrechtlicher Befugnisse mit dem Tode des Urhebers in anderen Rechtsordnungen keineswegs ungewöhnlich ist, so sind etwa in den USA die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse, die der Visual Artists Rights Act (VARA) aus dem Jahre 1990 vorsieht, auf die Lebenszeit des Betroffenen beschränkt¹⁴⁵⁰. Selbst das deutsche UrhG ordnet ausnahmsweise in § 42 Abs. 1 Satz 2 mit dem Tode des Urhebers das grundsätzliche Erlöschen des personalistisch gerechtfertigten Rückrufsrechts wegen gewandelter Überzeugung an¹⁴⁵¹. Darüber hinaus endet auch der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts grundsätzlich mit dem Tode der jeweiligen Person¹⁴⁵². Durch den oben vorgeschlagenen Abs. 1 Satz 2 würde insofern eine unverhältnismäßige Besserstellung des Urhebers gegenüber seinen Mitmenschen abgemildert, man denke nur an Erfinder, Entdecker oder Politiker, deren allgemeines Persönlichkeitsrecht im Regelfall schnell dahinschwindet und nicht wie das de lege lata gewährte Urheberpersönlichkeitsrecht 70 p.m.a. fortbesteht¹⁴⁵³.

Abgesehen davon steht selbst die RBÜ einem Erlöschen des Veröffentlichungsrechts mit dem Tode des Urhebers zumindest nicht ausdrücklich entgegen. Deren Art. 6^{bis} Abs. 2, der die Dauer des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzes regelt, bezieht sich nämlich abschließend auf die in Art. 6^{bis} Abs. 1 RBÜ vorgesehenen Rechte, zu denen das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und das Recht auf Schutz gegen Entstellung oder Beeinträchtigung des Werkes zählen, aber gerade nicht das Veröffentlichungsrecht¹⁴⁵⁴. Art. 6^{bis} RBÜ hat das Veröffentlichungsrecht des Urhebers nicht als Teilbefugnis des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Schutzes anerkannt. Entsprechende Pläne zu einer expliziten

1450 S. Title 17 United States Code Chapter 1, § 106A (d) (1). Kritisch dazu *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 153, Fn. 23, der bemängelt, dass dies kaum mit Art. 6^{bis} Abs. 2 Satz 2 RBÜ vereinbar sein dürfte. Art. 6^{bis} Abs. 2 Satz 2 RBÜ sieht vor, dass die Länder, deren Rechtsvorschriften im Zeitpunkt der Ratifikation der RBÜ oder des Beitritts zu ihr keine Bestimmungen zum Schutz aller nach Art. 6^{bis} Abs. 1 gewährten Urheberpersönlichkeitsrechte nach dem Tod des Urhebers enthalten, befugt sind vorzusehen, dass *einzelne* dieser Rechte *nach dem Tod des Urhebers nicht aufrechterhalten bleiben*. Kritisch zum «bemerkenswerten lockeren Umgang (der USA, Anm. des Verf.) mit dem persönlichkeitsrechtlichen Art. 6^{bis} RBÜ», auch *Hilty*, GRUR Int. 2003, 201, 203.

1451 Darauf weist auch *Schack*, GRUR 1985, 352, 354, hin.

1452 So Dreier-Schulze-Schulze, UrhG, Vor § 12, Rn. 7; näher zu dieser sehr umstrittenen Frage auch *Beier*, Die urheberrechtliche Schutzfrist, S. 148, mit Nachweisen zu den voneinander abweichenden Auffassungen der Rechtsprechung (einzelfallbezogene Sichtweise, keine einheitliche Schutzfrist) und der Literatur, die teilweise durchschnittliche Schutzfristen zwischen 10 und 50 Jahren post mortem als interessengerecht bewertet; s.a. ausführlich *Schack*, GRUR 1985, 352, 354 ff.

1453 Zu dieser problematischen Besserstellung des Urhebers, die sich letztlich aus der monistischen Konzeption des deutschen Urheberrechts ergibt, *Schack*, GRUR 1985, 352, 360 f. Überwunden würde diese Privilegierung des Urhebers gegenüber »Normalsterblichen« erst, wenn man auch die übrigen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse mit dem Tode des Urhebers – oder zumindest zeitnah dazu – auslaufen ließe.

1454 Zum Fehlen des Veröffentlichungsrechts in der RBÜ *Schricker-Dietz*, Urheberrecht, Vor §§ 12 ff., Rn. 7 und 24 sowie § 12, Rn. 3.

Verankerung des Veröffentlichungsrechts waren fehlgeschlagen¹⁴⁵⁵. Im Übrigen müsste das Erlöschen des urheberpersönlichkeitsrechtlich gerechtfertigten Veröffentlichungsrechts nicht zur völligen postmortalen Schutzlosigkeit des Betroffenen führen, denn schließlich ließe sich in dogmatischer Hinsicht erwägen, dass man zum Schutz der Geheim- bzw. Privatsphäre des Urhebers nach Ablauf des urheberrechtlichen Schutzes in besonders krassen Fällen (z.B. Veröffentlichung sämtlicher geheimer Tagebücher und Briefe des Verstorbenen) ausnahmsweise das sich aus der gleichen Quelle wie das Veröffentlichungsrecht speisende – nämlich Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Persönlichkeitsrecht wieder aufleben lassen könnte¹⁴⁵⁶.

Durch die gewissermaßen selbstregulierende Herangehensweise des hier verfolgten Lösungsmodells würde ausgesprochen elegant eine Flexibilisierung der Schutzdauer erreicht. Zuzugestehen ist dabei freilich, dass die Festlegung auf eine »automatische« fünfjährige Schutzdauer kraft Gesetzes ebenfalls ein gewisses Element der Willkür enthält¹⁴⁵⁷. Indem die Marktteilnehmer bei diesem Lösungsansatz ihr jeweiliges Schutzbedürfnis im Weiteren selber marktnah justieren können, wird dieses arbiträre Moment jedoch entscheidend abgemildert. Weil bei diesem Modell die tendenziell besser informierten Urheber und Rechteinhaber die letztendliche Schutzdauer selber in der Hand haben, ist es auch dem herkömmlichen starren Schutzdauer-Modell überlegen, bei dem Schutzdauer und Schutzfrist p.m.a. in personalistischer Rechtfertigungstradition unter willkürli-

1455 Zum Scheitern einer expliziten Verankerung des Veröffentlichungsrechts auf der Rom-Konferenz 1928 *Mentha*, GRUR Int. 1973, 295; es erscheint fragwürdig, ob angesichts dieser Vorgeschichte und des klaren Wortlauts des Art. 6^{bis} RBÜ tatsächlich davon ausgegangen werden kann, dass wegen der umfassenden Regelung der Verwertungsrechte in der RBÜ dennoch die grundsätzliche konventionsrechtliche Gewährleistung des Veröffentlichungsrechts angenommen werden kann, so aber Schrickler-*Dietz*, Urheberrecht, Vor §§ 12 ff., Rn. 24, § 12, Rn. 3.

1456 Allgemein dazu *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 155, Rn. 324; *Schack*, GRUR 1985, 352, 354, 359; s. zum Verhältnis von Urheberpersönlichkeitsrecht und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht auch Schrickler-*Dietz*, Urheberrecht, Vor §§ 12 ff., Rn. 14 ff.

1457 Es sei an dieser Stelle allerdings darauf hingewiesen, dass die exakte zeitliche Festlegung der urheberrechtlichen Schutzdauer bzw. Schutzfrist aufgrund des Fehlens vollständiger Information bis zu einem gewissen Maße stets willkürlich bleiben muss; weder die Rechtswissenschaft noch der Gesetzgeber sind über die im Urheberrecht auszugleichenden Interessen und die tatsächlichen Marktbedingungen vollständig informiert. Auch empirische Studien können daran nur begrenzt etwas ändern. Im Ergebnis ähnlich *Beier*, Die urheberrechtliche Schutzfrist, S. 136 (»Aus Sicht der beteiligten Interessen wird (...) der genauen Festlegung der urheberrechtlichen Schutzfrist stets etwas Willkürliches anhaften«), ähnlich auch bereits *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 209, Rn. 466: »Die zeitliche Beschränkung des Urheberrechts durch eine gesetzliche Schutzfrist hat nicht nur auf den ersten Blick etwas Willkürliches.«.

chem Rückgriff auf die Lebenszeit des Urhebers und die Lebenszeit zweier weiterer Generationen konstruiert werden¹⁴⁵⁸.

Da von der Verlängerungsoption vermutlich vor allem Rechteinhaber mit einer kommerziellen Verwertungsabsicht Gebrauch machen würden¹⁴⁵⁹, wäre der bestehende Vorteil einer solchen flexiblen Schutzdauerregelung unter Nutzerschutzgesichtspunkten, dass die große Zahl der Werke, für die eine kommerzielle Verwertung nicht (oder nicht mehr) angestrebt wird, gemeinfrei würde und potentiellen Nutzern (aber auch Wettbewerbern) vergleichsweise früher zur zustimmungs- und kostenfreien Nutzung zur Verfügung stünde¹⁴⁶⁰.

Die für die technische Umsetzung eines solchen Modells erforderliche – und durch das Internet wesentlich erleichterte¹⁴⁶¹ – Registrierung verlangte dabei freilich eine Änderung des europäischen und internationalen Urheberrechts. Gegen-

1458 Siehe hierzu Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (kodifizierte Fassung): »Die Mindestschutzdauer, die nach der Berner Übereinkunft fünfzig Jahre nach dem Tod des Urhebers umfasst, verfolgte den Zweck, den Urheber und die ersten beiden Generationen seiner Nachkommen zu schützen. Wegen der gestiegenen durchschnittlichen Lebenserwartung in der Gemeinschaft reicht diese Schutzdauer nicht mehr aus, um zwei Generationen zu erfassen.«; eingehend zur Rechtfertigung der 70jährigen Schutzfrist p.m.a. mittels des Generationengedankens *Beier*, Die urheberrechtliche Schutzfrist, S. 124 ff., 132 f.; kritisch zu diesem überholten Rechtfertigungsgedanken u.a. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Vor §§ 64 ff., Rn. 1.

1459 Diese Annahme wird gestützt durch die empirische Studie von *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471 ff. (2003). Deren Untersuchung der Registrierung- und Verlängerungszahlen für im Zeitraum von 1883 bis 1964 in den USA registrierte Werke kommt zu dem Ergebnis (S. 517): »that copyright registration and renewals are indeed highly responsive to economic incentives (...) The shorter the expected life of a copyright and the higher the registration and renewal fees, the less likely are both registration and renewal.«.

1460 Voraussetzung dafür wäre freilich, dass neben dem vermögensrechtlichen Schutz auch der persönlichkeitsrechtliche Schutz nicht übermäßig lang ausgestaltet wird, und dass es nicht zu strategischen oder »missbräuchlichen« Verlängerungen kommt, ein Verhalten, wie wir es beispielsweise auch aus dem Patentrecht u.a. zur Ermöglichung von Cross-Licensing kennen. Bei voller Ausschöpfung sämtlicher oder auch nur mehrerer Verlängerungsoptionen bestünde das Risiko fort, dass die beispielsweise für Computerprogramme zu erreichende Schutzlänge sich weiterhin »als eine zu langfristige Markteintrittsbarriere für potentielle Wettbewerber« erweist, so die bereits zur jetzigen Gesetzeslage geübte Kritik von Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Vor §§ 64 ff., Rn. 1.

1461 Dies betont auch *Lessig*, The Future of Ideas, S. 251 f., dem eine vom U.S. Copyright Office betriebene und von den Verlängerungsgebühren finanzierte Website vorschwebt. Unter Nutzerschutzgesichtspunkten interessant ist auch *Lessigs* Überlegung, dieser Website zugleich eine Art Archivierungsfunktion für digitale Versionen sämtlicher urheberrechtlich geschützter Werke zuzuweisen (dies liefe in Deutschland auf eine Änderung der Pflichtexemplargesetzgebung hinaus). Der Vorzug eines solchen Online-Repositoriums liegt auf der Hand (*Lessig*, a.a.O., S. 252): »this repository of data about what work is protected would lower the costs of licensing copyrighted works significantly. Because the database would be relatively fresh – with a requirement that contact information be kept current – creators who want to license other creator's work would have a simple tool to do so.«.

wärtig steht einer (Wieder-) Einführung einer Registrierung als Voraussetzung einer Schutzgewährung bzw. -verlängerung nämlich Art. 5 Abs. 2 der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) entgegen¹⁴⁶², ein Gesichtspunkt, der in der US-amerikanischen Diskussion leider häufig sträflich vernachlässigt wird¹⁴⁶³. Abgesehen davon sieht die RBÜ in Art. 7 eine Mindestschutzdauer von fünfzig Jahren nach dem Tod des Urhebers vor¹⁴⁶⁴, Art. 12 TRIPs gewährleistet eine Mindestschutzdauer von fünfzig 50 Jahre ab dem Ende des Kalenderjahrs der gestatteten Veröffentlichung¹⁴⁶⁵ und die europäische Schutzdauer-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft sogar zu einer siebzيجjährigen

1462 S. Art. 5 Abs. 2 RBÜ: »Der Genuß und die Ausübung dieser Rechte sind nicht an die Erfüllung irgendwelcher Förmlichkeiten gebunden.«.

1463 Dies ist namentlich *Lessig*, *The Future of Ideas*, vorzuwerfen, dessen diesbezügliche, allgemein gehaltene Ausführungen in Fn. 14 auf S. 251 zu unspezifisch sind und den Kern des Problems nicht treffen.

1464 Vgl. zu den eng begrenzten Ausnahmen den Wortlaut von Art. 7 RBÜ: »(1) Die Dauer des durch diese Übereinkunft gewährten Schutzes umfaßt das Leben des Urhebers und fünfzig Jahre nach seinem Tod.

(2) Für Filmwerke sind die Verbandsländer jedoch befugt vorzusehen, daß die Schutzdauer fünfzig Jahre nach dem Zeitpunkt endet, in dem das Werk mit Zustimmung des Urhebers der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist, oder, wenn ein solches Ereignis nicht innerhalb von fünfzig Jahren nach der Herstellung eines solchen Werkes eintritt, fünfzig Jahre nach der Herstellung.

(3) Für anonyme und pseudonyme Werke endet die durch diese Übereinkunft gewährte Schutzdauer fünfzig Jahre, nachdem das Werk erlaubterweise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist. (...)

(4) Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt vorbehalten, die Schutzdauer für Werke der Photographie und für als Kunstwerke geschützte Werke der angewandten Kunst festzusetzen; diese Dauer darf jedoch nicht weniger als fünfundzwanzig Jahre seit der Herstellung eines solchen Werkes betragen.

(5) Die sich an den Tod des Urhebers anschließende Schutzfrist und die in den Absätzen 2, 3 und 4 vorgesehenen Fristen beginnen mit dem Tod oder dem in diesen Absätzen angegebenen Ereignis zu laufen, doch wird die Dauer dieser Fristen erst vom 1. Januar des Jahres an gerechnet, das auf den Tod oder das genannte Ereignis folgt.

(6) Die Verbandsländer sind befugt, eine längere als die in den vorhergehenden Absätzen vorgesehene Schutzdauer zu gewähren.

(7) Die Verbandsländer, die durch die Fassung von Rom dieser Übereinkunft gebunden sind und die in ihren bei der Unterzeichnung der vorliegenden Fassung der Übereinkunft geltenden Rechtsvorschriften kürzere Schutzfristen gewähren, als in den vorhergehenden Absätzen vorgesehen sind, sind befugt, sie beim Beitritt zu dieser Fassung oder bei deren Ratifikation beizubehalten.«.

1465 S. Art. 12 TRIPs: »Wird die Dauer des Schutzes eines Werkes, das kein photographisches Werk und kein Werk der angewandten Kunst ist, auf einer anderen Grundlage als der Lebensdauer einer natürlichen Person berechnet, so darf die Schutzdauer nicht weniger als 50 Jahre ab dem Ende des Kalenderjahrs der gestatteten Veröffentlichung und, wenn es innerhalb von 50 Jahren ab der Herstellung des Werkes zu keiner gestatteten Veröffentlichung kommt, nicht weniger als 50 Jahre ab dem Ende des Kalenderjahrs der Herstellung betragen.«.

Schutzfrist p.m.a.¹⁴⁶⁶. Es bedürfte für die hier verfolgte Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzfrist also evidenterweise einer Änderung des europäischen und internationalen Urheberrechts, denn bei unterbleibender Verlängerung des Schutzes durch den Urheber bzw. Rechteinhaber kann der urheberrechtliche Schutz schon weit vor dem Tode des Urhebers enden. Mit diesem Lösungsansatz würde also sowohl die in Art. 7 RBÜ und Art. 1 Abs. 1 Schutzdauer-Richtlinie vorgesehene urheberrechtliche Mindestschutzdauer zu Lebzeiten, als auch die post mortem auctoris einsetzende Schutzfrist von fünfzig bzw. siebenzig Jahren unterlaufen. Die erforderliche Revision europäischen und internationalen Rechts stellt unter rechtspolitischen Gesichtspunkten zweifellos ein erhebliches Umsetzungshindernis dar. Wenn man sich die gegenwärtigen Bemühungen der Musikindustrie in Erinnerung ruft, den Schutz für Tonträgeraufnahmen sogar auf 95 Jahre p.m.a. auszudehnen, braucht man kein Prophet zu sein, um sich auszumalen, wie es um die rechtspolitische Durchsetzbarkeit einer solchen Revision bestellt ist. Um überhaupt den Hauch einer rechtspolitischen Realisierungschance zu wahren, erscheint es geboten, zumindest die Option auf eine insgesamt siebenzig Jahre nicht unterschreitende Schutzdauer zu erhalten. Dies würde bedeuten, dass der Urheber bzw. Rechteinhaber den fünfjährigen Schutz insgesamt dreizehn Mal verlängern dürfte¹⁴⁶⁷. Einem unbegrenzt verlängerbaren, »ewigen« Urheberrecht¹⁴⁶⁸ ist demgegenüber eine klare Absage zu erteilen, dies gilt auch und gerade für ein ewiges *droit moral*¹⁴⁶⁹. Beides wäre mit dem in dieser Arbeit verfolgten Paradigma des Nutzerschutzes unvereinbar, weil dann zum einen die Identifikation der Rechteinhaber und damit eine potentielle Nutzungsrechtseinräumung über die Maßen erschwert würde und zum anderen, weil durch prohibitiv hohe »costs of expression«¹⁴⁷⁰ die kreativ-schöpferische Partizipation potentieller Nut-

1466 S. Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte: »Die Schutzdauer des Urheberrechts an Werken der Literatur und Kunst im Sinne des Artikels 2 der Berner Übereinkunft umfasst das Leben des Urhebers und siebenzig Jahre nach seinem Tod, unabhängig von dem Zeitpunkt, zu dem das Werk erlaubterweise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist.«.

1467 *Lessig*, *The Future of Ideas*, S. 251, schlägt eine fünfzehnmalige Verlängerungsoption für jeweils fünf Jahre vor, er will den ersten Schutzintervall aber nicht – wie hier vertreten – ipso iure mit dem Akt der Schöpfung beginnen lassen, sondern erst mit der Registrierung; summa summarum kommt *Lessig* insofern auf eine maximale Schutzdauer von 75 Jahren.

1468 Ein solches fordern auch *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471 ff. (2003), nicht ausdrücklich ein, obwohl der Titel ihres Beitrag – »Indefinitely Renewable Copyright« – diesen Schluss an sich nahelegen würde. Ganz eindeutig ist ihre Position indes auch nicht. So erwägen sie auf S. 473 in expliziter Abgrenzung zu einem buchstäblich unbegrenzt verlängerbaren Schutzsystem eine maximale Schutzfrist von 80 Jahren, während sie auf S. 518 irritierend unentschieden zwischen beiden Alternativen lavieren.

1469 Kritisch dazu auch *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, S. 153 ff.; *Schricker-Dietz*, Urheberrecht, Vor §§ 12 ff., Rn. 34.

1470 Diesen Terminus haben *Landes/Posner*, 18 Journal of Legal Studies 325, 326 f. und 335 (1989) geprägt.

zer in einem Maße behindert würde, die der wünschenswerten Verwirklichung einer ebenso lebendigen wie vielfältigen, sprich: offenen Kultur, abträglich wäre.

3. Schutz für die Nutzer von »orphan works«

Trotz der aufgezeigten Vorzüge bringt die vorstehend verfolgte Schutzdauerverkürzung bzw. -flexibilisierung aus Nutzersicht letztlich nur bedingt eine Entlastung, zumal v.a. die ersten Jahre des urheberrechtlichen Schutzes, beispielsweise bei Film-, Musik- und Sprachwerken, besonders nutzungsintensiv sind, und der für diesen Zeitraum bestehende Schutzzumfang sich besonders dramatisch auswirkt. Eine Schutzfristverkürzung ist daher kein Allheilmittel. Mindestens ebenso wichtig ist es, die überschießenden Schutzwirkungen insbesondere technischer Schutzmaßnahmen durch eine rechtliche Technikgestaltung und eine stärker nutzerorientierte SchrankenAuslegung und -ausgestaltung zu bändigen (dazu eingehend nachfolgend unter 4. und 5.).

Da sich darüber hinaus die positiven Wirkungen einer Schutzfristverkürzung bzw. -flexibilisierung erst in der Zukunft nach und nach zeigen würden, wäre für »Altfälle« mit einer unverändert langen, starren Schutzdauer von 70 Jahren p.m.a. eine Lösung zu finden. Zumindest für die Fälle, in denen der urheberrechtliche Schutz noch fortbesteht, der Urheber bzw. Rechteinhaber aber trotz sorgfältiger Suche nicht mehr identifizierbar bzw. auffindbar, das Werk also verwaist ist, weist die in den USA in den vergangenen Jahren geführte Diskussion über den Umgang mit »orphan works«¹⁴⁷¹ den Weg auf, wie sich die Symptome einer überlangen Schutzdauer zumindest lindern lassen.

a) In den USA diskutierte Regulierungsvorschläge für die orphan works-Problematik

Um auf das Problem zu reagieren, dass potentielle Nutzer nicht die Urheber bzw. Rechteinhaber eines urheberrechtlich geschützten Werkes ausfindig machen können (diese Gefahr steigt erfahrungsgemäß im Regelfall mit zunehmender Schutzdauer¹⁴⁷²), ist in den USA mit dem am 22.05.2006 in das Repräsentantenhaus ein-

1471 Einen instruktiven Überblick vermittelt der »Report on Orphan Works« des U.S. Copyright Office aus dem Januar 2006, online verfügbar unter: <http://www.copyright.gov/orphan/>. Für eine europäische Sicht auf die orphan works-Problematik siehe *Hugenholtz et. al.*, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, S. 161 f. und 178 ff. sowie *van Gompel*, IIC 2007, 669 ff.

1472 Zum Zusammenhang von Schutzdauer und dem Verwaissen von Werken siehe etwa *Khong*, 15 Int'l J. L. & Info. Tech. 54, 59 ff. (2007) und *van Gompel*, IIC 2007, 669, 674 f.

gebrachten »Orphan Works Act of 2006«¹⁴⁷³ eine nutzerfreundliche Beschränkung derjenigen zivilrechtlichen Ansprüche vorgeschlagen worden, denen sich ein Nutzer eines (nur vermeintlich) verwaisten Werkes ausgesetzt sehen kann, wenn der Urheber bzw. Rechteinhaber trotz sorgfältiger Recherche wider Erwarten doch noch auftaucht. Der »Orphan Works Act of 2006« sieht konkret zweierlei vor: Unter der Voraussetzung, dass der gutgläubige Nutzer trotz einer angemessenen sorgfältigen Suche nach dem Urheber bzw. Rechteinhaber diesen nicht hat ausfindig machen können und er bei der Werknutzung den Namen des Urhebers bzw. Rechteinhabers angegeben hat – sofern dieser ihm den Umständen entsprechend überhaupt mit ausreichender Bestimmtheit bekannt war –, soll zum einen der Schadensersatzanspruch auf eine »reasonable compensation« beschränkt werden. Gänzlich ausgeschlossen werden soll der Schadensersatzanspruch gemäß § 514(b) (1) (B) des Gesetzgebungsvorschlags dann, wenn die urheberrechtsverletzende Handlung weder unmittelbar noch mittelbar zu kommerziellen Zwecken erfolgt, sie vielmehr wohltätigen, religiösen, wissenschaftlichen oder erzieherischen Zwecken dient und die Werknutzung nach Aufforderung durch den Rechteinhaber seitens des Nutzers unverzüglich eingestellt wird. Neben dem Schadensersatzanspruch soll zum anderen auch der Anwendungsbereich des Unterlassungsanspruchs zu Gunsten der Nutzer reduziert werden. Eine Art Bestandsschutz soll der Nutzer dabei in den Fällen erhalten, in denen er als Verletzer eines fremden Urheberrechts das Werk des Verletzten bearbeitet oder in das von ihm neu geschaffene Werk integriert hat¹⁴⁷⁴. Auch diese Regelung würde den Nutzer zwar nicht davon entbinden, den Urheber bzw. Rechteinhaber – soweit möglich – benennen und gegebenenfalls eine angemessene Vergütung zahlen zu müssen. Kreativ-schöpferische Werknutzer würden von dieser Regelung gleichwohl erheblich profitieren. Filmemacher beispielsweise, die für ihre Arbeit etwa verwaiste Lichtbild- oder Filmwerke verwenden wollen, erhielten ein größeres Maß an Rechtssicherheit, weil sie nicht mehr befürchten müssten, dass aufgrund der Verwendung nur vermeintlich verwaister Werke in ihrem Film plötzlich »aus heiterem Himmel« Unterlassungsansprüche gegen sie geltend gemacht werden.

1473 Orphan Works Act of 2006, 109th Congress, 2nd Session, H.R. 5439; eine weitere interessante und bereits in Kraft getretene Änderung des US-amerikanischen Urheberrechtsgesetzes ist in diesem Zusammenhang auch der aus einer Änderung eines Verweises in § 108(i) USC bestehende »Preservation of Orphan Works Act«, der Bibliotheken und Archiven eine erweiterte Privilegierung verschafft. *Peukert*, GRUR Int. 2005, 531, 532, fasst diese Neuregelung so zusammen, dass Bibliotheken und Archive »nunmehr auch die eigentlich von der Schranke ausgenommenen Musik- und Filmwerke während der letzten zwanzig Jahre der Schutzfrist zu Zwecken der Archivierung, Bildung und Forschung vervielfältigen und verbreiten (dürfen), wenn das Werk nicht mehr gewerblich genutzt wird und nicht mehr im Handel erhältlich ist oder der Rechteinhaber eine entsprechende Erklärung gegenüber dem Copyright Office abgegeben hat.«.

1474 S. § 514(b) (1) (B) Orphan Works Act of 2006, 109th Congress, 2nd Session, H.R. 5439: »SPECIAL RULE FOR NEW WORKS – In a case in which the infringer recasts, transforms, adapts, or integrates the infringed work with the infringer's original expression in a new work of authorship, the court may not, in granting injunctive relief, restrain the infringer's continued preparation or use of that new work (...).«.

b) *Eine Beschränkung der Schadensersatzansprüche auch in Deutschland bzw. Europa?*

Die Übernahme entsprechender *orphan works*-Vorschriften ins deutsche bzw. europäische Urheberrecht erweist sich als ein sehr ambivalentes Unterfangen. Zwar wäre die gesetzestechnische Umsetzung prinzipiell ein Leichtes. So wäre beispielsweise in einem neu einzufügenden § 97 Abs. 4 UrhG (oder alternativ in § 101 UrhG) vorzusehen, dass der Schadensersatzanspruch gemäß § 97 Abs. 1 UrhG in den Fällen auf eine angemessene Lizenzgebühr¹⁴⁷⁵ beschränkt ist, in denen der Urheber bzw. Rechteinhaber eines urheberrechtlich geschütztes Werkes trotz angemessenen sorgfältiger Suche durch den Verletzer vor Aufnahme der Werknutzung nicht mehr identifizierbar oder auffindbar war¹⁴⁷⁶. Klarzustellen wäre neben der Namensnennungspflicht weiter, dass der Nutzer (bzw. in der Gesetzesterminologie: der Verletzer) die Beweislast trägt, dass er seiner Nachforschungspflicht nachgekommen ist. Eine solche Beschränkung auf eine angemessene Lizenzgebühr wäre im deutschen Urheberrecht aus Nutzersicht aber nur von begrenztem Wert, schließlich ist hier die gewohnheitsrechtlich anerkannte Lizenzanalogie ohnehin die gebräuchlichste Methode der Schadensberechnung¹⁴⁷⁷. Nur in zwei vereinzelt Ausnahmefällen hat die Rechtsprechung einen 100%igen Aufschlag zur angemessenen Lizenzgebühr zugestanden¹⁴⁷⁸. Mit einer gesetzlichen Festlegung auf eine angemessene Lizenzgebühr würde solchen Rechtsprechungsentscheidungen in der hier beschriebenen Konstellation in Zukunft der

1475 S.a. den Wortlaut von § 101 Abs. 1 Satz 2 UrhG: »Als Entschädigung ist der Betrag zu bezahlen, der im Falle einer vertraglichen Einräumung des Rechts als Vergütung angemessen gewesen wäre.«.

1476 Zusätzlich zu einer solchen Beschränkung der zivilrechtlichen Sanktionen wäre auch eine entsprechende Anpassung der strafrechtlichen Sanktionen, §§ 106 ff UrhG, zu erwägen.

1477 St. Rspr. s. nur BGH GRUR 1956, 427, 429; BGH GRUR 1990, 1008, 1009; Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 97, Rn. 58 f.; Schricker-Wild, Urheberrecht, § 97, Rn. 60 (siehe dort auch Rn. 57 ff. allgemein zur dreifachen Schadensberechnung). Auch *Hugenholtz et. al.*, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, S. 190, bezweifeln, dass eine Beschränkung des Schadensersatzanspruchs die Nutzer verwaister Werke wirklich besser stellen würde: »when it comes to the financial damages that a user may incur, the (civil) law in the Member States is much more benevolent to the user than in the US. A liability rule, therefore, would not alleviate the situation for users as such. It would, at the most, encourage more users to use orphan works.«.

1478 Siehe den der GEMA vom BGH zuerkannten pauschalen Kontrollzuschlag i.H.v. 100 % des normalen Tarifsatzes, BGH GRUR 1973, 379 – *Doppelte Tarifgebühr*, dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 97, Rn. 71 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen; Schricker-Wild, Urheberrecht, § 97, Rn. 64. Die zweite Ausnahme zur sonst üblichen einfachen Lizenzanalogie stellt eine bislang offenbar vereinzelt gebliebene Entscheidung des LG Düsseldorf dar, s. GRUR 1993, 664, wonach bei unterbliebener Urheberbenennung der Urheber bei rechtswidriger Veröffentlichung einer Photographie außer der für die Nutzung üblichen Lizenzgebühr einen Zuschlag von 100 % auf diese Gebühr als Schadensersatz verlangen kann, dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 97, Rn. 59 mit weiteren Nachweisen zu gegen einen solchen Zuschlag gerichteten Rechtsprechungsentscheidungen.

Weg verbaut und weitergehenden Forderungen aus dem Schrifttum nach einer doppelten Lizenzgebühr¹⁴⁷⁹ ein Riegel vorgeschoben. Abgesehen davon wäre insbesondere die Herausgabe des Verletzergewinns ausgeschlossen (s. § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG). Ob aber allein deswegen eine Gesetzesänderung angestrengt werden sollte, erscheint zumindest fraglich.

Weitergehender und von unbestreitbarem Nutzen für viele Nutzer wäre es indes, wenn man sich nach dem Vorbild des US-amerikanischen Gesetzgebungsvorschlags dazu durchränge, den Schadensersatzanspruch sogar ganz auszuschließen, wenn die urheberrechtsverletzende Nutzung eines »verwaisten Werkes« zu nicht-kommerziellen Zwecken erfolgt und die Nutzung nach Aufforderung durch den Urheber bzw. Rechtsinhaber seitens des Verletzers unverzüglich eingestellt wird. Ein solcher Ausschluss des Schadensersatzanspruches erscheint grundsätzlich wünschenswert. Durch ihn erhielten etwa Blogger oder die Betreiber privater Websites Schutz, wenn sie – nur vermeintlich – verwaiste Photos oder Texte verwenden und sie die erforderlichen Recherchebemühungen nachweisen können. Eine ersatzlose Streichung des Verbotsrechts wäre aber wohl kaum mit dem Verfassungsrecht vereinbar, denn Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gebietet laut Bundesverfassungsgericht die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber¹⁴⁸⁰. Zwar ist es Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und sozialen Bedeutung des Urheberrechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG)¹⁴⁸¹. Für die ersatzlose Aufhebung des Verbotsrechts wäre aber in jedem Fall ein *gesteigertes öffentliches Interesse* notwendig¹⁴⁸², und es erscheint fraglich, ob sich diese Hürde mit der hier angeordneten Nutzerschutzregelung nehmen ließe. Abgesehen davon dürften durch eine ersatzlose Streichung des Schadensersatzanspruches jedenfalls Art. 13 Abs. 1 Durchsetzungs-Richtlinie¹⁴⁸³ und Art. 41 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 TRIPs ver-

1479 Siehe etwa *Wandtke*, GRUR 2000, 942, 945 ff., der die doppelte Lizenzgebühr als Grundsatz für die Schadensberechnung im Urheberrecht heranziehen möchte. S.a. *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, § 97, Rn. 59 und allgemein *Dreier*, *Kompensation und Prävention*, Kap. 14, S. 500 ff. für einen pauschalen Verletzerzuschlag.

1480 BVerfGE 31, 229, 240 f.; *Schricker-Melichar*, *Urheberrecht*, Vor §§ 44a ff., Rn. 8.

1481 BVerfGE, 31, 229, 241.

1482 BVerfGE 31, 229, 244 f.; *Schricker-Melichar*, *Urheberrecht*, Vor §§ 44a ff., Rn. 11, vgl. *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 15: »Eine gänzliche Zustimmungs- und Vergütungsfreiheit kommt nur dort in Betracht, wo das Ausschließlichkeitsrecht unangemessen und unpraktisch wäre und wo darüber hinaus das Interesse des Urhebers, möglichst an jeder Verwertung seiner Werke zu partizipieren (...) ausnahmsweise hinter schützenswerten Belangen der Allgemeinheit zurücktreten muss.«.

1483 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.

letzt sein¹⁴⁸⁴. Vor diesem Hintergrund erscheint es vorzugswürdig, sich bei der Etablierung einer orphan works-Regelung auf die Transformation des Verbotrechts zu einem Vergütungsanspruch zu beschränken.

c) *Plädoyer für einen Ausschluss des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs im Falle bearbeitender Nutzungen von orphan works*

Die auch an anderen Stellen in dieser Arbeit propagierte weitgehende Umwandlung des Urheberrechts von einer Property Rule zu einer Liability Rule erscheint in besonderem Maße sinnvoll in den Konstellationen, in denen ein kreativ-schöpferischer Werknutzer ein verwaistes Werk bearbeitet und/oder in das von ihm geschaffene Werk eingefügt hat. In den Fällen, in denen eine an sich gemäß § 23 UrhG zustimmungsbedürftige Bearbeitung oder Umgestaltung und keine nach § 24 UrhG freie Benutzung oder vom Zitatrecht (§ 51 UrhG) gedeckte Nutzung vorliegt, wäre der Urheber bzw. Rechteinhaber dann lediglich auf einen Vergütungsanspruch zu verweisen – ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aber wäre ihm nicht zuzugestehen¹⁴⁸⁵. Durch einen solchen *Ausschluss des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs im Falle bearbeitender Nutzungen* wären dann etwa diejenigen auf der sicheren Seite, die das Tagebuch oder den Roman eines beispielsweise im Zweiten Weltkrieg verstorbenen Autors dramatisieren oder verfilmen wollen, dessen Rechtsnachfolger aber nicht ausfindig machen können. Auch bei einem überraschenden Auftauchen des Rechtsinhabers (z.B. zur Unzeit kurz vor der Premiere) könnten sie die Verwertung des von ihnen geschaffenen Werkes fortsetzen.

Wem dieses Beispiel zu weit hergeholt erscheint, führe sich nur vor Augen, wie oft im Zusammenhang mit Phänomenen wie »user generated content« oder der zu beobachtenden »participatory culture«¹⁴⁸⁶ – oder wie immer man das durch ein hohes Maß aktiver Partizipation geprägte kreative Werkschaffen im digitalen Umfeld bezeichnen möchte – Private fremde Werke bearbeiten und anschließend über das Internet öffentlich zugänglich machen, ohne dass es ihnen gelänge, den jeweiligen Urheber bzw. Rechteinhaber des verwendeten Werks vorab ausfindig zu machen. Natürlich darf eine orphan works-Regelung nicht zu einem »Freifahrtschein« für bequeme und nachlässig agierende Werknutzer werden. An den

1484 S.a. Art. 14 Abs. 2 WCT und Art. 23 Abs. 2 WPPT, die hinsichtlich der durch die Mitgliedsstaaten vorzusehenden Bestimmungen aber weniger spezifisch sind; nicht gänzlich auszuschließen ist zudem ein Verstoß gegen den in Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschafts-Richtlinie 2001/29/EG, Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPs und Art. 10 WCT sowie Art. 16 Abs. 2 WPPT vorgesehenen Dreistufentest, auch wenn zu bezweifeln ist, dass die nicht-kommerzielle Nutzung eines verwaisten (also in aller Regel gerade nicht mehr ausgewerteten) Werkes die normale Auswertung des geschützten Werkes beeinträchtigt.

1485 Siehe dazu den oben erläuterten Vorschlag in § 514(b) (1) (B) Orphan Works Act of 2006, 109th Congress, 2nd Session, H.R. 5439.

1486 Siehe zu diesen Schlagworten oben in Kap. 4 C. IV. 2. a).

Nachweis angemessen sorgfältiger Recherchebemühungen (z.B. durch Vorlage des Schriftverkehrs mit einer Verwertungsgesellschaft oder einem Verwerter) wären daher strenge – aber mit Blick auf das Regelungsziel, verwaiste Werke einer Nutzung zuzuführen, auch nicht zu strenge – Anforderungen zu stellen¹⁴⁸⁷. Auch dürfte die hier für Bearbeitungen verwaister Werke verfolgte Beschränkung des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs dann keine Anwendung finden, wenn der Nutzer den richtigen Urheber bzw. Rechteinhaber sehr wohl hat ausfindig machen können, dieser seine Kontaktaufnahme aber unbeantwortet gelassen hat. In diesen Fällen, in denen der Nutzer die notwendigen Kontaktinformationen für eine erforderliche Einwilligung in Erfahrung gebracht hat, der Urheber bzw. Rechteinhaber dessen Anfrage – aus welchen Gründen auch immer – aber ignoriert, wäre das jeweilige Werk schon nicht mehr verwaist¹⁴⁸⁸.

1487 Um die Angemessenheit des Suchaufwands beurteilen zu können, sind im »Report on Orphan Works«, hg. v. U.S. Copyright Office im Januar 2006, online verfügbar unter: <http://www.copyright.gov/orphan/>, S. 9 f. und 96 ff. einige Kriterien entwickelt worden, die es verdienen, hier wiedergegeben zu werden – auch wenn sie in Deutschland bzw. Kontinentaleuropa in Ermangelung eines Registers für urheberrechtlich geschützte Werke nur bedingt Anwendung finden können (es sei denn, man entschließt sich zur Einrichtung einer freiwilligen Registrierungsmöglichkeit im Internet oder unter Abänderung von Art. 5 Abs. 2 RBÜ zu einem obligatorischen Registrierungserfordernis, s. dazu bereits vorstehend im Zusammenhang mit der hier propagierten optionalen Schutzfristverlängerung). Als zu berücksichtigende Faktoren werden genannt: »The amount of identifying information on the copy of the work itself, such as an author's name, copyright notice, or title; Whether the work had been made available to the public; The age of the work, or the dates on which it was created and made available to the public; Whether information about the work can be found in publicly available records, such as the Copyright Office records or other resources; Whether the author is still alive, or the corporate copyright owner still exists, and whether a record of any transfer of the copyright exists and is available to the user; (...) The nature and extent of the use, such as whether the use is commercial or noncommercial, and how prominently the work figures into the activity of the user.«.

1488 S. zu dieser «(...) situation where a user identifies and locates the owner and tries to contact the owner for permission, but receives no response from the owner» ganz in dem hier vertretenen Sinne bereits der »Report on Orphan Works« des U.S. Copyright Office aus dem Januar 2006, online verfügbar unter: <http://www.copyright.gov/orphan/>, S. 97: «This area touches upon some fundamental principles of copyright, namely, the right of an author or owner to say no to a particular permission request, including the right to ignore permission requests. As noted above, the primary goal of this study is to prompt owners and users to find each other and commence negotiation – it is *not* intended to allow use of works in disregard of the owner's wishes after that owner has been found. An owner might ignore a permission request for many legitimate reasons and in many situations: an individual author might not have the resources to respond to every request; a large corporate owner might receive thousands of such requests and it would be unduly burdensome to respond to all of them; the request may be outlandish, in that it seeks to use a valuable work for no payment or in a way clearly at odds with the manner in which the owner is exploiting the work. For this reason, once an owner is located, the orphan works provision becomes

d) *Vereinbarkeit mit verfassungs-, europa- und internationalrechtlichen Vorgaben*

Der hier für das deutsche und europäische Recht vorgeschlagene Ausschluss des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs im Falle der Bearbeitung von verwaisten Werken wäre bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Schadensersatzanspruchs (und zwar grundsätzlich auch für den Ersatz immaterieller Schäden, § 97 Abs. 2 UrhG¹⁴⁸⁹) prinzipiell mit dem Verfassungsrecht vereinbar. Hinsichtlich des europäischen und internationalen Urheberrechts wäre für die Etablierung einer solchen Nutzerschutzmaßnahme insbesondere Art. 11 Durchsetzungs-Richtlinie und Art. 41 i.V.m. Art. 44 TRIPs zu beachten¹⁴⁹⁰. Während Art. 44 Abs. 2 Satz 2 TRIPs den Mitgliedstaaten immerhin einen gewissen Freiraum lässt, den Unterlassungsanspruch in bestimmten Fällen auf einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung zu beschränken¹⁴⁹¹, erweist sich wieder einmal primär das geltende europäische Urheberrecht als Hindernis für eine nutzerfreundlichere Ausgestaltung des Urheberrechts. Gemäß Art. 11 Satz 1 der Durchsetzungs-Richtlinie sind die Mitgliedstaaten nämlich verpflichtet sicherzustellen, dass die zuständigen Gerichte bei Feststellung einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums eine Anordnung gegen den Verletzer erlassen können, die ihm die weitere Verletzung des betreffenden Rechts untersagt.

Von der Gewährleistung dieses Unterlassungsanspruchs dürfen die Mitgliedstaaten nur unter den strengen Voraussetzungen des Art. 12 Durchsetzungs-Richtlinie abweichen. So können die Mitgliedstaaten zwar gemäß Art. 12 Durchsetzungs-Richtlinie Regelungen vorsehen, die es dem Verletzer erlauben, den gegen

inapplicable.«. Siehe in diesem Zusammenhang auch die am Ende der Einleitung zu Kap. 5 D. II. angestellten Überlegungen zu einem denkbaren – letztlich aber wohl zu weitgehenden und in dieser Arbeit nicht weiter vertieften – individuellen zivilrechtlichen Anspruch auf Bearbeitung.

1489 Im Rahmen der Billigkeit, die über das Bestehen und die Höhe des Anspruchs auf Ersatz des immateriellen Schadens entscheidet (s. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 97, Rn. 75), sollte die Rechtsprechung dabei dann allerdings danach streben, die finanzielle Belastung für den gutgläubigen Werknutzer, der darauf vertraut hat, ein verwaistes Werk zu nutzen, möglichst gering zu halten, um so die grundsätzlich erwünschte, verstärkte Nutzung verwaister Werke zu stimulieren. Zugunsten des Nutzers verwaister Werke wären im konkreten Einzelfall namentlich zu berücksichtigen der Anlass und Beweggrund seines Handelns (war er guten Glaubens, ein verwaistes Werk zu nutzen?), der Grad des Verschuldens (spricht: der von ihm betriebene und dokumentierte Rechercheaufwand), die Schwierigkeit, den Urheber des verwaisten Werkes ausfindig zu machen (am Werk angebrachte Informationen zum Urheber, Zeitpunkt, zu dem das Werk geschaffen und ggf. veröffentlicht wurde, Nutzung zu Lebzeiten oder nach dem Tode des Urhebers), Bedeutung, Umfang, Intensität und Dauer des Eingriffs und dessen nachhaltige Folgen für die Interessen und den Ruf des Urhebers, vgl. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 97, Rn. 75.

1490 Siehe darüber hinaus die weniger spezifischen Art. 14 Abs. 2 WCT und Art. 23 Abs. 2 WPPT.

1491 Zu dem sich aus Art. 44 Abs. 2 Satz 2 TRIPs ergebenden Gestaltungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber *Correa*, Commentary on the TRIPs Agreement, S. 425.

ihn gerichteten Unterlassungsanspruch durch die Zahlung einer Abfindung an den Verletzten abzuwenden. Dies soll aber nur dann zulässig sein, »sofern die betreffende Person weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat, ihr aus der Durchführung der betreffenden Maßnahmen ein unverhältnismäßig großer Schaden entstehen würde und die Zahlung einer Abfindung an die geschädigte Partei als angemessene Entschädigung erscheint.«. Innerhalb dieser engen europarechtlichen Vorgaben lässt sich der hier für die Fälle einer bearbeitenden Nutzung verwaister Werke angestrebte generelle Ausschluss des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs evidenterweise nur äußerst eingeschränkt realisieren. Der Nachteil einer auf Art. 12 Durchsetzungs-Richtlinie gestützten Konstruktion einer entsprechenden orphan works-Bestimmung wäre zum einen, dass der Nutzer eines verwaisten Werkes im Falle eines Rechtsstreits darlegungs- und beweispflichtig wäre für den unverhältnismäßig großen Schaden, der ihm bei erfolgreicher Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs durch den wiederaufgetauchten Urheber bzw. Rechteinhaber drohen würde. Zum anderen liefe die Anwendungsbefugnis des Verletzers in der Rechtspraxis vermutlich regelmäßig leer, weil der Verletzer den Beweis schuldig bliebe, dass er weder vorsätzlich noch fahrlässig, also schuldlos gehandelt hat¹⁴⁹². Art. 11 und Art. 12 der Durchsetzungs-Richtlinie lassen somit keinen ausreichenden Spielraum, um nach dem Vorbild des § 514(b) (1) (B) Orphan Works Act of 2006 einen vollwertigen Schutz für die bearbeitende Nutzung verwaister Werke zu erreichen. Im Ergebnis wäre also eine Änderung europäischen Urheberrechts unvermeidbar.

e) Zusammenfassung

Bevor man sich an die prinzipiell erstrebenswerte Umsetzung einer wie hier vorgeschlagenen Schutzvorschrift für die Bearbeiter verwaister Werke macht – die eine auch aus zahlreichen anderen Gründen erforderliche Revision des europäischen Urheberrechts voraussetzen würde¹⁴⁹³ – bedarf es noch weiterer Forschung mittels derer für den Nachweis einer angemessen sorgfältigen Suche nach dem Urheber bzw. Rechteinhaber eines verwaisten Werkes nach Möglichkeit bereichsspezifische Prüfungsschritte, Leitlinien und ggf. standardisierte (freiwillige oder unter Abänderung von Art. 5 Abs. 2 RBÜ obligatorische) Registrierungs- und Benachrichtigungsverfahren möglichst auch unter Einbeziehung der Verwer-

1492 Genau darin besteht heute bereits das Problem bei der in § 101 UrhG vorgesehenen Ablösungsbefugnis (dem nationalen Pendant zu Art. 12 Durchsetzungs-Richtlinie), s. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 101, Rn. 3: »Angesichts der nur geringen Anforderungen, welche die Rechtsprechung an das Verschulden stellt (...), kommt der Vorschrift jedoch kaum praktische Bedeutung zu«.

1493 Siehe allein etwa die obigen Ausführungen zur revisionsbedürftigen Schutzdauer-Richtlinie oder die nachfolgend thematisierte Problematik des gemäß Erwägungsgrund 32 der Informationsgesellschafts-Richtlinie abschließenden Schrankenkatalogs.

tungsgesellschaften zu erarbeiten sind¹⁴⁹⁴. Andernfalls stünde angesichts der überaus strengen Anforderungen, die die Rechtsprechung im Bereich des Urheberrechts an das erforderliche Maß der Sorgfalt stellt¹⁴⁹⁵, zu befürchten, dass die geschaffene »safe-harbor«-Bestimmung¹⁴⁹⁶ ein Papiertiger bliebe, weil der Nutzer eines verwaisten Werkes im Regelfall nicht beweisen könnte, dass er möglicherweise zu einem weit zurückliegenden Zeitpunkt mit der erforderlichen Sorgfalt nach dem Urheber bzw. Rechteinhaber gesucht hat¹⁴⁹⁷. Ganz abgesehen

1494 Siehe zu den insoweit bereits vorhandenen Ansätzen oben.

1495 S. BGH GRUR 1999, 49, 51 – Bruce Springsteen and his Band; Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 97, Rn. 57.

1496 So würde man eine den gutgläubigen Nutzer eines verwaisten Werkes schützende Haftungsbeschränkung zumindest im amerikanischen Recht bezeichnen.

1497 Wegen dieser potentiellen Schwäche dieses Regulierungsansatzes sind im Zuge weiterer Forschungsbemühungen dann auch alternative bzw. ergänzende Lösungsansätze – wie sie etwa *Hugenholtz et al.*, The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, S. 178 ff.; *Khong*, 15 Int'l J. L. & Info. Tech. 54, 72 ff. (2007) und *van Gompel*, IIC 2007, 669, 681 ff. erörtern – einer vertieften Analyse zuzuführen. *Hugenholtz et al.* untersuchen neben dem auch hier diskutierten Lösungsansatz (kritisch dazu auf S. 189 f.), der, wie gesehen, im Wesentlichen durch den US-amerikanischen orphan works-Gesetzgebungsvorschlag aus dem Jahre 2006 inspiriert ist, fünf weitere theoretisch denkbare (Teil-) Lösungsmöglichkeiten für die orphan works-Problematik: 1. Förderung der freiwilligen Bereitstellung von der Allgemeinheit zugänglichen »copyright ownership or rights management information (metadata)«. In diesem Zusammenhang machen *Hugenholtz et al.* insbesondere den interessanten Vorschlag, Art. 7 der Informationsgesellschafts-Richtlinie so abzuändern, dass der Schutz für »rights management information« nur noch dann gewährt wird, wenn diese elektronischen Informationen einer öffentlich zugänglichen Datenbank zur Verfügung gestellt werden (S. 179 ff., 195); 2. Förderung kollektiver Rechtswahrnehmung, und zwar entweder durch eine obligatorische kollektive Rechtswahrnehmung oder durch eine Ausdehnung des skandinavischen Modells der »extended collective license«, bei dem Verwertungsgesellschaften auch für Nicht-Mitglieder zur Rechtswahrnehmung berechtigt sind, der Urheber des verwaisten Werkes wäre in diesem Modell dann allerdings mit einem »Opt-Out«-Recht ausgestattet (S. 183 ff.), näher zum Modell der »Extended Collective License« allgemein *Koskinen-Olsson*, Collective Management in the Nordic Countries, in: Collective Management of Copyright and Related Rights, Hg. v. *Gervais*, S. 257, 264 ff.; 3. Etablierung repräsentativer privater Einrichtungen, die nach dem Vorbild von *Foto Anoniem* in den Niederlanden (s. <http://www.fotoanoniem.nl/>) die Suche nach dem Rechteinhaber übernehmen und für den Fall, das auch sie ihn nicht ausfindig machen können, anbieten, den prospektiven Nutzer des verwaisten Werkes gegen Entrichtung einer angemessenen Gebühr (die mit der Höhe der jeweils üblichen Lizenzgebühr korreliert) gegenüber Ansprüchen des Rechteinhabers freizustellen (vgl. »*Foto Anoniem* will grant the user legal protection by means of an indemnity. In the indemnity clause, *Foto Anoniem* commits itself to protect the user against liability for copyright infringement.«, S. 184 f.). 4. Ermächtigung einer Behörde, im Wege der Zwangslizenz gegen eine angemessene Lizenzgebühr einfache Nutzungsrechte an veröffentlichten, aber verwaisten Werken einzuräumen (S. 185 ff.); 5. Schaffung einer Schrankenregelung für bestimmte Nutzungen verwaister Werke (S. 187 f.). Die von *Hugenholtz et al.* prinzipiell präferierte Variante 4. (S. 193 f.), die eine ex ante Rechteabklärung durch eine staatliche

davon wartet auch hinsichtlich der tatsächlichen praktischen Relevanz der orphan works-Problematik noch weitere Arbeit auf die Urheberrechtswissenschaft¹⁴⁹⁸.

4. *Auslegung und Ausgestaltung der Schranken im Lichte eines normzweckorientierten Ansatzes*

Das mit dieser Arbeit auf Grundlage eines integrativen Rechtfertigungsmodells verfolgte bipolare Normzweckkonzept lässt sich sowohl für die Auslegung (dazu unter a)), als auch für die Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen (dazu unter b)) fruchtbar machen.

a) *Normzweckorientierte Schrankenauslegung*

Schranken sind weder eng noch weit, sondern, wie andere Rechtsvorschriften auch, unter Anwendung des allgemein üblichen »Auslegungskanons« auszulegen¹⁴⁹⁹. Neben der grammatischen (wörtlichen), der historischen und der systematisch-logischen Auslegung kommt dabei der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode im Urheberrecht eine hervorgehobene Bedeutung zu¹⁵⁰⁰. Was wie eine pure Selbstverständlichkeit klingt, ist in der deutschen Urheberrechtslehre keineswegs immer so selbstverständlich gewesen. Lange Zeit herrschte hier nämlich mit dem Dogma der engen Schrankenauslegung eine starre Auslegungsregel vor, die das Ergebnis der Auslegung bereits mehr oder weniger vorgab¹⁵⁰¹. Im Folgenden soll daher unter aa) kurz darauf eingegangen werden, warum starre, sche-

Einrichtung vorsieht, kann dabei nicht überzeugen, da sie letztlich zu kosten- und zeitintensiv sein dürfte (mit dieser Kritik auch *Khong*, 15 Int'l J. L. & Info. Tech. 54, 75 (2007): »costly process involving a certain amount of delay«) und weil die Anhäufung von vorab zu leistenden Lizenzgebühren, die sich vermutlich auch im Nachhinein zumeist nicht an den rechtmäßigen Urheber bzw. Rechteinhaber ausschütten ließen, ineffizient wäre.

1498 So auch *Hugenholtz et. al.*, The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, S. 193 f.: »So far, it has not been demonstrated that the orphan works problem has a noticeable impact on the internal market. In fact, the exact scale of the orphan works problem remains largely unknown, as quantitative data on the degree to which orphan works actually present a problem for the reutilisation of these works or on the frequency with which orphan works impede creative efforts have not yet been presented.«.

1499 So auch u.a. *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 326 ff.; *Pahud*, Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, S. 99, 136; *Raue*, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen, in: FS Nordemann, S. 327, 339; *Rigamonti*, GRUR Int. 2004, 278, 284.

1500 Siehe zu diesen Auslegungskriterien allgemein etwa *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 133 ff. oder *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV., S. 361 ff.

1501 Ähnlich kritisch etwa *Rigamonti*, GRUR Int. 2004, 278, 284, aus dessen Sicht der Grundsatz der engen Auslegung nichts anderes sei als eine befangene Auslegung »in dubio pro auctore«.

matische Auslegungsregeln nach dem Motto »in dubio pro auctore«¹⁵⁰² oder »in dubio pro libertate«¹⁵⁰³ bereits nach geltender Rechtslage weder in verfassungsrechtlicher noch in methodologischer Hinsicht überzeugen können. Im Anschluss wird sodann unter bb) zu skizzieren sein, welche Vorzüge eine stärker normzweckorientierte Auslegung im Lichte der in Kap. 5 D. II. 1. vorgeschlagenen Normzweckklausel und der darin enthaltenen Zielvorstellungen de lege ferenda mit sich brächte.

aa) *Das überholte Dogma der engen Schrankenauslegung und die Rechtsnatur der Schranken*

Das Dogma von der engen Schrankenauslegung hat sich in der deutschen Lehre jahrzehntelang mit einer erstaunlichen Hartnäckigkeit gehalten¹⁵⁰⁴ und auch in der Rechtsprechung über lange Zeit hinweg Bestand gehabt¹⁵⁰⁵ – auch wenn sich

- 1502 Für eine Auslegung »in dubio pro auctore« spricht sich etwa aus Fromm-Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, § 1, Rn. 1: bei der Auslegung sei »allgemein im Zweifel zugunsten des Urhebers zu entscheiden«. Diese Auslegungsregel kritisiert auch Schricker-Schricker, Urheberrecht, Einl. Rn. 17, als zu »schematisch«.
- 1503 Für eine Auslegung »in dubio pro libertate« tritt ein Hoeren, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: FS Sandrock, S. 357, 370, ders., MMR 2000, 3. Hoeren zufolge sei das Urheberrecht »nicht der Grundsatz, sondern die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme«. Schrankenregelungen gäben »somit der Öffentlichkeit nur die Freiheit zurück, die ihr ohnehin immer schon zustand.«, von daher seien die Schranken auch nicht eng auszulegen; ähnlich Kröger, MMR 2002, 18, 20.
- 1504 S. Fromm-Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, § 1, Rn. 1; v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, § 45, Rn. 4; Katzenberger, Elektronische Printmedien und Urheberrecht, S. 50; Loewenheim, GRUR 1996, 636, 641; Loewenheim-Götting, Handbuch des Urheberrechts, § 30, Rn. 4; Möhring-Nicolini-Nicolini, UrhG, § 45, Rn. 2; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 86 u. 480; Schack, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 515 (»Geboten ist (...) eine enge und verfassungskonforme Auslegung der Schranken, die sich streng an deren jeweiligem Privilegierungszweck orientieren muss.«); abgewogen Schricker-Melichar, Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 15 ff., der im Gegensatz zur Voraufgabe (2. Aufl., München 1999) eine deutlich weniger strikte Auffassung vertritt und nunmehr in begründeten Einzelfällen eine erweiternde bzw. flexible Auslegung zulassen will, damit »das Urheberrechtsgesetz mit der dynamischen technischen Entwicklung Schritt halten kann«. Abgesehen davon will Melichar (angelehnt an BGH GRUR 2002, 963, 966 – *Elektronischer Pressespiegel*) dann vom Grundsatz der engen Schrankenauslegung abrücken, wenn eine enge Auslegung wirtschaftlich nicht den Urhebern selbst, sondern den Erstverwertern wie z.B. Zeitungsverlegern zugutekommt; Wandtke-Bullinger-Lüft, Praxiskommentar zum Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 1.
- 1505 RGZ 130, 196, 202 – *Codex aureus*; RGZ 140, 231, 239 = GRUR 1933, 586, 590; RGZ 153, 1, 23 = GRUR 1937, 73, 82 – *Rundfunksendung von Schallplatten*; BGHZ 11, 135, 143 = GRUR 1954, 216, 219 – *Lautsprecherübertragung*; BGHZ 17, 266, 282 = GRUR 1955, 492, 497 – *Grundig-Reporter*; BGHZ 50, 147, 152 = GRUR 1968, 607, 608 – *Kandinsky*; BGHZ 58, 262, 265 = GRUR 1972, 614, 615 – *Landesversicherungsanstalt*; BGHZ 85, 1, 4 = GRUR 1983, 28, 29 – *Presseberichterstattung und Kunstwerkwiedergabe II*;

die Rechtsprechung nicht immer strikt an diese Urheberrechtsdoktrin gehalten hat¹⁵⁰⁶. Die Befürworter einer engen Schrankenauslegung argumentieren, die in §§ 44a ff. UrhG niedergelegten Schranken seien als Ausnahmebestimmungen zum urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht grundsätzlich eng auszulegen¹⁵⁰⁷. Der Ausnahmecharakter der Schranken ergebe sich aus dem internationalrechtlich vorgesehenen Dreistufentest und der verfassungsrechtlichen Verankerung des Urheberrechts in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, der die Kernaussage zu entnehmen sei, dass die Zuordnung von Ausschließlichkeitsrechten an den Urheber die Regel darstelle¹⁵⁰⁸.

Nachdem inzwischen das Bundesverfassungsgericht¹⁵⁰⁹ und der Bundesgerichtshof¹⁵¹⁰ in einer Reihe jüngerer Entscheidungen von einer per se engen Schrankenauslegung abgerückt sind und dieses Dogma erheblich aufgeweicht haben, beginnen nunmehr auch in der Literatur die Stimmen zu überwiegen, die

- 1506 BGH, GRUR 1985, 874, 875 – *Schulfunksendung*; BGHZ 134, 250, 263 = GRUR 1997, 459, 462 – *CB-Infobank I*; BGHZ 144, 232, 235 f. = GRUR 2001, 51, 52 – *Parfumflakon*.
- 1507 Dies betonen namentlich *Hoeren*, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: FS Sandrock, S. 357, 369 f. und *Schweikart*, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 106 unter Verweis auf BGH GRUR 1983, 562, 564 – *Zoll und Finanzschulen* (analoge Anwendung von § 52 Abs. 1 UrhG immerhin in Erwägung gezogen); BGHZ 99, 162, 164 = GRUR 1987, 362, 363 – *Filmzitat* (analoge Anwendung des § 51 Nr. 2 UrhG auf Filmwerke) und BGH GRUR 1994, 45, 47 – *Verteileranlagen* (Schranken »einer entsprechenden Anwendung nur in seltenen Fällen zugänglich«).
- 1508 Fromm-Nordemann-Nordemann, Urheberrecht, Vor § 45, Rn. 3; Loewenheim-Götting, Handbuch des Urheberrechts, § 30, Rn. 4; Möhring-Nicolini-Nicolini, UrhG, § 45, Rn. 2; Schricker-Melichar, Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 15 ff. m.w.N. (der dieser Maxime nunmehr nur noch mit Einschränkungen folgen möchte, sie sei »cum grano salis zu nehmen«).
- 1509 Loewenheim-Götting, Handbuch des Urheberrechts, § 30, Rn. 4; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 86.
- 1509 BVerfGE GRUR 2001, 149 ff. – *Germania III*. Zustimmend *Raue*, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen, in: FS Nordemann, S. 327, 331 ff. und 339; kritisch: *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 518.
- 1510 So hält der BGH in seiner viel beachteten Entscheidung BGHZ 151, 300, 312 = GRUR 2002, 963, 966 – *Elektronischer Pressespiegel*, s. dazu etwa *Hoeren*, GRUR 2002, 1022 ff.; *Raue*, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen, in: FS Nordemann, S. 327, 329 ff. sowie *Wandtke*, GRUR 2002, 1, 6, im Grundsatz zwar äußerlich an einer engen Schrankenauslegung fest, will aber bei der Frage einer *ausnahmsweise extensiven Auslegung* einer Schrankenbestimmung insbesondere berücksichtigen, wie sich die Geltung der Schranke auf die Interessen des Urhebers auswirkt. Danach spiele es für die Auslegung der Schrankenregelung auch eine Rolle, wenn ausnahmsweise die Anwendung der Schranke (durch Gewährung eines kollektiv wahrgenommenen Vergütungsanspruchs) den Urheber besser stelle als die Geltung des Ausschließlichkeitsrechts. Laut BGH kann daher eine extensive Schrankenauslegung in Betracht kommen, wenn in der Rechtswirklichkeit eine enge Auslegung der Schrankenbestimmung im Allgemeinen dazu führen würde, »dass dem Urheber weder der Vergütungsanspruch noch das Ausschließlichkeitsrecht zustünde«. Darüber hinaus seien in »jedem Fall (...) neben den Interessen des Urhebers die durch die Schrankenbestimmungen geschützten Interessen zu

eine enge Schrankenauslegung infragestellen¹⁵¹¹. Die von den Kritikern einer engen Schrankenauslegung vorgebrachten Einwände sind dabei sowohl verfassungsrechtlicher als auch methodologischer Natur. In verfassungsrechtlicher Hinsicht argumentieren sie, dass die wirtschaftliche Partizipation des Urhebers an der Werknutzung zwar zu den konstituierenden Merkmalen des Urheberrechts als Eigentum im Sinne der Verfassung gehören mag, dass umgekehrt aber auch an der Nutzung eines geschützten Werkes verfassungsrechtlich verankerte Interessen der Nutzer bzw. der Allgemeinheit bestehen können¹⁵¹². Diese gegenläufigen Verfassungsrechtspositionen stünden zur Eigentumsgarantie in einem »Verhältnis

beachten und ihrem Gewicht entsprechend für die Auslegung der gesetzlichen Regelung heranzuziehen.«. Schon mit der Entscheidung BGHZ 150, 6, 8 = GRUR 2002, 605 f. – *Verhüllter Reichstag*, hatte der BGH klargestellt, dass die grundsätzlich enge Schrankenauslegung ihren Grund weniger darin habe, dass Ausnahmenvorschriften generell eng auszulegen wären. Vielmehr beruhe dieser Grundsatz darauf, dass der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke tunlichst angemessen zu beteiligen sei und daher die ihm hinsichtlich der Werkverwertung zustehenden Ausschließlichkeitsrechte nicht übermäßig beschränkt werden dürften. Bestehe aber »beispielsweise an der Wiedergabe eines geschützten Werkes ein gesteigertes öffentliches Interesse, ist dies bei der Auslegung der Schrankenbestimmungen zu berücksichtigen und kann im Einzelfall dazu führen, dass die enge, am Wortlaut orientierte Auslegung einer großzügigeren, der verfassungsrechtlich geschützten Position des VerwerTERS Rechnung tragenden Interpretation weichen muss«. Mit der sog. *Gies-Adler*-Entscheidung hat der BGH diese Rechtsprechung fortgesetzt, s. BGHZ 154, 265 = GRUR 2003, 956, 957, und dort festgestellt, involvierte Drittinteressen müssten »schon bei der Auslegung der dem Urheber zustehenden Befugnisse, in jedem Fall aber bei der Auslegung der Schrankenbestimmungen berücksichtigt werden«; dies könne »im Einzelfall dazu führen, dass eine enge, am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung einer großzügigeren, dem Informations- und Nutzungsinteresse der Allgemeinheit Rechnung tragenden Interpretation weichen muss«.

1511 v. Becker, GRUR Int. 2004, 104, 107 f.; differenziert Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 7 (grds. enge Auslegung, ggf. aber extensive Auslegung im Lichte der jüngeren BGH-Rspr.); Geiger, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rn. 225 f.; ders., Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Hilty/Peukert, S. 143, 152 f.; ders., GRUR Int. 2004, 815, 819; Hilty, Verbotensrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325, 327 f.; Hoeren, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: FS Sandrock, S. 357, 369; Kröger, MMR 2002, 18 ff.; früh schon Löffler, NJW 1980, 201, 204; Möhring-Nicolini-Hoeren, UrhG, § 69d, Rn. 2; Pahud, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 109 ff.; ders., Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, S. 99, 130 ff.; Poeppel, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 45; Raue, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen, in: FS Nordemann, S. 327, 330 f. und 339; Rigamonti, Geistiges Eigentum, S. 136; Rigamonti, GRUR Int. 2004, 278, 284; Schricker-Wild, Urheberrecht, § 97, Rn. 23; Schweikart, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 109 ff.; Senfleben, Dreistufentest, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Hilty/Peukert, S. 159, 177.

1512 V. Becker, GRUR Int. 2004, 104, 108; Kröger, MMR 2002, 18, 20 (der in diesem Zusammenhang auf die eminente Bedeutung der in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verankerten Informationsfreiheit verweist); Pahud, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 109 f.; Schweikart, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 108, 110.

abstrakter Gleichrangigkeit«, weshalb sich folglich aus der Eigentumsgarantie eine grundsätzlich enge Schrankenauslegung nicht herleiten lasse¹⁵¹³.

In methodologischer Hinsicht verweisen die Kritiker einer engen Schrankenauslegung darauf, dass die zivilrechtliche Methodenlehre erstens einen allgemeinen Grundsatz einer engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen nicht kenne¹⁵¹⁴, und dass es sich zweitens bei Schranken von ihrer Rechtsnatur her bereits gar nicht um Ausnahmenvorschriften handle. Es müsse vielmehr zunächst durch Auslegung ermittelt werden, ob es sich bei der jeweiligen Schranke um eine Ausnahmenvorschrift im Sinne dieser Auslegungsregel handle oder nicht¹⁵¹⁵. Der Wortlaut des Gesetzes gebe insoweit nur bedingt Aufschluss¹⁵¹⁶. Denn nicht selten sei es nur eine Frage der Gesetzestchnik, ob der Gesetzgeber eine von ihm beabsichtigte Einschränkung des Anwendungsbereichs einer Norm sogleich in einer quasi allumfassenden Norm vorsehe, oder ob er diese Einschränkung erst nachträglich mittels eines einschränkenden Rechtssatzes realisiere¹⁵¹⁷. Im letzteren Fall wird der Anwendungsbereich der Norm dann durch eine positive und eine gleichwertige »negative Geltungsanordnung« definiert¹⁵¹⁸.

1513 *Pahud*, Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, S. 99, 134 f. Das Gleiche muss dann konsequenterweise auch für eine Auslegung »in dubio pro libertate« gelten. Diese ist aus verfassungsrechtlicher Sicht ebenso wenig haltbar wie eine Auslegung »in dubio pro auctore«, dazu auch *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 107.

1514 Gegen einen allgemeinen Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen sprechen sich beispielsweise folgende Vertreter der heutigen Methodenlehre aus: *Bydlin-ski*, Methodenlehre, S. 81, 232, 440; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 129 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 175 f. Auch die jüngere BGH-Rechtsprechung weist regelmäßig darauf hin, dass der Grundsatz der engen Schrankenauslegung seinen Grund weniger darin habe, dass Ausnahmenvorschriften generell eng auszulegen wären, vielmehr beruhe dieser Grundsatz darauf, dass der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke tunlichst angemessen zu beteiligen sei und daher die ihm hinsichtlich der Werkverwertung zustehenden Ausschließlichkeitsrechte nicht übermäßig beschränkt werden dürften, s. z.B. BGHZ 150, 6, 8 = GRUR 2002, 605 f. – *Verhüllter Reichstag*. Siehe aus der Urheberrechtswissenschaft dazu: Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 7; *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 328 m.w.N.; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 109 ff.; *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511, 514; *Schrickler-Melichar*, Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 15a.

1515 *Pahud*, Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, S. 99, 135; *Schweikart*, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 108 f.; vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 175 f.

1516 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 175.

1517 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 175 f.; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 110. Vgl. BVerfGE 49, 382, 393 – *Kirchenmusik* = GRUR 1980, 44, 46: »Das Verwertungsrecht der öffentlichen Wiedergabe steht dem Urheber von vornherein nur in den durch § 52 Abs. 1 gezogenen Grenzen zu. Es handelt sich um eine Frage der Gesetzestchnik, wenn das Gesetz das Verwertungsrecht zunächst als umfassend formuliert, die »Schranken« dieses Rechts aber in § 52 Abs. 1 normiert.«.

1518 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 175 f.

So gesehen lässt sich für das Urheberrecht die Auffassung vertreten, dass sich die vom Gesetzgeber mit den weit gefassten Verwertungsrechten und den einschränkenden Schrankenbestimmungen verfolgte Konzeption erst dann richtig erschließt, wenn man sie als Kombination zweier Rechtsgedanken begreift, nämlich dem des Urheber- und dem des parallel dazu erfolgenden Nutzerschutzes¹⁵¹⁹. Bei dieser Sichtweise sind *Schranken* dann nicht Ausnahmen vom urheberrechtlichen Schutz, sondern lediglich *Bestimmungen, die Inhalt und immanente Grenzen des Urheberrechts festlegen*¹⁵²⁰.

1519 Eine Kombination dieser beiden Rechtsgedanken findet sich dabei nicht allein im Rahmen der Schranken. Wie in der Einleitung zu Kap. 5 D. II. bereits festgestellt, kann man in zahlreichen weiteren urheberrechtlichen Bestimmungen und Dogmen einen Ausgleich des Urheber- und des Nutzerschutzgedankens erkennen. Genannt seien hier die Idee-/Form-Dichotomie, die Unterscheidung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung (s. im deutschen Recht §§ 23/24 UrhG), § 95b Abs. 2 UrhG und nicht zuletzt die begrenzte Schutzdauer als solche. Daran anknüpfend kann der mit der Auslegung des geltenden Urheberrechts befasste Rechtsanwender nach der hier vertretenen Auffassung schon heute davon ausgehen, dass das Urheberrecht sowohl den Schutz des Urhebers als auch den des Nutzers bezweckt. Bei Zugrundelegung einer *auch* objektiven Auslegungsmethode (dazu noch näher unten) ist es nicht ungewöhnlich, dass der dem Gesetz innewohnende Sinn und Zweck reicher und weiter sein kann, als sich der historische Gesetzgeber seinerzeit gedacht haben mag, vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 115. Die Zwecke eines Gesetzes sind nicht statisch, sondern einem steten Wandel unterworfen. Als objektiv-teleologische Kriterien müssen sie dem Gesetzgeber selbst dabei nicht von vornherein bewusst gewesen sein. Es ist nicht unüblich, dass solche Regelungsprinzipien mitunter auch erst nachträglich von der Wissenschaft herausgearbeitet werden, vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 154 u. 157.

1520 In diesem Sinne etwa *Dusollier*, IIC 2003, 62, 73 (»the exception is a natural boundary to the monopoly power of the author. Many European copyright acts formulate exceptions as «the author is not entitled to prohibit ...«. In my view, it should mean that the author does not have the power to interfere with the legitimate exercise of an exception, be it by enforcement of her rights before a court, by a contract or with a technical device. Her exclusive rights stop where the exception starts.«); *Geiger*, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 143, 150 f.; *Hugenholz*, Adapting Copyright to the Information Superhighway: in: *The Future of Copyright in a Digital Environment*, S. 81, 94 f.; vgl. auch *Schricker*, GRUR 1992, 242, 246, demzufolge das Allgemeininteresse »nicht nur Schranke, sondern auch Schutzgrund des Urheberrechts« zu sein hat. Eine interessante Frage in diesem Zusammenhang ist, inwiefern sich diese immanenten Beschränkungen des Urheberrechts aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums ableiten lassen. So könnte man sich fragen, ob nicht bereits die Vorstellung an sich unbeschränkter ausschließlicher Nutzungsrechte, die von außen her Einschränkungen erfahren, der Idee von der Sozialpflichtigkeit des Eigentums widerspricht. Mittels dieser Argumentation ließe sich unter Umständen nachweisen, dass alle im Interesse der Nutzer bzw. der Allgemeinheit gesetzten urheberrechtlichen Schrankenregelungen im Urheberrecht als Eigentum im Sinne der Verfassung selbst angelegt sind und seinem innersten Wesen entstammen, vgl. in diese Richtung schon *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 15 f., in einem 1889 gehaltenen Vortrag im Streit um die eher individualistische oder stärker sozialbezogene Ausrichtung des BGB, siehe dazu auch *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 11 ff, 154.

Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass es sich bei einer Schranke im Einzelfall nicht nur um eine Ausnahme »der Formulierung, sondern auch der Sache nach« handelt¹⁵²¹. Von einer Ausnahme »der Sache nach« sprechen *Larenz/Canaris* dort, »wo das Gesetz eine Regel, der es in möglichst weitem Umfang Geltung zu verschaffen sucht, für bestimmte, meist eng umgrenzte Fälle durchbrochen hat, weil ihre Durchführung auch in diesen Fällen dem Gesetzgeber wenig praktikabel oder als unangebracht erschien und er deshalb hier glaubte, darauf verzichten zu können.«¹⁵²². Nur in diesem Fall wollen *Larenz/Canaris* der Regel von der grundsätzlich engen Auslegung von Ausnahmen einen »beschränkten Wert« zuerkennen¹⁵²³. Es müsse »vermieden werden, daß durch eine allzu weite Auslegung der Ausnahmebestimmungen oder durch deren analoge Anwendung die Regelungsabsicht des Gesetzgebers schließlich in ihr Gegenteil verkehrt wird.«¹⁵²⁴. *Larenz/Canaris* betonen, dass dies aber gerade nicht bedeute, dass die Ausnahmebestimmung »so eng wie möglich« auszulegen oder selbige nicht analogiefähig sei¹⁵²⁵. Auch bei einer Ausnahmenvorschrift sei der Sinn und Zweck der jeweiligen Norm zu bestimmen¹⁵²⁶.

Das Gebot, ein vom Gesetzgeber vorgesehenes Regel-Ausnahme-Verhältnis zu wahren, darf daher nicht dazu verleiten, den formalen Ausnahmecharakter einer Schranke als Ausdruck einer Wertung zugunsten der Urheberinteressen misszuverstehen¹⁵²⁷. Ein Gesetzgeber erlässt eine Ausnahmebestimmung schließlich nicht deshalb, weil er das dadurch geschützte Interesse der Nutzer bzw. der Allgemeinheit von vornherein als minderwertig erachtet¹⁵²⁸. Vielmehr kann es sein, dass der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen gerade das durch eine Ausnahmebestimmung geschützte Interesse als wichtiger erachtet und ihm deshalb den Vorrang vor den Interessen des Urhebers bzw. VerwerTERS einräumt¹⁵²⁹.

1521 Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176.

1522 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176. Mit Blick auf die Gründe, die den Gesetzgeber seinerzeit zur Statuierung der Privatkopieschranke bewogen haben (nämlich die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung eines Verbots der privaten Vervielfältigung, s. *Schricker-Loewenheim*, Urheberrecht, § 53, Rn. 3 ff.), liegt es nahe, zumindest in dieser Schrankenregelung eine Ausnahme der Sache nach zu erkennen.

1523 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176.

1524 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176.

1525 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176.

1526 *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 440, demzufolge das »alte Rezept« verfehlt sei, Ausnahmenvorschriften eng auszulegen. »Heute ist längst mit Recht anerkannt, daß auch Ausnahmeregeln (im Rahmen ihrer engeren »ratio legis«) der ausdehnenden Auslegung und auch der Analogie fähig sind.«; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176: »Entscheidend ist auch hier wieder der Grund, aus dem der Gesetzgeber gerade diese Fälle ausgenommen hat.«; *Pahud*, Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, S. 99, 136; *Raue*, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen, in: FS Nordemann, S. 327, 339.

1527 *Macciachini*, Urheberrecht und Meinungsfreiheit, S. 47.

1528 So *Macciachini*, Urheberrecht und Meinungsfreiheit, S. 47.

1529 *Macciachini*, Urheberrecht und Meinungsfreiheit, S. 47; *Pahud*, Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, S. 99, 136 f.

Ob im konkreten Einzelfall die Regel oder die Ausnahme gelten soll, ergibt sich daher immer erst im Wege der Auslegung. Durch sie – und nicht durch Anwendung der verfehlten starren Auslegungsregel »in dubio pro auctore« – ist unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Auslegungsgesichtspunkte der Sinn und Zweck der jeweiligen Schrankenbestimmung zu ermitteln¹⁵³⁰.

Die Suche nach der »Ratio« einer Schranke (bzw. des Urheberrechts allgemein) muss dabei keineswegs retrospektiv beim Willen des historischen Gesetzgebers stehen bleiben¹⁵³¹. Ganz im Gegenteil: Der Rechtsanwender ist vielmehr aufgerufen, neben einer subjektiven auch eine objektive Auslegungsmethode anzustrengen¹⁵³², um auf diese Weise zu zeit- und sachgemäßen Auslegungsergebnissen zu gelangen. Ziel der Gesetzesauslegung ist demnach nicht allein die Ermittlung des »wirklichen Willens« des historischen Gesetzgebers, der schlechterdings nicht ahnen konnte, welchen Herausforderungen sich das Urheberrecht durch Digitalisierung und Internet eines Tages ausgesetzt sehen würde, sondern mit *Larenz/Canaris* der heute rechtlich maßgebliche, also normative Sinn des Gesetzes¹⁵³³. Nur so kann das Urheberrechtsgesetz der dynamischen technischen Entwicklung gerecht werden.

- 1530 *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 327 f.; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 111 f. (»Die Ausnahmenvorschrift ist restriktiv, extensiv oder analog anzuwenden, je nachdem, was ihrem objektivem Sinn entspricht.«).
- 1531 Vgl. auch das in Kap. 2 A. II definierte Verständnis des Zweckbegriffs. Zweckorientiertes Denken wird danach in dieser Arbeit verstanden als die Suche sowohl nach der Ursache, als auch auf Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft ausgerichtet nach der Finalität des Urheberrechts, vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV., S. 365, im Anschluss an *Jherings* zweifaches Zweckverständnis (»causa efficiens« und »causa finalis«).
- 1532 Siehe zu der bereits seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts im Schrifttum andauernden, rechtsphilosophischen und -methodologischen Kontroverse zwischen den Vertretern der »subjektiven Theorie« (auch »Willentheorie«) und den Vertretern der »objektiven Theorie« (auch »Theorie der immanenten Gesetzesdeutung«) näher *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 428 ff.; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 112 ff. und *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 137 ff. jeweils m.w.N., siehe v.a. S. 137 f. bei *Larenz/Canaris*, deren vermittelnder Sicht hier gefolgt wird: »Jeder der beiden Theorien liegt eine Teilwahrheit zugrunde (...) Die Wahrheit der objektiven Theorie ist, daß ein Gesetz, sobald es angewandt wird, eine ihm eigene Wirksamkeit entfaltet, die über das hinausgeht, was der Gesetzgeber beabsichtigt hatte. Das Gesetz greift in mannigfache und sich wandelnde Lebensverhältnisse ein, die der Gesetzgeber nicht alle zu übersehen vermochte; es gibt Antwort auf Fragen, die der Gesetzgeber sich noch nicht gestellt hat. Es gewinnt so mit der Länge der Zeit mehr und mehr gleichsam ein eigenes Leben und entfernt sich damit von den Vorstellungen seiner Urheber. Insoweit verhält es sich mit einem Gesetz nicht anders als mit anderen Geisteswerken.«.
- 1533 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 138 f., betonen aber (S. 139), dass sich dieser »rechtlich als maßgeblich zu erachtende Sinn des Gesetzes (...) nur unter Berücksichtigung auch der Regelungsabsichten und der konkreten Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers, keinesfalls unabhängig davon« feststellen lasse; s.a. *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 436, demzufolge ebenfalls »die heute rechtlich maßgebenden relevanten Sinngehalte der Norm zu suchen sind«. Im Sinne einer möglichst zeitgemäßen, flexiblen Auslegung auch *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 328; *Kröger*, MMR 2002, 18, 20 f. (»Die digitale Technologie wird in der historischen Perspektive –

bb) Schrankenauslegung im Lichte der vorgeschlagenen Normzweckklausel

Wie gesehen bedürfen Schranken wie jede andere Norm auch der Auslegung. Die juristische Methodenlehre hat dafür mit der grammatischen, der historischen, der systematisch-logischen sowie der objektiv-teleologischen die geeigneten methodischen Gesichtspunkte entwickelt¹⁵³⁴. Das objektiv-teleologische Auslegungselement kommt dabei vor allem dann ins Spiel, wenn der Wortsinn und der Bedeutungszusammenhang einer Schrankenregelung mehrere Deutungsmöglichkeiten offen lassen – oder sich durch die Technik neu eröffnete Nutzungsmöglichkeiten nicht unter dem im analogen Zeitalter formulierten Gesetzestext subsumieren lassen –, und sich ferner das Normverständnis des historischen Gesetzgebers nicht zweifelsfrei feststellen lässt¹⁵³⁵. In diesen Fällen ist notwendigerweise der einer Schranke zugrundeliegende Sinn und Zweck zu ermitteln, wobei davon auszugehen ist, dass der Zweck von Schranke zu Schranke stark divergiert.

Will man verhindern, dass eine solche normzweckorientierte Auslegung der einzelnen Schrankenregelung nicht dem Gutdünken des Auslegenden anheimfällt, empfiehlt es sich, dem Rechtsanwender mittels einer Normzweckklausel¹⁵³⁶ die dem Urheberrecht allgemein zugrundeliegenden Normzwecke und Regelungsprinzipien als Auslegungskriterien an die Hand zu geben. Die auf diese Weise vermittelten Auslegungsparameter vermögen den Auslegungsprozess zu strukturieren und zu ordnen. Zugleich versetzen sie den Richter in die Lage, im

dies lässt sich schon heute sagen – eine besonders bahnbrechende Bedeutung haben. In einer derartigen Situation ist ein – geradezu nach außen getragenes – statisches Verständnis von Rechtsregeln ein Anachronismus, der der tatsächlichen Anpassungsfähigkeit von urheberrechtlichen Normen gegenüber dem technologischen Fortschritt nicht gerecht wird.«). Vorsichtig in diese Richtung neuerdings auch (im Gegensatz zur Voraufgabe) Schricker-Melichar, Urheberrecht, Vor §§ 44a ff., Rn. 15b. Siehe aber die früher vorherrschende Meinung, BGHZ 17, 266 – *Grundig-Reporter* = GRUR 1955, 492, 497, wonach der mit einer Ausnahmebestimmung verfolgte Zweck »nur aus der tatsächlichen und rechtlichen Lage, die der Gesetzgeber bei Erlass dieser Bestimmung vorfand, entnommen werden« könne.

1534 Siehe dazu statt vieler *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 133 ff.

1535 Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 140.

1536 Ein Formulierungsvorschlag für eine solche Normzweckklausel wurden oben Kap. 5. D. II. 1. unterbreitet. Der Einfachheit halber sei dieser hier erneut wiederholt, § 1 Abs. 1 UrhG de lege ferenda: »Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst sowie deren Nutzer genießen Schutz aufgrund und nach Maßgabe dieses Gesetzes.«, § 1 Abs. 2 UrhG de lege ferenda: »Das Urheberrecht schützt die ideellen Interessen des Urhebers in Bezug auf sein Werk (*Prinzip der persönlichkeitsrechtlichen Interessenwahrung*) und dient zudem der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes (*Alimentations- und Amortisationsprinzip*). Zugleich schützt es das individuelle Selbstbestimmungs- sowie das Zugangs- und Verwendungsinteresse der Werknutzer, 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 (*Partizipationsprinzip*). Durch das Urheberrecht soll damit der kulturelle, wissenschaftliche und wirtschaftliche Fortschritt gefördert und eine offene, insbesondere durch autonome Selbstbestimmung, Pluralismus und kulturelle Vielfalt geprägte, Kultur verwirklicht werden.«.

konkreten Einzelfall Wertungsspielräume und Regelungslücken transparent und sachgerecht zu füllen¹⁵³⁷. Eine explizite Benennung der bei einer Auslegung des Urheberrechts generell zu berücksichtigenden Gesichtspunkte verspricht zudem, die Rechtsanwendung zu vereinheitlichen und zu versachlichen¹⁵³⁸. Insofern kann das Aufzeigen des über die einzelne Schrankenregelung hinausgehenden normativen Sinnzusammenhangs im Idealfall die Rechtssicherheit erhöhen und namentlich die mit großer Heftigkeit geführte Diskussion über die »richtige« Schranken- auslegung rationalisieren.

Bei der Anwendung der Normzweckklausel sind dabei die Positionen der einzelnen Normzwecksubjekte idealerweise zu einem schonenden Ausgleich zu bringen, so dass jedem Normzweck maximale Geltung widerfährt und – in verfassungsrechtlicher Terminologie gesprochen – »praktische Konkordanz« erreicht wird¹⁵³⁹. Übergeordneter Maßstab für die einzelfallorientierte Abwägung der involvierten Interessen können dabei neben den Grund- und Menschenrechten¹⁵⁴⁰ diejenigen Wert- und Zielvorstellungen sein, die in der mit dieser Arbeit vorgeschlagenen Normzweckklausel bzw. Präambel aufgeführt werden. Im Zuge einer solchen normativ-normzweckorientierten Interessenabwägung darf allerdings nie aus den Augen verloren werden, dass die Schranken das Ergebnis einer vom Gesetzgeber vorgenommenen und damit grundsätzlich abschließenden Güterabwägung darstellen¹⁵⁴¹. Für eine freischwebende – letztlich systemsprengende – richterliche Güter- und Interessenabwägung im Lichte verfassungsrecht-

1537 Auch im UWG wird die Funktion der Schutzzweckbestimmung ganz ähnlich darin gesehen, den Richter in die Lage zu versetzen, Wertungen für die Beurteilung von Wettbewerbshandlungen mit sachgerechten Maßstäben transparent zu machen, s. Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 4; Beater, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 35. Abgesehen davon soll die wettbewerbsrechtliche Schutzzweckbestimmung dem Richter einen verlässlichen und zugleich bindenden Maßstab für die (teleologische) Auslegung und Fortbildung des UWG geben, Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 1, Rn. 4.

1538 Vgl. auch insoweit die überaus aufschlussreiche Literatur zur wettbewerbsrechtlichen Schutzzweckklausel, siehe z.B. Beater, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 31: »Das Nachdenken darüber, welchen Schutzzwecken das UWG dient und welchen Inhalt diese Schutzzwecke haben, kann die Rechtsanwendung versachlichen und namentlich die Entscheidungen zu § 1 UWG (also der seinerzeitigen Generalklausel, Anm. d. Verf.) auf rationale Beine stellen.«, und ders. S. 212: »Schutzzwecke dienen in materiell-rechtlicher Hinsicht dazu, folgerichtige und auf einheitlichen Wertungen basierende Ergebnisse zu erreichen und deren Maßstab offenzulegen.«.

1539 Siehe so bereits oben im Zusammenhang mit der Frage, in welchem Verhältnis der Urheber- und der Nutzerschutz in dem hier verfolgten Modell zueinander stehen, s. Kap. 5 C. II. 2.

1540 Siehe dazu Geiger, GRUR Int. 2002, 330, 332 f. und ders., Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Hilty/Peukert, S. 143, 152 f.

1541 BGHZ 150, 6, 8 = GRUR 2002, 605, 606 – *Verhüllter Reichstag*; Bornkamm, Ungeschriebene Schranken des Urheberrechts?, in: FS Piper, S. 641, 648 f.; Schack, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511, 518.

licher Vorgaben¹⁵⁴² oder eine richterliche Rechtsfortbildung in Gestalt einer neuen, allgemeinen Schranke zugunsten der Werknutzungsinteressen der »Internetgemeinde«¹⁵⁴³ ist daher schon aus verfassungsrechtlichen Gründen kein Raum¹⁵⁴⁴.

Vor diesem Hintergrund könnte man sich die Frage stellen, inwieweit de lege lata überhaupt ein Spielraum besteht für eine normzweckorientierte Auslegung. Die bloße Existenz der leidenschaftlich geführten Diskussion über die enge oder weite Schrankenauslegung im Urheberrecht ist zwar bereits ein starkes Indiz, dass ein gewisser Auslegungsspielraum innerhalb der vorgefundenen Schrankenbestimmungen gegeben sein muss. Andernfalls wäre dieser Meinungsstreit absurd. Gleichwohl erscheint es lohnend, darüber nachzudenken, ob die Ausweitung und zusätzliche Schaffung geeigneter Wertungsspielräume im Urheberrecht de lege ferenda nicht ein adäquates Mittel sein könnte, um letztlich der Rechtsprechung im Lichte der Normzweckklausel im konkreten Einzelfall eine zeitgemäße und situationsabhängige Konfliktlösung zu ermöglichen. Auch und gerade der immense Bedeutungszuwachs des Urheberrechts im digitalen Zeitalter mit sich stetig wandelnden Herausforderungen an das Urheberrecht lässt eine solche gesetzestechnische Vergrößerung der Angriffsfläche für eine Normzweckklausel (bzw. abstrakter gesprochen das Setzen auf einen dezentralen, dynamisch-evolutionistischen Lösungsansatz) sinnvoll erscheinen. Dahinter steht die Erwägung, dass die empirische Erfahrung der letzten Jahre – sowohl in den Vereinigten Staaten als auch im kontinentaleuropäischen *Droit d’auteur*-System – zeigt, dass mit

1542 Eine solche schwebt offenbar Schricker-Wild, Urheberrecht, § 97, Rn. 20 mit seinem »verfassungskonformen Interessenausgleich« vor.

1543 So auch zu Recht das LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 313, 317 – *Thumbnails*; zustimmend auch Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 7.

1544 Dagegen auch Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 481b; Schack, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 517 f.: »Wer (...) die vom Gesetzgeber definierten Schranken des Urheberrechts links liegen lässt und eine als gerecht empfundene Lösung des Einzelfalls allein durch eine verfassungsrechtliche Güterabwägung gewinnen will, macht es sich zu einfach. (...) Die Zivilgerichte sind an das Gesetz gebunden (Art. 20 III GG), auch wenn ihre Auslegung des UrhG nicht zu dem gewünschten, von ihnen allein für verfassungsgemäß gehaltenen Ergebnis führt. In solchen Fällen ist eine Vorlage an das BVerfG gemäß Art. 100 I GG geboten.«. Das bedeutet aber nicht, dass den Gerichten eine verfassungskonforme Auslegung der existierenden gesetzlichen Schrankenbestimmungen verwehrt wäre (dies betont auch Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 481b). Generell ist spätestens seit der BVerfGE *Germania III*, GRUR 2001, 149 ff., davon auszugehen, dass das Urheberrecht gegenüber grundrechtlichen Wertungen nicht immun ist, s. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 7; Geiger, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Hilty/Peukert, S. 143, 152 f.; Peukert, GRUR Int. 2002, 1012, 1020, mit der folgenden Beobachtung: »Sind die Gerichte vermehrt gezwungen, die Interessen der Allgemeinheit über verfassungsrechtliche Erwägungen zur Geltung zu bringen, dann könnte dies ein Indiz dafür sein, dass die gesetzlichen Schranken die veränderten gesellschaftlichen und technischen Gegebenheiten nicht mehr ausreichend berücksichtigen.«.

Blick auf eine vielfach diagnostizierte Störung des Interessenausgleichs im Urheberrecht in Reaktion auf die technologische Entwicklung die Tätigkeit des Gesetzgebers weitaus problematischer gewesen ist als die Tätigkeit der Gerichte, die im Rahmen der ihnen zur Verfügung stehenden Spielräume *ad hoc* im Regelfall angemessen austarierte Lösungen gefunden haben. Dies führt zu der doppelten Fragestellung, wie die Qualität der Gesetzgebung in diesem Bereich verbessert werden kann¹⁵⁴⁵ und wie die Gesetzestchnik gestaltet sein müsste, um den Gerichten Spielraum zur Annäherung an ausbalancierte Lösungen einzuräumen (dazu nun nachfolgend)¹⁵⁴⁶.

b) Stärker nutzerorientierte Ausgestaltung der Schrankenbestimmungen

Wesensgemäß bieten vor allem die Schranken zahlreiche Möglichkeiten, das Urheberrecht stärker nutzerorientiert auszugestalten. Im Folgenden soll mit der *Öffnung des bislang abschließenden Schrankenkatalogs* gleichwohl nur eine denkbare, nutzerschützende Gestaltungsoption exemplarisch auf ihre Vor- und Nachteile untersucht werden, da der Entwurf einer umfassenden Reformagenda für die Schranken den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Bevor nachfolgend also die Frage vertieft wird, wie sich die Schrankensystematik wertungsoffener und flexibler ausgestalten lässt, sollen aber einige generelle Überlegungen zu einer nutzerfreundlicheren Schrankenausgestaltung vorangestellt werden.

aa) Allgemeine Überlegungen zu einer nutzerfreundlicheren Schrankengestaltung

Eine nutzerfreundlichere Schrankenkonzeption verlangt sowohl eine formale, gesetzesteknische Bereinigung als auch eine sachlich-inhaltliche Revision der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen.

Die bestehenden Schranken des deutschen Urheberrechts¹⁵⁴⁷ sind *in formaler Hinsicht revisionsbedürftig*, weil sie über die Jahre zu komplex und kasuistisch geraten sind. Durch die Einfügung neuer, teils sprachlich verunglückter Schranken wie § 52a UrhG oder das Hinzufügen immer neuer Tatbestandsmerkmale, wie etwa in § 53 Abs. 1 und 2 UrhG, sind die Schrankenbestimmungen zu lang, zu

1545 Dieser Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Siehe dazu aber *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 485.

1546 Vgl. *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 486 ff..

1547 Die in Art. 5 der Informationsgesellschafts-Richtlinie vorgesehenen »Ausnahmen und Beschränkungen« sind insoweit freilich wenig besser.

ausdifferenziert und damit auch zu kompliziert geworden¹⁵⁴⁸. Die missglückte Regelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG dürfte daher nach den letzten beiden Gesetzesnovellierungen für den juristischen Laien (und vermutlich nicht nur für ihn) kaum noch verständlich sein. Die allzu problem- und interessensspezifischen Schrankenbestimmungen, die immer weniger auf einer wohlerwogenen Gesetzgebungstechnik, denn auf der Durchsetzungskraft der jeweiligen Lobbys beruhen¹⁵⁴⁹, bedürfen daher im Interesse des Nutzerschutzes dringend einer grundlegenden Neuordnung¹⁵⁵⁰. Sie sind zu straffen, zu vereinfachen und allgemeinverständlicher zu gestalten¹⁵⁵¹. Ein jeder Werknutzer sollte in der Lage sein, stets eindeutig zu erkennen, welche Nutzung noch legal und welche nicht mehr legal ist. Ein Recht, dass diese Entscheidung dem juristischen Laien nicht mehr erlaubt oder maßgeblich erschwert, verliert zwangsläufig an Legitimität. Nutzerschutz heißt somit auch Abbau von Verständnisbarrieren und Erhöhung von Transparenz und Nachvollziehbarkeit für den einfachen Rechtsanwender¹⁵⁵².

Zugleich sind die Schranken – sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene – knapper und wertungsoffener zu gestalten, damit im Konfliktfall die Rechtsprechung im Rahmen des ihr zur Verfügung stehenden Spielraums zeitge-

1548 Kritisch auch *Lehmann*, Ausschließlichkeitsrechte, Vergütungsansprüche und zwingende Mindestnutzerrechte in einer digitalen Welt, in: FS Nordemann, S. 43, 47; *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 520, der in diesem Zusammenhang vollkommen zu Recht beklagt, dass sich dadurch der »Auslegungsspielraum der Gerichte stetig weiter verkleinert« hat.

1549 *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 520 f. Siehe zu den Anforderungen an eine qualitativ hochwertige Gesetzgebungstechnik aus historischer Sicht *Mertens*, Gesetzgebungstechnik im Zeitalter der Kodifikationen, 268 ff., 354 ff., 380 ff.

1550 Vgl. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Einl. Rn. 28, der einen »Verlust der Gesetzessystematik durch allzu problem- und interessensspezifische Regelungen« befürchtet und angesichts der Krise des Urheberrechts »sachgerechte, hinreichend transparente und in ihrer Ausdifferenzierung nicht zu komplexe Regelungen« anmahnt. *Lehmann*, Ausschließlichkeitsrechte, Vergütungsansprüche und zwingende Mindestnutzerrechte in einer digitalen Welt, in: FS Nordemann, S. 43, 47 f., kritisiert ebenfalls die »aktuelle Flickschusterei« und mahnt eine partielle »Neukodifikation unseres Urheberrechts« an, also »eine klare, unzweideutige Einteilung der Ausschließlichkeitsrechte der Schutzrechtsinhaber einerseits, und eine positive, für jeden normalen Nutzer nachvollziehbare Festlegung seiner Mindestrechte andererseits«.

1551 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 487.

1552 Die Forderung, Verständnisbarrieren abzubauen, ist dabei keineswegs neu. Ihr sieht sich der Gesetzgeber schon seit Längerem ausgesetzt. Bereits 1911 wies *Hansen* auf die schwierige Zugänglichkeit der Materie hin. *Hansen* kritisierte die damalige urheberrechtliche Regulierung folgendermaßen: »(...) sehr lange dauert es und außerordentlich schwer wird es dem gewissenhaften Richter gemacht, weil er plötzlich abseits von der schönen grünen Wiese des Bürgerlichen Gesetzbuches in einem ihm völlig fremden, urwaldartigen, undurchdringlichen und undurchsichtigen Gehölz spazieren gehen soll.«, *Hansen*, Urheber-, Verlags- und Preßrecht, S. IV.

mäße und einzelfallgerechte Lösungen herbeiführen kann¹⁵⁵³. Diese Forderung nach einer stärkeren Flexibilisierung der bislang allzu statischen Schranken¹⁵⁵⁴, die angesichts des rasanten technischen Wandels mehr denn je erforderlich ist, wird nachfolgend anhand des Vorschlags einer generalklauselartigen Öffnung des Schranken catalogs noch zu vertiefen sein.

Darin sollte sich die sachlich-inhaltliche Revision aus Nutzersicht aber freilich nicht erschöpfen. Hinsichtlich der digitalen Privatkopie (§ 53 UrhG) beispielsweise wird der Gesetzgeber auf Dauer nicht umhin kommen, die digitale private Vervielfältigung in eng begrenztem Umfang als Nutzerrecht auszugestalten¹⁵⁵⁵. Dies gilt zumindest dann, wenn man sich das hier zugrundelegte normative Leitbild des aktiven und *selbstbestimmten* Nutzers zu eigen macht¹⁵⁵⁶. Dieses zielt schließlich nicht allein auf die Schutzbedürfnisse der aktiven, kreativ-schöpferischen Werknutzer, sondern auch und gerade im digitalen Umfeld auf die Schutzbedürfnisse eher konsumtiver Nutzer. Ihrem schutzwürdigen Interesse an autonomer Selbstbestimmung und individueller Selbstentfaltung, an kreativer Auseinandersetzung und »communicative« bzw. »social consumption« (*Liu*¹⁵⁵⁷) wird sich der Gesetzgeber auf kurz oder lang nicht verschließen können¹⁵⁵⁸. Da diese Problematik angesichts technischer Nutzungsrestriktionen zunehmend eine Frage der rechtlichen Technikgestaltung ist, wird unter Kap. 5 D. II. 5. erneut auf sie zurückzukommen sein. Damit das Urheberrecht sowohl den Schutzbedürfnissen der Urheber als auch der aktiven und selbstbestimmten Nutzer angemessen Rechnung tragen kann, kann es sich zu guter Letzt sogar empfehlen, soweit als möglich Vergütungsansprüche anstelle von Verbotsrechten vorzusehen (Vergütungs-

1553 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 486 ff.

1554 *Hoeren*, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: FS Sandrock, S. 357, 369, bezeichnet die Schranken aufgrund ihres statischen Charakters gar als »gesetzgeberisches Fossil«. In ihnen werde ein »einmal erzielter Kompromiß (...) für alle Zeiten fixiert.«. Die Schrankenregelungen spiegelten insoweit immer noch »den Konsens der sechziger Jahre über die Wertigkeit einzelner gesellschaftlicher Interessen« wider. S.a. Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 7.

1555 *Geiger*, 1 Computer Law Review international, 7, 9 f. (2005); vgl. *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511, 520.

1556 S.o. Kap. 4 C. IV. 2. b).

1557 *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.«.

1558 Näher dazu in Kap. 4 C. IV. 2. b).

anspruch als Regel, Verbotsrecht als Ausnahme)¹⁵⁵⁹. Auf diese Weise ließe sich am ehesten die Zielvorstellung einer *offenen Kultur* verwirklichen, in der möglichst viele Inhalte erlaubnis-, aber nicht kostenfrei zugänglich sind, eine Kultur also, in der Urheber vergütet werden, aber kreatives Schaffen Dritter auch nicht unnötig und unverhältnismäßig durch urheberrechtliche Verbotsrechte be- oder verhindert wird¹⁵⁶⁰. Eine offene, partizipative Kultur kann nur dann funktionieren, wenn Nutzer frei bzw. zumindest freier als bislang sind, vorhandene Werke insbesondere kreativ-schöpferisch verwenden zu dürfen. Diesen Freiraum gewähren Liability Rules¹⁵⁶¹.

bb) Öffnung des abschließenden Schrankenkatalogs

In Übereinstimmung mit dem herkömmlichen urheberzentrierten und letztlich verwerterfreundlichen Paradigma ist der bestehende urheberrechtliche Schrankenkatalog nicht offen, sondern abschließend konzipiert. Der deutsche Gesetzgeber hat sich damit gegenwärtig für das Enumerationsprinzip und nicht für eine Schrankengeneralklausel entschieden. Gleiches gilt für das europäische Urheberrecht. So heißt es in Erwägungsgrund 32 der sog. »Informationsgesellschafts-Richtlinie«¹⁵⁶²: »Die Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe sind in dieser Richtlinie erschöpfend aufgeführt.«¹⁵⁶³.

Vor dem Hintergrund des hier verfolgten normativ-normzweckorientierten Ansatzes, der den Schutz der Urheber- und Nutzerinteressen prinzipiell auf eine Stufe stellt und deren Ausgleich im Einzelfall über die in der vorgeschlagenen Normzweckklausel aufgeführten Ziel- und Wertvorstellungen sucht, erscheint fragwürdig, ob sich diese hermetische Konzeption aufrechterhalten lässt. Denn wenn mit diesem Lösungsansatz das Ziel verfolgt wird, die gegenläufigen Interessen von Urhebern und Nutzern im verfassungsrechtlich zulässigen Rahmen so zuzuordnen, dass jedes Normzwecksubjekt die tatsächliche Chance auf eine Rea-

1559 Vgl. *Huuskonen*, Copyright, Mass Use and Exclusivity, S. 243: »The compensation has become the core. Although not attempted here, it would be feasible to outline a copyright system with compensation as the core and exclusivity as an exception.«. Siehe zur Diskussion Property Rule versus Liability Rule auch schon ausführlich oben in Kap. 4 C. I. 4. b) aa) (2).

1560 S. zur Zielvorstellung einer offenen Kultur oben Kap. 4 C. IV. 2. a).

1561 Für die weiteren Pro- und Contra-Argumente in Bezug auf Liability Rules wird hier vollumfänglich verwiesen auf Kap. 4 C. I. 4. b) aa) (2).

1562 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

1563 Der Bestandsschutz für einige bereits existierende nationale Schranken von geringer Bedeutung, die nur die analoge Nutzung betreffen, über die »kleine Generalklausel« in Art. 5 Abs. 3 lit. o) der Informationsgesellschafts-Richtlinie 2001/29/EG soll hier der Vollständigkeit halber zwar erwähnt, aber nicht weiter verfolgt werden.

lisierung seiner berechtigten Interessen erhält, dann spricht dies für eine Öffnung des Schrankenkatalogs, damit die Gerichte ggf. flexibel und einzelfallgerecht entscheiden können. Eine stärkere Rolle für die unabhängige Richterschaft erscheint dabei im Interesse der Nutzer und der Allgemeinheit auch in rechtspolitischer Hinsicht erstrebenswert, da ein gerechter Interessenausgleich durch die – von gut organisierten Lobbyverbänden der Verwerterindustrie vielfach einseitig beeinflusste – Gesetzgebung offenbar immer weniger gewährleistet ist¹⁵⁶⁴.

(1) Vor- und Nachteile eines abschließenden Schrankenkatalogs

Der abschließende Charakter des Schrankenkatalogs ist vielfach auf Kritik gestoßen und seine Öffnung gefordert worden¹⁵⁶⁵. Zwar spricht für das Enumerationsprinzip das Argument der Rechtssicherheit¹⁵⁶⁶. Dieser Vorzug geht allerdings zu

1564 Vgl. *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325, 328, der ebenfalls die Auffassung vertritt, dass primär die Rechtsprechung die Last zu tragen habe, das entstandene Interessenungleichgewicht wieder ins Lot zu bringen. Wenn in Zukunft somit verstärkt die Judikative gefordert sein wird, den Interessenausgleich herbeizuführen, den die Legislative nicht oder nur zur unzureichend zustande gebracht hat, dann schließt sich daran die Frage an, ob man diese Herkulesaufgabe nicht einer stärker spezialisierten Richterschaft überantworten sollte. Dies würde für die ausschließliche erstinstanzliche sachliche Zuständigkeit spezialisierter Urheberrechtskammern bei den Landgerichten sprechen. Zu erwägen ist daher im deutschen Recht eine Änderung des § 105 UrhG bzw. eine Ergänzung des § 71 Abs. 2 GVG, der die Landgerichte für urheberrechtliche Streitigkeiten dann ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes für ausschließlich zuständig erklären müsste. Siehe gegen eine verstärkte Verlagerung des Interessenausgleichs auf die Judikative aber z.B. *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 510.

1565 *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rn. 420; *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 386; *Hilty*, MMR 2004, 713, 714; *Hoeren*, MMR 2000, 3, 5; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 486 ff.; *Senfleben*, Three-Step Test, S. 310; siehe auch die Evaluierungsstudie zur Informationsgesellschafts-Richtlinie von *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hugenholtz et al.*, Study on the implementation and effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, S. 168. Gegen eine generalklauselartige Öffnung des Schrankenkatalogs aber etwa *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 507 ff. mit einem (nicht mehr ganz aktuellen) Überblick zum Diskussionsstand (S. 491, Fn. 1222, und S. 495 f.).

1566 *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, sieht darin seinen entscheidenden Vorteil. Auch *Hilty* begründet seine »Zurückhaltung gegenüber einem »fair-use-Ansatz« amerikanischer Spielart« damit, »dass bei einer fair-use-Klausel aus Angst vor Rechtsstreitigkeiten mangels Rechtssicherheit erwünschte Werknutzungen unterblieben«, siehe zu diesem Problem auch schon *Beldiman*, The Role of Copyright Limiting Doctrines in the Digital Age – Can their Vigor be Restored? In: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 187, 193 f. *Hilty* will daraus aber nicht die Konsequenz ziehen, dass man deshalb einen absolut geschlossenen Schrankenkatalog vorsehen müsse. *Hilty* plädiert vielmehr »für ein gemischtes System mit einem Katalog zwingender Schranken, der auch begrenztes

Lasten der immer nötiger werdenden Flexibilität und den gesteigerten Adaptionsnotwendigkeiten im Bereich der Schranken. Es erscheint fraglich, ob eine starre und schwerfällige Schrankenkonzeption in Zeiten sich ständig wandelnder Anforderungen an das Urheberrecht – zumal bei langwierigen gesetzgeberischen Novellierungsprozessen – noch die adäquate Regelungstechnik ist. Die immer kürzer werdenden Intervalle, in denen der Gesetzgeber tätig werden muss, um den Herausforderungen des digitalen Wandels durch Nachbesserungen im Bereich der Schranken Rechnung zu tragen, sprechen insoweit eine deutliche Sprache.

Darüber hinaus ist – wie *Hilty* zu Recht bemerkt hat¹⁵⁶⁷ – die Frage der Methodenehrlichkeit aufgeworfen, wenn man sich, wie etwa in Deutschland zu beobachten, einerseits auf den Standpunkt eines geschlossenen und damit erschöpfenden Schrankenkatalogs stellt, andererseits dann aber die Gerichte einzelne Schranken maßlos ausweiten lässt, bis der entsprechende Sachverhalt von der Schrankenregelung erfasst ist.

Auch erscheint die Frage berechtigt, ob das Festzurren des Schrankenkatalogs auf europäischer Ebene in rechtspolitischer Hinsicht die richtige Entscheidung gewesen ist. Natürlich soll durch eine möglichst weitgehende Schrankenvereinheitlichung die Harmonisierung des europäischen Urheberrechts vorangetrieben werden. Ob dies angesichts einer mehr oder weniger zerfaserten Aufzählung von mehr als zwanzig nicht zwingenden Schrankenregelungen gelingen kann, darf mit Fug und Recht bezweifelt werden¹⁵⁶⁸. Die Konsequenz dieser halbherzig versuchten Schrankenvereinheitlichung dürfte vielmehr das Ausbleiben des angestrebten Harmonisierungseffekts bei gleichzeitiger Einengung des Gestaltungsspielraums für den nationalen Gesetzgeber sein. Anstatt insbesondere bei der gewaltigen Herausforderung der Digitalisierung dem nationalen Gesetzgeber ein begrenztes Feld für kreatives »Experimentieren« mit neuartigen Schrankenregelungen zu belassen¹⁵⁶⁹, um so mittelfristig über einen Wettbewerb der Konzepte auch zu innovativen Lösungen für alle Mitgliedstaaten zu gelangen, schöpft Europa inso-

Wachstum zulassen müsse, so dass nicht für jeden neuen Sachverhalt jedes Mal der Gesetzgeber bemüht werden müsse«, so *Hilty* im Rahmen der Abschlussveranstaltung einer deutsch-französischen Vortragsreihe zum Urheberrecht am 13. Januar 2006 im Europäischen Patentamt in München, s. den Tagungsbericht von *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475, 493.

1567 *Hilty* zit. nach *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475, 493.

1568 *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 512, sieht in der seiner Ansicht nach schier endlosen Auflistung zulässiger Schranken ein Zeugnis »der fehlenden Harmonisierungskraft des EG-Gesetzgebers«; auch *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, Einl. Rn. 28, spricht von einer fehlgeschlagenen Harmonisierung der Schrankenbestimmungen auf EU-Ebene.

1569 Beispiele dafür finden sich bei *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 383 f. mit dem Vorschlag eines neuen § 52c UrhG betreffend die öffentliche Zugänglichmachung von wissenschaftlichen Periodikabeiträgen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind; s.a. *Hansen*, GRUR Int. 2005, 580 f. In letzterem Konferenzbericht geht es u.a. um die Schaffung einer neuartigen »Suchmaschinenschanke« vor dem Hintergrund des »Google Print Library«-Projekts. Diese Idee soll nachfolgend noch aufgegriffen werden. Nicht vertieft

fern nicht aus seiner Vielfalt, sondern setzt auf starre Uniformität und die Zementierung des Status quo. Vor diesem Hintergrund erscheint es vorzugswürdig, auf europäischer Ebene einen kürzeren, aber zwingenden Schranken katalog festzulegen, der den Mitgliedsstaaten zugleich den erforderlichen Freiraum lässt, um ggf. zusätzliche Schranken vorzusehen¹⁵⁷⁰.

(2) *Formulierungsvorschlag für einen den Schranken katalog ergänzenden Auffangklausel*

Der Spielraum für die Öffnung des Schranken katalogs ist – ganz abgesehen von den (bisher) strikten europäischen und internationalrechtlichen Vorgaben¹⁵⁷¹ – im deutschen Recht insbesondere durch verfassungsrechtliche Vorgaben eng begrenzt¹⁵⁷². So werden die Schranken des Urheberrechts gemäß dem in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG verankerten Gesetzesvorbehalt »durch die Gesetze bestimmt«, d.h. die materiell-rechtliche Inhaltsbestimmung des Eigentums obliegt der Legislative und kann grundsätzlich nicht der Judikative überlassen werden¹⁵⁷³. Es bedarf somit einer präzisen materiell-rechtlichen Festlegung der Grenzen urheberrechtlichen Schutzes durch den Gesetzgeber. Dies muss angesichts der Vielschichtigkeit potentiell privilegierungswürdiger Nutzungshandlungen aber nicht notwendig heißen, dass die Einfügung einer Auffangklausel von vornherein ausgeschlossen ist¹⁵⁷⁴, vorausgesetzt, ihr Anwendungsbereich ist ausreichend konkret bestimmt und durch geeignete Kriterien eingegrenzt. Ein vollständiger Weg-

werden kann hier die soweit ersichtlich erstmals von Hilty, s. *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski* GRUR Int. 2006, 475, 493 angeregte Differenzierungsmöglichkeit zwischen Schranken zu Lasten der Urheber und neuartigen Schranken zu Lasten der Verwerter.

- 1569 Genau in diese Richtung gehen nunmehr auch die Vorschläge in der Evaluierungsstudie zur »Informationsgesellschafts-Richtlinie«, s. *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hughenholz et al.*, Study on the implementation and effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, S. 168: »To remedy the lack of harmonisation with respect to limitations on copyright and related rights, the EC legislator might follow a two-tiered approach, which would take into account the principles of subsidiarity and proportionality. First, the current 'optional' list would need to be replaced by a shorter enumeration of mandatory limitations, reflecting fundamental freedoms, internal market considerations and the rights of European consumers. The second tier would be the adoption of an open norm leaving Member States the freedom to provide for additional limitations, subject to the three-step test and on condition that these freedoms would not have a noticeable impact on the Internal Market.«, S.a. *Senftleben*, Three-Step Test, S. 310.

- 1571 Siehe allein Erwägungsgrund 32 der sog. Informationsgesellschafts-Richtlinie.

- 1572 Ausführlich hierzu *Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 499 ff.

- 1573 *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schrickler II, S. 511.

- 1574 Vgl. *Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 500 ff.

fall des Schranken catalogs und seine Ersetzung durch eine allgemein gehaltene Schranken-Generalklausel – wie sie etwa *Hoeren* vorschlägt¹⁵⁷⁵ – würde vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund definitiv zu weit führen und brächte ein zu hohes Maß an Rechtsunsicherheit mit sich¹⁵⁷⁶. In Betracht kommt mithin in verfassungsrechtlicher Hinsicht allenfalls eine Straffung der bestehenden Schranken (siehe dazu schon vorstehend unter aa)) sowie eine Ergänzung der dann knapper ausfallenden Schrankenaufzählung um eine Auffangklausel¹⁵⁷⁷. Das Zusammenspiel beider Maßnahmen würde der Schrankensystematik die erforderliche Flexibilität verleihen, um im Interesse der Nutzer und der Allgemeinheit insbesondere auch auf jene neuartigen, teils unvorhersehbaren Problemstellungen reagieren zu können, die durch den technologischen Wandel aufgeworfen werden¹⁵⁷⁸. Für die konkrete Ausgestaltung der Auffangklausel könnte man sich am Dreistufentest orientieren¹⁵⁷⁹. Er – bzw. vor allem dessen dritte Prüfungsstufe, die als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu verstehen ist –, ließe sich zu diesem Zweck als Flexibilisierungsinstrument umfunktionieren, ähnlich wie dies namentlich bereits *Geiger*¹⁵⁸⁰ oder *Senftleben*¹⁵⁸¹ vorgeschlagen haben¹⁵⁸². Um

- 1575 Angelehnt an die Formulierung des Dreistufentests (bzw. genauer: dessen beiden letzten Stufen) schlägt *Hoeren*, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: FS Sandroock, S. 357, 371, *ders.*, MMR 2000, 3, 5, eine »Megaschranke« (sic!) vor: »Jede Nutzung von Werken sollte ohne Zustimmung des Rechteinhabers zulässig sein, die weder die berechtigten Interessen des Rechteinhabers unzumutbar beeinträchtigt noch der normalen Auswertung des Werks zuwiderläuft.«.
- 1576 Ablehnend zu dem Vorschlag von *Hoeren* auch *Spindler*, GRUR 2002, 105, 115, danach gäbe die *Hoeren* vorschwebende »Megaschranke (...) den Vorteil kontinental-europäischer Systeme preis, nicht mit einer verschwommenen, kaum von den Beteiligten zu prognostizierenden Interessenabwägung konfrontiert zu sein.«.
- 1577 Auch *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 503, geht von der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit einer Auffangklausel bei Fortbestehen der »bisherigen (überarbeiteten) Schranken« aus. Ein solches »gemischtes System« befürwortet in ähnlicher Form auch *Hilty*, s. *Hilty* gemäß eines Tagungsberichts von *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475, 493.
- 1578 Als Beispiel lässt sich hier die Zulässigkeit sog. »Thumbnails« anführen, dazu noch nachfolgend.
- 1579 Siehe Art. 5 Abs. 5 der Informationsgesellschafts-Richtlinie 2001/29/EG, Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPs, Art. 10 WCT und Art. 16 Abs. 2 WPPT. Alternativ kommt eine Ausrichtung an der in § 107 US-Copyright Act geregelten Fair Use-Doktrin in Betracht, s. mit einem daran angelehnten, denkbaren Formulierungsvorschlag *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 491 f., der diesen Ansatz ebenso wie einen am Dreistufentest angelehnten Lösungsansatz im Ergebnis aber verwirft.
- 1580 *Geiger*, Droit d'auteur et droit public à l'information, Rn. 420; *Geiger*, 1 Computer Law Review international, 7, 12 (2005), der auch m.w.N. auf das damit verbundene Risiko eingeht, dass namentlich die Verwerterindustrie den Dreistufentest für ihre Zwecke instrumentalisiert.
- 1581 *Senftleben*, Three-Step Test, S. 309 f.; *ders.*, Dreistufentest, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 174 ff.
- 1582 Siehe ganz in diesem Sinne jüngst auch die Evaluierungsstudie zur Informationsgesellschaftsrichtlinie, s. *Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hugenholtz et al.*, Study on the implementation and effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the har-

dem Bestimmtheitsgebot des Dreistufentests zu genügen¹⁵⁸³, bedürfte es dabei einer hinreichenden Präzisierung der Privilegierungszwecke¹⁵⁸⁴. Eine Auffangklausel, die sich etwa in § 61 *UrhG de lege ferenda* einfügen ließe¹⁵⁸⁵, könnte daher – eine Änderung europäischen Rechts vorausgesetzt – beispielsweise folgenden Wortlaut haben:

Sofern nicht der Anwendungsbereich einer speziellen in den §§ 44a ff. *UrhG* geregelten Schrankenbestimmung eröffnet ist, kann eine Vervielfältigung oder öffentliche Zugänglichmachung eines veröffentlichten Werkes auch dann zulässig sein, wenn sie der Berichterstattung, der Veranschaulichung im Unterricht, der

monisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, S. 168: »(...) the European legislator could consider clarifying that national lawmakers and, where relevant, national courts apply the three-step test in a flexible and forward-looking manner. This could be achieved by not interpreting the first and second steps too narrowly, and thereby making the third step, which allows a certain balancing between the interests of right holders and the needs of society, the focal point of the three-step analysis.«. Für eine solche Verlagerung des Prüfungsschwerpunkts auf die letzte Teststufe bereits *Senftleben*, Dreistufentest, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 176.

1582 An diesem scheitert der Vorschlag von *Hoeren*, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: FS Sandroock, S. 357, 371, *ders.*, MMR 2000, 3, 5, da er keinen Privilegierungszweck benennt und die von ihm verfolgte »Megaschranke« für jede Nutzung von Werken gelten lassen möchte.

1584 Siehe zu den insoweit bestehenden Anforderungen *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 385; *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325, 343 f.; *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 497 ff.; *Senftleben*, Dreistufentest, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 159, 176 ff. (S. 177: »Gegen das Bestimmtheitsgebot des Dreistufentests verstoßen Schranken des Urheberrechts (...) nur dann, wenn sie derart unklar umrissen sind, dass nicht erkennbar wird, welchem Zweck sie zu dienen bestimmt sind.«. S.a. *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 513, der hinsichtlich der in § 107 des US-amerikanischen Copyright Act privilegierten Zwecke »such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research« die Auffassung vertritt, dass diese zwar »nicht sonderlich konkret« seien, sie »aber im Zusammenspiel mit der interpretierenden Rechtsprechung und den anschließenden speziellen Schranken für die erste Stufe des Dreistufentests« genügen. Insoweit abweichend allerdings *Bornkamm*, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung, in: FS Erdmann, S. 29, 45 f.; *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 2001, 807, 808.

1585 § 61 *UrhG* ist im Zuge des Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.09.2003 aufgehoben worden. Die früher in § 61 *UrhG* vorgesehene Zwangslizenz zur Herstellung von Tonträgern ist nunmehr in § 42a *UrhG* geregelt, s. Dreier-Schulze-Schulze, *UrhG*, § 61, Rn. 1. In gesetzessystematischer Hinsicht ist der insofern »freigewordene« § 61 *UrhG* von seiner Stellung her ideal für eine Auffangklausel, da er nahtlos an die letzte Schrankeneinzelregelung anschließt und noch innerhalb des 6. Abschnitts unmittelbar vor den eher allgemeinen Vorschriften bzgl. des Änderungsverbots (§ 62 *UrhG*) und der Quellenangabe (§ 63 *UrhG*) steht. Auch *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 491, will für die von ihm erörterten – letztlich aber verworfenen – Generalklauseln bei § 61 *UrhG* ansetzen.

wissenschaftlichen Forschung oder der nicht unmittelbar zu kommerziellen Zwecken erfolgenden Bereitstellung oder Präsentation von Informationen insbesondere durch Bibliotheken, Archive und Suchmaschinen dient, und durch sie die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt wird sowie die berechtigten Interessen der Urheber und Rechteinhaber nicht ungebührlich verletzt werden.

Zur Erläuterung: Der Anwendungsbereich der hier vorgeschlagenen Auffangklausel wäre ganz offensichtlich deutlich begrenzt. Sie würde nur für bestimmte, aber längst nicht für sämtliche Verwertungshandlungen Anwendung finden. Vor allem aber würde sie dann nicht greifen, wenn an sich eine spezielle Schrankenregelung einschlägig ist, deren Anwendung nur daran scheitert, dass ein Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt ist. Sobald also einmal der Anwendungsbereich einer jenen speziellen Einzeltatbestände eröffnet ist, die die Werknutzung insbesondere zu Zwecken der Berichterstattung, der Veranschaulichung im Unterricht und der wissenschaftlichen Forschung privilegieren, wäre für einen ergänzenden Rückgriff auf die Auffangklausel kein Raum mehr. Die spezielleren Schranken gingen der Auffangklausel als *lex specialis* zwingend vor¹⁵⁸⁶. Die Sorge, dass eine Auffangklausel aufgrund dieses beschränkten Anwendungsbereichs nur eine geringe Wirkung entfalten würde¹⁵⁸⁷ oder in der Rechtspraxis gar leerlaufen würde, ist dabei unbegründet. So wird in dem hier verfolgten Lösungsansatz die Flexibilisierung der Schranken nicht nur mittels der vorgeschlagenen Auffangklausel, sondern zusätzlich durch die Straffung und wertungsoffenere Ausgestaltung der auch weiterhin bestehenden Schrankeneinzelregelungen angestrebt. Je weniger »detailversessen« und problemspezifisch aber diese Einzeltatbestände konzipiert sind – und je enger damit auch die jeweiligen Privilegierungszwecke ausfallen –, desto häufiger wird daher der Rechtsanwender auch auf die Auffangklausel zurückgreifen müssen. Zum anderen aber käme eine Auffangklausel vor allem dann zum Tragen, wenn sich neuartige privilegierungswürdige Nutzungsanliegen erst im Zuge der technischen Entwicklung bzw. des allgemeinen digitalen Wandels ergeben. Indem die Rechtsprechung hierauf situationsabhängig reagieren könnte, hätte eine Auffangklausel den Vorzug, dass nicht der Gesetzgeber für je-

1586 Vgl. *Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 503 u. 509; *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 513.

1587 S. *Schack*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II, S. 511, 513. *Schack* zufolge sei eine den Schrankenkatalog »bloß ergänzende Auffangklausel (...) letztlich nicht geeignet, größere Flexibilität zu verbürgen, da die konkreten Schrankentatbestände als *leges speciales* nach wie vor Vorrang hätten.«; s. in diesem Sinne auch schon *Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 509: »Die entscheidenden Vorteile einer Generalklausel (...) kämen in Bezug auf die weiterhin speziell geregelten, praktisch bedeutenden Verwertungssituationen nicht zum Tragen. Denn ein ergänzender Rückgriff auf die flexible Generalklausel zur Lösung verwertungstechnisch unbefriedigender Ergebnisse der Einzeltatbestände wäre wegen des *lex specicalis* Grundsatzes regelmäßig unzulässig.«.

den neuen, unter Umständen unvorhersehbaren Interessenkonflikt bemüht werden müsste.

Zur Anwendung gelangen könnte die Auffangklausel daher zum Beispiel, wenn eine Suchmaschine wie Google oder Yahoo die Suchergebnisse zur leichteren Orientierung mittels sog. »*Thumbnails*« illustrieren möchte¹⁵⁸⁸ oder im Rahmen der Google Buchsuche »Textschnipsel« (sog. »*snippets*«) eines urheberrechtlich geschützten Werkes dem Suchenden zur Verfügung stellen möchte¹⁵⁸⁹. In letzterem Fall möchte Google kurze Textauszüge rund um den jeweiligen Suchbegriff über den Suchmaschinenindex öffentlich zugänglich machen. Nach geltendem deutschen Urheberrecht dürfte dies eine Urheberrechtsverletzung dar-

1588 *Thumbnails* (engl.: Daumennagel) sind zur Illustration u.a. von Links bzw. Suchmaschinenergebnissen verwendete und damit zugleich zur Erleichterung der Orientierung und Verkürzung der Ladezeiten genutzte Miniatur- und Vorschaubilder, die gegenüber dem Original stark verkleinert sind und in aller Regel mit einer viel größeren Auflösung zum Abruf bereitgehalten werden. Aufgrund der Art und Weise der öffentlichen Zugänglichmachung der *Thumbnails* ist im Regelfall (also wenn der Thumbnail aufgrund seiner Größe oder Pixeldichte die Nutzung des Originals nicht substituiert) nicht mit einer Beeinträchtigung der normalen Werkverwertung zu Lasten der Urheber- bzw. Rechteinhaber zu rechnen, so dass die Bereitstellung der *Thumbnails* im Interesse der über das Internet Bilder suchenden Nutzer durch eine Auffangklausel grundsätzlich ermöglicht werden sollte, zumal die Transaktionskosten andernfalls prohibitiv hoch wären. Siehe zu diesem Problemkreis die Entscheidung des LG Hamburg, Urteil v. 05.09.2003 – Az.: 308 O 449/03 = GRUR-RR 2004, 313, 317 – *Thumbnails*, siehe dort v.a. Leitsatz 5: »Angesichts der abschließenden gesetzlichen Schrankensystematik der §§ 45 ff. UrhG (Fassung vor dem 13. 9. 2003) ist es nicht möglich, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung eine allgemeine Schranke im Sinne einer erlaubten »Nutzung im Interesse der Internetgemeinde« einzuführen«, zustimmend dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, Vor §§ 44a ff., Rn. 7; Berberich, MMR 2005, 145 ff.; zur Rechtsprechungssituation in den USA Ott, GRUR Int. 2007, 562, 566 f. Vgl. demgegenüber die überaus fragwürdige Entscheidung des LG Erfurt, Urteil v. 15.03.2007 – Az.: 3 O 1108/05 = MMR 2007, 393 f., die das nach geltendem Recht bestehende Zustimmungserfordernis mittels der Annahme einer konkludenten Einwilligung umschifft. Kritisch dazu auch Schack, GRUR 2007, 639, 643. Eine solche Annahme einer konkludenten Einwilligung durch Einstellen suchbarer Bilder in das Internet hingegen befürwortend: Berberich, MMR 2005, 145, 147 f. und Ott, GRUR Int. 2007, 562, 565 (»vertretbar«).

1589 Bei dem Projekt »Google Book Search« soll weltweit in einigen ausgewählten Bibliotheken (darunter seit März 2007 auch die Bayerische Staatsbibliothek) der Buchbestand eingescannt werden, um die Bücher anschließend in den Index der Google-Suchmaschine aufzunehmen, siehe <http://books.google.de/>; dazu Kubis, ZUM 2006, 370, 371 f.; Hansen, Angst vor digitaler Landnahme. Google plant ein gigantisches Digitalisierungsprojekt. In Europa regt sich Widerstand, Der Tagesspiegel vom 30.03.2005, online verfügbar unter: <http://archiv.tagesspiegel.de/archiv/30.03.2005/1727330.asp>. Kritisch zu diesem Digitalisierungs-Projekt Jeanneney, Googles Herausforderung. Bei diesem Projekt verhindert das Ausschlussrecht nicht nur die Bereitstellung von »Textschnipseln«, siehe dazu auch schon Hansen, GRUR Int. 2005, 579, 580 f., sondern auch das Verfügbarmachen der zahlreichen Werke, deren Schutzfrist noch nicht abgelaufen ist, die aber nicht mehr lieferbar sind oder bei denen sich der Rechteinhaber nicht mehr identifizieren lässt. In dem Moment, in dem der Menschheitsraum von der universellen und für alle weltweit zugänglichen Bibliothek aufgrund des digitalen Wandels in greifbare Nähe gerückt ist, scheint er

stellen, die insbesondere nicht durch die §§ 51 oder 52a UrhG privilegiert ist. Auch die sog. Archivschranke (§ 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG) erlaubt selbst Bibliotheken nur die digitale Archivierung zu Zwecken der Bestandssicherung, nicht aber die Zugänglichmachung für Dritte über das Internet¹⁵⁹⁰. Wenn man davon ausgeht, dass diese Textschnipsel zumindest teilweise urheberrechtlichen Schutz genießen, dann behindert der bislang abschließende Schranken-katalog also den von Google angestrebten Service nachhaltig¹⁵⁹¹. Eine wie vorstehend vorgeschlagene Auffangklausel würde dieses privilegierungswürdige Nutzungsanliegen von Suchmaschinen wie Google demgegenüber ermöglichen und beispielsweise Wissenschaftlern oder auch – in möglicherweise sogar verkaufsfördernder Weise¹⁵⁹² – Konsumenten die Entscheidung darüber erleichtern, ob ein Buch für sie relevant und von Interesse ist oder nicht. Bibliotheken und Archive, die prinzipiell mit vergleichbaren Problemen bei der öffentlichen Zugänglichmachung von Informationen zu kämpfen haben (z.B. wenn sie verwaiste oder nicht mehr verlegte, aber viel benutzte Bücher einem breiteren Nutzerkreis zugänglich machen wollen), würden in ähnlicher Weise von einer Auffangklausel profitieren. Diese denkbaren Anwendungsbeispiele unterstreichen die Notwendigkeit und die Sinnhaftigkeit einer den Schranken-katalog ergänzenden Auffangklausel.

Dass die infolge des hier verfolgten Reformvorschlags geringere Konkretisierungsdichte der Schranken unter Umständen in Schwellen- und Entwicklungsländern zu einer höheren Missbrauchs- und Korruptionsanfälligkeit führen könnte – vorausgesetzt, sie orientierten sich zukünftig bei der Ausgestaltung ihrer Urheberrechtsgesetze überhaupt am »deutschen bzw. europäischen Modell« –, kann für die ansonsten engmaschig kodifizierten kontinentaleuropäischen Urheber-

durch das urheberrechtliche Verbotsrechtsparadigma also schon wieder beendet zu sein. Es ist wenig nachvollziehbar, wenn auch in Fällen wie diesen schematisch am Verbotsrechtsdenken (anstelle eines Liability Rule-Modells) bzw. der starren Schutzfristedauer von sieben Jahren p.m.a. festgehalten wird.

1589 S. GRUR 1997, 459 ff. – *CB-infobank I*; GRUR 1997, 464 ff. – *CB-infobank II*.

1591 Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564 f. Zwar wird die Schutzfähigkeit keineswegs immer gegeben sein, s.a. *Hansen*, GRUR Int. 2005, 579, 581; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 376: »Ein einzelner Satzteil wird diese Hürde kaum überwinden; doch schon bei mehreren aufeinander folgenden Sätzen kann die öffentliche Zugänglichmachung eines Werkteils zu bejahen sein.«. Wenige oder auch nur vereinzelte urheberrechtsfähige Snippets dürften letztlich genügen, um die Urheber bzw. Rechteinhaber in die Lage zu versetzen, dass Suchangebot von Google empfindlich zu stören, so *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564. Zwar könnten selbige Google an sich nur dazu auffordern, die öffentliche Zugänglichmachung urheberrechtsfähiger Snippets zu unterlassen. Wegen der damit verbundenen Abgrenzungs- und Umsetzungsprobleme dürfte dies in der Praxis aber darauf hinauslaufen, dass die Urheber bzw. Rechteinhaber Google regelmäßig gleich dazu auffordern werden, ihr Werk überhaupt nicht mehr zu verwenden, *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564.

1592 *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565: »Sofern nicht das Werk als ganzes angezeigt wird, besteht realistisch betrachtet aber keine Gefahr, dass Nutzer aufgrund der Snippets nicht mehr das ganze Buch im Laden erwerben könnten, wenn sie dies ohnehin beabsichtigen. Vielmehr könnte das Gegenteil eintreten und die Verkaufszahlen steigen.«.

rechtsordnungen kein schlagendes Argument gegen eine behutsame Straffung und Öffnung des Schrankenkatalogs sein. Im Gegenteil: In Europa ist eher eine von der – letztlich zu zufallsabhängigen – Durchsetzungskraft einzelner Lobbyverbände zeugende enumerative Überregulierung das eigentliche Problem.

Gewichtiger ist da schon der Einwand, dass die durch eine Auffangklausel ausgelösten Rechtsstreitigkeiten zu steigenden Transaktionskosten führen würden, die unter Umständen auf den kreativen Schaffensprozess zurückwirken können und letztlich primär diejenigen Marktteilnehmer privilegieren, die finanziell vor Rechtsstreitigkeiten nicht zurückschrecken müssen¹⁵⁹³. Insoweit ist zuzugestehen, dass private Werknutzer vermutlich nur selten willens und in der Lage sein dürften, die entsprechenden Prozesse zu führen. Es wäre aber falsch, allein aus diesem Grund die notwendige Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken zu verwerfen. Denn wenn wie in den oben angeführten Beispielen ein Suchmaschinenunternehmen wie Google auf Grundlage der hier vorgeschlagenen Auffangklausel den Einsatz von Thumbnails oder die Verwendung von Textschnipseln im Rahmen des Google Buchsuche-Projekts erfolgreich vor Gericht durchsetzen könnte, dann würden davon nicht zuletzt private Werknutzer profitieren, deren Internet-Recherche dadurch erheblich erleichtert würde.

5. *Nutzerschützende Gestaltungsoptionen hinsichtlich technischer Nutzungsrestriktionen*

Die Verwirklichung des Nutzerschutzgedankens angesichts technischer Nutzungsrestriktionen ist die wohl schwierigste Aufgabe, der sich Urheberrechtswissenschaft, Gesetzgebung und nicht zuletzt die IT-Branche ausgesetzt sehen. Sie wird vor allem dadurch erschwert, dass Einsatz, Art und Ausmaß technischer Nutzungsrestriktionen in den verschiedenen Verwertungssektoren einem rasanten Wandel unterliegen¹⁵⁹⁴. Während in weiten Bereichen der Verwerterindustrie in den vergangenen Jahren große Hoffnungen in technische Schutzmaßnahmen und digitales Rechtemanagement gesetzt wurden – und selbige beispielsweise im Musikbereich auch verstärkt zum Einsatz kamen –, lässt sich zuletzt eher ein Überdenken und sogar die teilweise Abkehr von dieser Verwertungsstrategie beobach-

1593 Zu vergleichbaren Problemen mit der freilich wesentlich weiteren Fair Use-Doktrin in den USA siehe etwa *Beldiman*, *The Role of Copyright Limiting Doctrines in the Digital Age – Can their Vigor be Restored?*, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 187, 193 f.

1594 Auf die Problematik, inwiefern daher eine staatliche Regulierung der Nutzungsbedingungen einer Kontrolle durch den Konditionenwettbewerb überhaupt vorzuziehen ist, wurde oben in Kap. 4 C. I. 5. e) bb) im Rahmen der informationsökonomischen Rechtfertigung des urheberrechtlichen Nutzerschutzes bereits ausführlich eingegangen.

ten¹⁵⁹⁵. Gründe dafür mögen die geringe Akzeptanz der Nutzungsrestriktionen seitens der Nutzer sowie vor allem aber auch die immer wieder gelingende Umgehung der technischen Nutzungsbeschränkungen sein.

Nichtsdestotrotz wird man auch künftig prinzipiell mit dem Einsatz von TPM bzw. DRM-Systemen rechnen müssen. Die Möglichkeit der (mehr oder minder wirkungsvollen) Nutzungskontrolle dürfte in Kombination mit den sich theoretisch bietenden Möglichkeiten der DRM-basierten Preisdiskriminierung und der Unterbindung sog. »Arbitrage-Geschäfte« weiterhin viele Verwerter zum TPM-bzw. DRM-Einsatz bewegen¹⁵⁹⁶. Der von ihnen vielfach als Risiko und Kontrollverlust wahrgenommene digitale Wandel wird sie aller Voraussicht nach auch künftig ihr Heil in technischen Kontrollmöglichkeiten, z.B. in Kombination mit aus ihrer Sicht »vertrauenswürdiger« Hardware (Stichwort: Trusted Computing), suchen lassen. Selbst wenn damit zu rechnen ist, dass in den kommenden Jahren zugleich die Experimentierfreudigkeit mit alternativen Verwertungsmodellen steigen wird und viele Kreative (Musiker v.a.) unter Verzicht auf DRM-Systeme die Online-Verwertung ihrer Werke in die eigenen Hände nehmen werden, spricht viel dafür, dass DRM-Systeme nicht in sämtlichen Bereichen der digitalen Werkverwertung von heute auf morgen wieder verschwinden werden. Man darf insoweit nicht übersehen, dass der seit einiger Zeit in der Musikindustrie zu beobachtende Einstellungswandel in Sachen DRM die Verlags- und Filmindustrie bislang offenbar nicht erfasst hat. Gerade im Bereich der Filmverwertung, bei der erhebliche Investitionen amortisiert werden müssen, dürfte der Verzicht auf technikbasierte Kopierbeschränkungen in naher Zukunft relativ unwahrscheinlich sein.

Solange aber technische Nutzungsrestriktionen Verwendung finden, besteht die Gefahr, dass nutzerschützende Bestimmungen, die an sich Inhalt und immanente Grenzen des Urheberrechts verbindlich festlegen und dadurch Nutzungsfreiräume eröffnen sollen (wie etwa die zeitliche Begrenzung des Urheber-Schutzes oder die Schrankenregelungen), keine Beachtung finden. Grundlegende urheberrechtliche Wertungen (und nicht nur diese: man denke nur an den Datenschutz)

1595 Exemplarisch sei hier erneut auf die Äußerungen von *Steve Jobs*, Mitbegründer von Apple, verwiesen, die Anfang 2007 für viel Wirbel in der Musikindustrie und der interessierten Öffentlichkeit gesorgt haben und die Diskussion über die Sinnhaftigkeit von DRM weiter angefacht haben, *Jobs*, *Thoughts on Music*, veröffentlicht am 06.02.2007 auf der Apple-Unternehmenswebsite unter <http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/>. *Jobs* hatte erklärt, Apple sei bereit, bei iTunes auf den DRM-Einsatz zu verzichten, wenn die großen Musik-Labels dies denn zuließen. Seit Mai 2007 verzichtet EMI beim Online-Musikvertrieb tatsächlich auf den Einsatz von DRM-Systemen, siehe dazu die Presseerklärung von EMI vom 02.04.2007, online verfügbar unter: <http://www.emigroup.com/Press/2007/press18.htm>. Die Konkurrenz, also im Wesentlichen Universal, Warner und Sony BMG, scheint vorläufig mehr oder weniger skeptisch abzuwarten bzw. experimentiert – wie z.B. »Branchenprimus« Universal – ebenfalls mit DRM-freien Download-Angeboten (allerdings nicht via iTunes), siehe dazu die Presseerklärung der Universal Music Group vom 10.08.2007, online verfügbar unter: <http://new.umusic.com/News.aspx?NewsId=539>.

1596 Siehe dazu schon oben in Kap. 4 C. I. 5. e) aa).

drohen somit, durch den Einsatz der Technik zu Lasten der Nutzer unterlaufen zu werden. Von diesem vielfach diagnostizierten Problem ist ein anderer, eng damit verknüpfter Problemkreis zu unterscheiden, der erst in den vergangenen Jahren mit zunehmender tatsächlicher Verbreitung der DRM-Systeme größere Aufmerksamkeit erlangt hat. Er betrifft weniger die Sorge um die Durchsetzung bzw. Durchsetzbarkeit bestehender Urheberrechtsbeschränkungen, als vielmehr die Bedrohung, die der DRM-Einsatz für (bislang) nicht oder möglicherweise nur unzureichend privilegierte »Verbraucher«- bzw. Nutzerinteressen darstellen kann. So haben technische Nutzungsrestriktionen das Potential, Nutzer in ihrer Entscheidungsfreiheit darüber einzuschränken, ob, wann, wo, wie und wie oft sie digitale Inhalte hören, sehen, lesen, austauschen, abspeichern oder bearbeiten¹⁵⁹⁷. Diese massive Einschränkung digitaler Nutzerfreiheiten hat die Frage aufgeworfen, welches Maß an Selbstbestimmung und aktiver Auseinandersetzung mit bestehenden Werken das Recht für die Nutzer digitaler Inhalte mit welchen gesetzgeberischen Mitteln gewährleisten sollte. Eine Antwort auf diese Frage ist bislang nicht in Sicht. Ungeklärt ist dabei bereits, welche Interessen oder Erwartungen der Nutzer überhaupt als schutzwürdig zu bewerten sind und ob es sich nicht ohnehin eher um eine Frage des Verbraucherschutzrechts, denn um eine Problematik des Urheberrechts handelt¹⁵⁹⁸. Es überrascht wenig, dass vor diesem Hintergrund Unklarheit über das Ob und Wie der gesetzgeberischen Bewältigung dieser Nutzerschutzproblematik herrscht.

Im Folgenden sollen daher nur die theoretisch denkbaren Gestaltungsoptionen aufgezeigt werden, die in dem zuletzt geschilderten Problemfeld für eine Verwirklichung des mit dieser Arbeit verfolgten Nutzerschutzparadigmas in Betracht kommen. Unter besonderer Berücksichtigung der in Kap. 4 C. 5. d) und e) erarbeiteten informationsökonomischen Erkenntnisse wird dabei nachfolgend zunächst unter a) das Instrument der Informationspflichten näher beleuchtet, während unter b) weitergehende Regulierungsmöglichkeiten zur Wahrung digitaler Nutzerfreiheiten erörtert werden.

a) Verschärfte und international einheitliche Informationspflichten

Ein naheliegender Einwand gegen eine urheberrechtliche Regulierung allzu restriktiver Nutzungsbedingungen lautet, dass sich dieses Problem mittels des Marktmechanismus von alleine regeln wird, es also keines gesetzgeberischen Tätigwerdens bedarf. Im Rahmen der informationsökonomischen Rechtfertigung in Kap. 4 C. 5. e) hat sich aber gezeigt, dass der Wettbewerb um die Nutzungsbedingun-

1597 Vgl. *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33.

1598 Insbesondere *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33, 39, plädiert für eine, über das Urheberrecht hinausweisende »sektorspezifische« Verbraucherschutzagenda.

gen gerade im digitalen Umfeld aufgrund von Informationsasymmetrien, Lock-In- und Netzwerkeffekten leicht scheitern kann. Um insbesondere dem auf Informationsasymmetrie beruhenden Marktversagen entgegenzuwirken, empfiehlt es sich daher, seitens des Gesetzgebers für eine bessere Informiertheit der Nutzer Sorge zu tragen¹⁵⁹⁹. Erreichen lässt sich dies beispielsweise durch Kennzeichnungspflichten wie sie der deutsche Gesetzgeber in noch optimierungsfähiger Form vorgesehen hat. Nach § 95d Abs. 1 UrhG sind Werke und andere Schutzgegenstände, die mit technischen Maßnahmen geschützt werden, deutlich sichtbar mit Angaben über die Eigenschaften der technischen Maßnahmen zu kennzeichnen.

Damit dieser Lösungsansatz in Zukunft seine volle Wirkung entfalten kann, ist eine international einheitliche Regelung¹⁶⁰⁰ und eine flächendeckende Durchset-

1599 Besser informierte Nutzer allein werden freilich nicht genügen, um über den Marktmechanismus zu akzeptableren Nutzungskonditionen für digitale Inhalte zu gelangen. *Helberger*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33, 36, weist darauf hin: »Wenn der Ansatz über die Verbraucherautonomie funktionieren soll, ist genügend Wettbewerb eine Voraussetzung dafür, dass Wahlmöglichkeiten entstehen, also verschiedene Nutzungsoptionen zu differenzierten Preisen zur Auswahl stehen. Außerdem gehörte zum Wettbewerb, dass auf Inhalte über verschiedene Wege bzw. Medien zugegriffen werden kann. Beides ist heute nicht durchweg der Fall. Die Auswahlmöglichkeiten des Verbrauchers dürfen zudem nicht durch vertragliche (langfristige Abonnementverträge, mangelnde Vertragstransparenz) oder technische Bedingungen (nicht interoperable Verbrauchergeräte) behindert werden.«. Das Wettbewerbsrecht ist daher insbesondere aufgerufen, zu verhindern, dass der Wettbewerb »durch eine vertikale Integration von Inhaltenanbietern, Diensteanbietern, Plattformbetreibern und Geräteherstellern ausgeschaltet wird«, so *Dreier*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 13, 17.

1600 Vgl. *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588, 595. Zwar kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass sich eine entsprechende Informationspflicht bereits aus Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern ergibt, wie vertreten von *Mazziotti*, EU Digital Copyright Law and the End-User, S. 160 ff. Dafür wäre gemäß Art. 7 Abs. 1 der RL u.a. erforderlich, dass der Verwender von TPM bzw. DRM-Systemen »wesentliche Informationen vorenthält, die der durchschnittliche Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die somit einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er sonst nicht getroffen hätte.«. *Mazziotti* setzt unausgesprochen voraus, dass der Durchschnittsverbraucher in positiver Kenntnis technisch bedingter Nutzungsrestriktionen eine andere Erwerbsentscheidung treffen würde. Ob dies tatsächlich eine zutreffende Annahme ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Man kann insofern jedenfalls auch anderer Auffassung sein. Da sich nicht mit letzter Sicherheit sagen lässt, ob diese verbraucherschützenden Vorschriften bzw. deren ins nationale Recht umgesetzten Äquivalente einschlägig sind und dem Nutzer tatsächlich Schutz gewähren (schließlich würden sie das Vorenthalten entsprechender Informationen lediglich verbieten, aber nicht konkrete, einheitliche Vorgaben machen, wie stattdessen zu informieren ist),

zung dieser Informationspflicht anzustreben¹⁶⁰¹. Bislang werden etwa Verstöße gegen die in § 95d Abs. 1 UrhG vorgesehene Kennzeichnungspflicht weder nach § 108a UrhG strafrechtlich noch nach § 111a UrhG als Ordnungswidrigkeit geahndet. Die Verwender restriktiver technischer Maßnahmen können sich insoweit allenfalls Mängelgewährleistungsansprüchen gemäß §§ 434 ff. BGB ausgesetzt sehen¹⁶⁰². Abhängig vom tatsächlichen Einsatz technischer Nutzungsrestriktionen sollte hier insofern über wirkungsvolle Sanktionen sowie die Etablierung international einheitlicher Kennzeichnungspflichten nachgedacht werden, um dem Nutzer mittels flächendeckender Kennzeichnung Informationskosten zu ersparen.

b) Etablierung bzw. Erhaltung digitaler Nutzerfreiheiten

Zur Verwirklichung des mit dieser Arbeit propagierten normativen Leitbilds des aktiven und selbstbestimmten Nutzers (s. Kap. 4 C. IV. 2. b)) und unter besonderer Berücksichtigung der informationsökonomischen Erkenntnisse in Kap. 4 C. I. 5. e) ist das UrhG richtigerweise auch – und nicht zuletzt – als ein Gesetz zur Sicherung der Qualität der vertraglichen wie technischen Nutzungsbedingungen für digitale Inhalte zu verstehen. Inspiriert durch Initiativen für eine »Consumer Technology Bill of Rights«¹⁶⁰³ lässt sich daher in Erweiterung des nach deutschen bzw. europäischen Rechts bestehenden Schrankenkatalogs die Etablierung eines Kanons obligatorischer digitaler Nutzerrechte erwägen. Dieser könnte beispiels-

erscheint eine positive Kodifizierung von Informations- bzw. Kennzeichnungspflichten – ähnlich wie sie der deutsche Gesetzgeber bereits vorgesehen hat – auf europäischer und internationaler Ebene in jedem Fall vorzugswürdig. Kritisch zur begrenzten Bedeutung der Unlautere-Geschäftspraktiken-Richtlinie auch *Guibault/Helberger*, Copyright Law and Consumer Protection, S. 15.

1601 *Kreutzer* ist in einer empirischen, im Auftrag der Verbraucherzentrale Bundesverband mit Blick auf den deutschen Markt erstellten Studie, zu dem Ergebnis gekommen, »dass die Kennzeichnungspflichten der Hersteller, auf den Einsatz technische (sic!) Schutzmaßnahmen hinzuweisen, häufig nicht oder nicht ausreichend eingehalten werden. Selbst wenn derartige Hinweise auf Verpackungen oder im Internet gegeben werden, sind diese oft so versteckt und unauffällig angebracht, dass von »deutlich sichtbaren Angaben« im Sinne des § 95d UrhG keine Rede sein kann.«, s. *Kreutzer*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hg. v. VZBV, S. 10.

1602 So *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, § 95d, Rn. 4.

1603 Siehe die Verbraucherschutzinitiative für eine sog. »Consumer Technology Bill of Rights« unter: <http://www.digitalconsumer.org/bill.html>: »1. Users have the right to »time-shift« content that they have legally acquired. This gives you the right to record video or audio for later viewing or listening. For example, you can use a VCR to record a TV show and play it back later. 2. Users have the right to »space-shift« content that they have legally acquired. This gives you the right to use your content in different places (as long as each use is personal and non-commercial). For example, you can copy a CD to a portable music player so that you can listen to the songs while you're jogging. 3. Users have the right to make backup copies of their content. This gives you the right to make archival copies to

weise umfassen ein *Nutzerrecht auf digitale Privatkopie* (zumindest in einem näher zu bestimmenden Umfang, bei dem die Anzahl zulässiger Kopien beispielsweise auf fünf oder sieben Kopien festzulegen wäre), ein *Nutzerrecht auf räumlich und zeitliche versetzte Nutzung* (sog. »right to time-shift« bzw. »right to space-shift«¹⁶⁰⁴), ein *Nutzerrecht auf die Erstellung von Sicherungskopien*¹⁶⁰⁵ sowie ein *Nutzerrecht auf Durchsetzung der Gemeinfreiheit*. Letztere Nutzerschutzmaßnahme würde darauf abzielen, dass die gesetzgeberischen Wertungen hin-

be used in the event that your original copies are destroyed. 4. Users have the right to use legally acquired content on the platform of their choice. This gives you the right to listen to music on your Rio, to watch TV on your iMac, and to view DVDs on your Linux computer. 5. Users have the right to translate legally acquired content into comparable formats. This gives you the right to modify content in order to make it more usable. For example, a blind person can modify an electronic book so that the content can be read out loud. 6. Users have the right to use technology in order to achieve the rights previously mentioned. This last right guarantees your ability to exercise your other rights. Certain recent copyright laws have paradoxical loopholes that claim to grant certain rights but then criminalize all technologies that could allow you to exercise those rights. In contrast, this Bill of Rights states that no technological barriers can deprive you of your other fair use rights.«. Gesetzesinitiativen, die entsprechende Nutzerrechte in den USA gewährleisten sollten, sind bislang fehlgeschlagen. Aktuell beschäftigt sich der 110-te Kongress mit dem »Freedom and Innovation Revitalizing U.S. Entrepreneurship Act of 2007«, H.R. 1201, 110th Cong. (2007), online verfügbar unter: http://thomas.loc.gov/home/gpoxmlc110/h1201_ih.xml. Diese Gesetzesinitiative unterscheidet sich von dem Digital Media Consumers' Rights Act of 2002 und dem Digital Media Consumers' Rights Act of 2005 darin, dass sie nicht mehr eine allgemeine fair use-Schranke zu den Umgehungsschutzregelungen vorsieht. Stattdessen erweitert der Gesetzesentwurf die im DMCA vorgesehenen ausdrücklich normierten Ausnahmen. Section 3 b) II der Gesetzesinitiative würde beispielsweise erlauben »an act of circumvention that is carried out solely for the purpose of enabling a person to skip past or to avoid commercial or personally objectionable content in an audiovisual work«. Diese Regelung würde somit auf ein »right to time-shift« hinauslaufen.

1604 Das »right to space-shift« zielt dabei auf die Möglichkeit, legal erworbene digitale Inhalte auf verschiedenen Computern bzw. Abspielgeräten abspeichern und abspielen zu können, um so am Ort meiner Wahl in den Genuss des Werkes zu kommen. Die komplexe Frage, ob daher zugunsten der Endnutzer (und nicht nur der Wettbewerber) ein *Recht auf Interoperabilität* oder Kompatibilität gewährt werden sollte, soll hier nicht weiter vertieft werden. In diesem Bereich ist größte Vorsicht und Zurückhaltung geboten, denn nicht wenige Geschäftsmodelle in diesem Umfeld basieren gerade auf Inkompatibilität, s. *Böhle*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 53, Fn. 1, der einen Blog-Beitrag *Feltens* vom 15.04.2004 zitiert: »Incompatibility isn't an unfortunate side-effect of deficient DRM systems – it's the goal of DRM.« (online verfügbar unter: <http://www.freedom-to-tinker.com/index.php?p=578>).

1605 Vorbild könnte hier sein: Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen sowie § 69d Abs. 2 UrhG.

sichtlich der Schutzvoraussetzungen und der Schutzdauer nicht durch den Einsatz von TPM bzw. DRM-Systemen unterlaufen werden¹⁶⁰⁶.

Die Forderung nach solchen, sich teils überlagernden¹⁶⁰⁷ Nutzerrechten wirft zahlreiche Fragen auf. So stellt sich beispielsweise die Frage, ob Nutzerrechte überhaupt das richtige Instrument sind, um auf überbordende technische Nutzungsrestriktionen zu reagieren¹⁶⁰⁸. Es steht nämlich zu befürchten, dass viele

1606 Siehe zu dieser Problematik auch *Peukert*, UFITA 2002/III, 689, 710. Vorbildcharakter könnte die in den USA in Section 3 b) IV des Entwurfs für den »Freedom and Innovation Revitalizing U.S. Entrepreneurship Act of 2007«, H.R. 1201, 110th Cong. (2007) vorgeschlagene Regelung haben. Danach wäre zulässig »an act of circumvention that is carried out solely for the purpose of gaining access to one or more works in the public domain that are included in a compilation consisting primarily of works in the public domain«. Zwar ließe sich auf den ersten Blick gegen eine entsprechende Regelung zur Wahrung der Gemeinfreiheit im deutschen bzw. europäischen Urheberrecht einwenden, dass sich der rechtliche Umgehungsschutz ohnehin nur auf urheberrechtlich geschützte Werke beziehe, sich aber nicht auf Material erstrecke, das von vornherein keinen urheberrechtlichen Schutz genossen hat oder aber dessen urheberrechtlicher Schutz bereits abgelaufen ist, vgl. *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, § 95b, Rn. 3. Wenn der rechtliche Umgehungsschutz in diesen Fällen ohnehin nicht greift, so ließe sich argumentieren, bedürfe es auch keines Nutzerrechts. Gegen diesen grundsätzlich berechtigten Einwand lässt sich aber wiederum vorbringen, dass die insoweit zulässige Umgehung technischer Schutzmaßnahmen den Einzelnen in aller Regel überfordern dürfte, weshalb ein Anspruch auf Zurverfügungstellung der benötigten Umgehungsmittel auch in diesen Fällen durchaus sinnvoll erscheint, siehe dazu noch näher nachfolgend.

1607 Bei einer durchsetzungsstark ausgestalteten digitalen Privatkopie scheint sich auf den ersten Blick die Forderung nach einem Nutzerrecht auf Erstellung von Sicherungskopien zu erübrigen. Wer in begrenztem Umfang digitale Privatkopien erstellen kann, ist auf Sicherungskopien an sich nicht mehr angewiesen. Dies ist aber nicht zwingend der Fall. So ist es theoretisch beispielsweise denkbar, etwa aus Investitionsschutzgründen die digitale Privatkopie seitens des Gesetzgebers nur für bestimmte Werkarten in begrenztem Umfang zuzulassen (beispielsweise nur für Musik-, nicht aber für Filmwerke – so wird es faktisch gegenwärtig von Apple bei iTunes gehandhabt: »Audio-Playlists« dürfen bis zu sieben Mal »gebrannt« werden, Videos hingegen nicht, s. Nr. 9 b) V. + VI. der iTunes-Nutzungsbedingungen, online verfügbar unter: <http://www.apple.com/legal/itunes/de/service.html>; Stand: 03.11.2007). Um die fortwährende künftige Nutzung eines rechtmäßig erworbenen Filmwerks zu gewährleisten, könnte in diesem Fall ein Nutzerinteresse an einer digitalen Back-Up-Kopie bestehen. Dieses Nutzerinteresse wäre freilich vom Gesetzgeber abzuwägen mit dem Verwertungsinteresse der Urheber bzw. Rechteinhaber, das zum Zwecke der Preisdiskriminierung gerade auf die einmalige Zurverfügungstellung des Werkes im Wege des Streamings bzw. die nur zeitlich begrenzte Nutzungsrechtseinkäumung gerichtet sein kann.

1608 Diese Frage stellt sich auch deshalb, weil der Einsatz der Technik nicht nur eine Nutzungs-, sondern auch eine Zugangskontrolle ermöglichen kann. Deswegen aber anstelle von Nutzerrechten Zugangsrechte (»right to access«) einzufordern, griffe jedoch zu kurz. Die Forderung nach einem »right to access« trägt zwar dem Umstand Rechnung, dass die Frage des Zugangs im digitalen Umfeld immer größere Bedeutung erlangt; ein Zugangsrecht allein beantwortet aber noch nicht die Frage, was ich mit dem Werk, zu dem ich Zugang bekomme, dann machen darf, inwieweit ich es also nutzen kann.

Nutzer mit der individuellen Durchsetzung ihrer Nutzerrechte in der Praxis überfordert wären und von ihnen kaum Gebrauch machen würden. Inwieweit sich auf dieses Problem der Nutzerrechtsdurchsetzung unter Umständen durch eine Ausweitung kollektiver Rechtsschutzmöglichkeiten, die z.B. durch Verbraucherverbände wahrgenommen werden, reagieren lässt, wird daher nachfolgend unter bb) zu vertiefen sein.

Zuvor soll aber unter aa) darauf eingegangen werden, inwieweit sich das Problem allzu restriktiver Nutzungsbedingungen möglicherweise bereits ex ante auf technischer Ebene entschärfen lässt. Zwar würde es zu weit führen, hier die technische Machbarkeit, Effektivität und rechtspolitische Realisierbarkeit dieser eher technisch ausgerichteten Lösungsansätze erschöpfend zu untersuchen. An dieser Stelle können daher nur die sich potentiell anbietenden Möglichkeiten für eine vom Nutzerschutzparadigma getragene rechtliche Technikgestaltung aufgezeigt werden.

aa) Optionen unmittelbarer Technikgestaltung

Namentlich *Bechtold* hat sich dafür stark gemacht, der Flexibilität und Gestaltbarkeit der DRM-Technik größeres Augenmerk zu schenken¹⁶⁰⁹. Er möchte DRM-Systeme dazu nicht als unveränderliche Systeme verstehen, die immun sind gegenüber rechtspolitischer Gestaltung. Um DRM-Systeme in einem wertorientierten Gestaltungsprozess insbesondere unter Maßgabe des in dieser Arbeit propagierten Nutzerschutzparadigmas zu modifizieren, kommen dabei verschiedene Wege in Betracht. Einer davon ist die Verwendung sog. »rights expression languages« (RELs) in Kombination mit dem sie unterstützenden »rights messaging protocol« (RMP)¹⁶¹⁰. RELs eröffnen dabei die Möglichkeit, ein breites Spektrum zulässiger oder unzulässiger Nutzungsmöglichkeiten in maschinenlesbaren Metadaten auszudrücken¹⁶¹¹. Üblicherweise werden diese Nutzungsbedingungen einseitig von Verwerterseite vorgegeben. Sogenannte »bi-direktionale RELs« könnten es künftig Nutzern aber ermöglichen, mit den DRM-einsetzenden

1609 *Bechtold*, The Present and Future of Digital Rights Management, in: Digital Rights Management, Hg. v. *Becker et. al.*, S. 597, 602; *Bechtold*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47 ff. S.a. *Armstrong*, 20 Harvard Journal of L. & Technology 49 ff. (2006).

1610 *Bechtold*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47 ff.; näher: *Mulligan/Burstein*, Implementing Copyright Limitations in Rights Expression Languages, in: Digital Rights Management, Hg. v. *Feigenbaum*, S. 137 ff.

1611 Siehe *Bechtold*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47 f.: »Mit Hilfe einer REL (wie z. B. XrML) lassen sich etwa die Berechtigung zum Kopieren, Löschen, Ändern, Einbetten, Ausführen, Exportieren, Extrahieren, Annotieren, Anmerken, Installieren, Sichern, Verleihen, Verkaufen, Weitergeben, Vermieten, Abspielen, Drucken, Anzeigen, Lesen, Wiederherstellen, Übertragen, Deinstallieren, Verifizieren, Sichern, Erhalten, Herausgeben, Besitzen und Zurückholen des Inhalts in maschinenlesbarer Form ausdrücken.«.

Rechteinhabern in Verhandlungen darüber einzutreten, unter welchen Bedingungen ihnen die Nutzung erlaubt wird¹⁶¹². Zudem könnte der Gesetzgeber die Verwender technischer Nutzungsrestriktionen dazu verpflichten, bestimmte Nutzungen von vornherein zu erlauben – soweit dies bei komplexen Schrankenbestimmungen überhaupt realisierbar ist¹⁶¹³.

Eine weitere technische Lösungsvariante ist möglicherweise in sog. »authorized domains« oder auch »rights locker architectures« zu erblicken. Bei der »authorized domain« ist der Nutzer innerhalb eines bestimmten Bereichs (z.B. innerhalb seiner Familie oder seines Wohnhauses) autorisiert, legal erworbene Inhalte auf sämtlichen Abspielgeräten zu nutzen. Die Autorisierung knüpft also nicht an einem bestimmten Gerät oder geschütztem Objekt, sondern am Nutzer selber an, dem es innerhalb der authorized domain dann freisteht, digitale Kopien herzustellen¹⁶¹⁴. Sollte sich diese verbreiteten Nutzerpräferenzen Rechnung tragende Verwertungsstrategie technisch realisieren und am Markt durchsetzen lassen, schrupfte der Anwendungsbereich für eine durchsetzungsstark ausgestaltete digitale Privatkopie ersichtlich zusammen.

Bei sog. »rights locker architectures« werden demgegenüber rechtmäßig erworbene Inhalte von vornherein nicht auf dem Endgerät des Nutzer abgespeichert¹⁶¹⁵. Die urheberrechtlich geschützten Inhalte liegen vielmehr auf dem Server des Anbieters und der Nutzer erwirbt nur Zugangsrechte. Auf seine Nutzungsanfrage hin wird ihm im Rahmen seiner Lizenz der Inhalt dann per »streaming«

1612 Siehe grundlegend zu diesem Vorschlag *Mulligan/Burstein*, Implementing Copyright Limitations in Rights Expression Languages, in: Digital Rights Management, Hg. v. *Feigenbaum*, S. 137, 140 f. Dazu: *Bechtold*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47 f.; *Böhle*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 57.

1613 Vgl. *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 409: »Aus technischer Sicht ist es praktisch unmöglich, die diffizilen rechtlichen Einzelheiten herkömmlicher urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen in einer technischen Schutzmaßnahme vollständig zu berücksichtigen.«. Vergleichsweise einfache Nutzungsfreiräume lassen sich – wie das Beispiel iTunes zeigt – mittlerweile aber durchaus technisch implementieren. So ist es derzeit möglich und gemäß Nr. 9 b) der iTunes-Nutzungsbedingungen (online verfügbar unter: <http://www.apple.com/legal/itunes/de/service.html>; Stand: 03.11.2007) auch ausdrücklich erlaubt, die bei iTunes erworbenen Inhalte »jederzeit auf bis zu fünf von Apple freigegebenen Geräten zu nutzen« sowie »Produkte aus bis zu fünf verschiedenen Konten gleichzeitig auf bestimmten Geräten, beispielsweise iPods, zu speichern«. Gemäß Nr. 9 b) V der iTunes-Nutzungsbedingungen ist der Nutzer weiter berechtigt, »eine »Audio Playlist« bis zu sieben Mal zu brennen«, wobei dies für Videos nicht gelten soll.

1614 *Bechtold*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47, 48 f.

1615 Siehe zum Ganzen *Böhle*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 56; *Melzer*, Rights locker architecture – the next step? *INDICARE Monitor* Vol. 1, No 4, 24.09.2004, online verfügbar unter: http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=44.

zur Verfügung gestellt¹⁶¹⁶. Auf diese Weise kann der »Nutzer« von überall und unabhängig vom Abspielgerät auf die von ihm erworbenen Inhalte zugreifen – ohne wohlgemerkt aber jemals ein Vervielfältigungsexemplar, also eine körperlich fixierte Werkspeicherung zu erhalten. Aus letzterem Grund – aber auch wegen der mit diesem Konzept verbundenen Gefahren für den Datenschutz – sind »rights locker architectures« kritisch zu bewerten.

Die Vor- und Nachteile dieser Optionen für eine unmittelbare Technikgestaltung können hier nicht abschließend gewürdigt werden. Es dürfte aber deutlich geworden sein, dass der DRM-Technik ein immenses Gestaltungspotential inneohnt, das sich zu Lasten, aber eben auch zu Gunsten der Nutzer im Wege einer rechtlichen Technikgestaltung fruchtbar machen lässt.

bb) Optionen mittelbarer Nutzerschutzdurchsetzung

Um grundlegende nutzerschützende Bestimmungen des Urheberrechts nicht der freien Disposition der TPM-/DRM-Verwender anheimfallen zu lassen, bieten sich für den Gesetzgeber verschiedene Reaktionsmöglichkeiten an. Zu unterscheiden sind die individuelle und die kollektive Durchsetzung der Nutzerbefugnisse, wobei sich deren Geltendmachung dabei entweder unmittelbar gegen den Verwender technischer Nutzungsrestriktionen richten kann (dies ist prinzipiell das mit § 95b Abs. 2 UrhG vom deutschen Gesetzgeber verfolgte Modell) oder mittelbar durch Einbeziehung einer Dritt-Partei (sog. »trusted third party«) abgewickelt werden kann. Die zuletzt genannte Variante wird auch als »key escrow«¹⁶¹⁷-Ansatz bezeichnet, weil bei ihr autorisierte Dritt-Parteien die zur Verwirklichung der jeweiligen Befugnis benötigten technischen Mittel (Umgehungssoftware, Dechiffrierschlüssel u.ä.) bereitstellen¹⁶¹⁸. Dieser Ansatz ist aus zweierlei Gründen besonders nutzerfreundlich. Zum einem nimmt er Rücksicht darauf, dass die meisten schrankenprivilegierten Nutzungswilligen nicht die technischen Fähigkeiten besitzen, technische Schutzmaßnahmen selbst zu umgehen. Dadurch hebt sich der »key-escrow«-Ansatz ab von »Selbsthilfeansätzen«, bei denen dem einzelnen Nutzer lediglich ein »right to hack« zusteht (was gesetzestechnisch dadurch erreicht wird, dass der rechtliche Umgehungsschutz in den Fällen außer Kraft gesetzt wird, in denen technische Schutzmaßnahmen nutzerschützende Bestimmungen des Urheberrechts, z.B. Schranken oder die zeitliche Be-

1616 *Melzer*, Rights locker architecture – the next step? INDICARE Monitor Vol. 1, No 4, 24.09.2004, online verfügbar unter: http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=44.

1617 »Key escrow« lässt sich am ehesten mit »treuhänderischer Schlüsselhinterlegung« übersetzen, s. *Bechtold*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47, 48.

1618 Grundlegend für den »key-escrow«-Ansatz ist der Beitrag von *Burk/Cohen*, 15 Harvard Journal of L. & Technology 41, 63 ff. (2001). Siehe dazu auch *Bechtold*, Vom Urheber zum Informationsrecht, S. 412 ff.; *Böhle*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 57.

grenzung des Schutzes, aushebeln¹⁶¹⁹). Nutzerfreundlich ist das key-escrow-Konzept zum anderen auch deshalb, weil es die Privatsphäre des Nutzungswilligen dadurch zu schützen hilft, dass dieser sich zur Verwirklichung seiner Nutzerbefugnisse nicht an den Inhalteanbieter, sondern an eine neutrale dritte Instanz wenden kann¹⁶²⁰.

Für welche Reaktionsmöglichkeit sich der Gesetzgeber auch entscheidet: Auf Grundlage des mit dieser Arbeit im Rahmen eines bipolaren Normzweckmodells verfolgten Nutzerschutzparadigmas ist – im Gegensatz zum tradierten, rein urheberzentrierten Paradigma – jede der genannten Regulierungsoptionen dogmatisch konsistent. Bislang nimmt sich etwa der in § 95b Abs. 2 UrhG gewährte individualrechtliche Anspruch auf Schrankendurchsetzung wie ein Fremdkörper aus, konterkariert er doch die vor dem Hintergrund eines traditionell urheber- und faktisch verwerterzentrierten Erklärungsmodells bestehende Erwartung, dass das Urheberrechtsgesetz den Urheber bzw. Rechteinhaber schützen solle. Indem das in dieser Arbeit vorgeschlagene Normzweckmodell den Nutzerschutz prinzipiell gleichberechtigt neben den Urheberschutz auf eine Stufe stellt, wird diese bislang bestehende Inkonsistenz überwunden.

Dass dabei in materiell-rechtlicher Sicht keine der beschriebenen Regulierungsoptionen eine Patentlösung zu bieten vermag, steht auf einem anderen Blatt. So krankten die meisten nutzerschützenden Gestaltungsvorschläge daran, dass sie inhaltlich zu kurz greifen oder den einzelnen Nutzer überfordern und den Nutzerschutz dadurch faktisch wirkungslos werden lassen. Es ist hier nicht der Ort, sämtliche Regulierungsvarianten kritisch en détail durchzudeklinieren. Es soll an dieser Stelle aber zumindest auf einige gravierende Schwächen des bislang auf deutscher bzw. europäischer Ebene verfolgten Lösungsansatzes hingewiesen werden.

So leidet die in Art. 6 Abs. 4 der sog. »Informationsgesellschafts-Richtlinie«¹⁶²¹ im Grundsatz vorgesehene Verpflichtung zur Bereitstellung von die Schrankenverwirklichung ermöglichenden Mitteln in eklatanter Weise darunter, dass sie gemäß Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 dann nicht gelten soll, wenn die technisch geschützten Werke »der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind«. Indem dadurch nur für offline, nicht aber für online zugänglich gemachte Werke entsprechende nutzerschützende Bestimmungen etabliert werden können, sind den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten im praktisch überaus bedeutsamen Bereich der

1619 Siehe zu diesem mit dem Digital Millenium Copyright Act (DMCA) in den USA verfolgten Ansatz *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 411 f.

1620 *Böhle*, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 57.

1621 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

Online-Verwertung hinsichtlich überbordender technischer Nutzungsrestriktionen weitgehend die Hände gebunden. Der verbleibende gesetzgeberische Gestaltungsspielraum wird weiter durch den Vorrang »freiwilliger Maßnahmen« und die Beschränkung auf bestimmte Schrankenbestimmungen marginalisiert. So dürfen die Mitgliedstaaten erst aktiv werden und »geeignete Maßnahmen« vorsehen, wenn die Verwender technischer Nutzungsrestriktionen untätig geblieben sind und nicht auf freiwilliger Basis Maßnahmen ergriffen haben, um dem durch eine Schrankenbestimmung Privilegierten die Werknutzung zu ermöglichen. Dabei wird der bereits ohnehin erheblich eingeschränkte Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers noch weiter dadurch reduziert, dass die Mitgliedstaaten nur hinsichtlich bestimmter Schrankenbestimmungen verpflichtet oder teilweise auch nur optional berechtigt sind, um »geeignete Maßnahmen« zu ergreifen¹⁶²². Hinsichtlich grundlegender Schrankenbestimmungen wie etwa dem Zitatrecht oder der Werknutzung zu Zwecken der Berichterstattung, der Kritik oder Parodie ist der Umsetzungsgesetzgeber aber nicht einmal berechtigt, entsprechende Schrankenbestimmungen durchsetzungsstark auszugestalten¹⁶²³. Die Vernachlässigung solch zentraler Nutzeranliegen lässt den aufgeblähten und schwer zu durchschauenden Art. 6 Abs. 4 der »Informationsgesellschafts-Richtlinie« vollends zur Farce werden. Dieses vermeintliche Korrektiv stellt in Wahrheit einen weitreichenden Interventionsverzicht dar, der der Privatisierung des Rechtsschutzes weiter Vorschub leistet¹⁶²⁴. Es ist evident, dass sich auf dieser europarechtlichen Grundlage letztlich kein wirkungsvoller Nutzerschutz seitens des nationalen Gesetzgebers etablieren lässt. Auch aus diesem Grund ist daher dringend eine Revision der sog. »Informationsgesellschafts-Richtlinie« anzustreben.

Der deutsche Gesetzgeber hat derweil den ihm zur Verfügung stehenden Umsetzungsspielraum mehr oder weniger ausgeschöpft und mit § 95b Abs. 2 UrhG einen unmittelbar gegen den Verwender technischer Schutzmaßnahmen gerichteten, individualrechtlichen Anspruch auf Schrankendurchsetzung geschaffen, wobei er allerdings (auch im nunmehr »Zweiten Korb« der Urheberrechtsreform) darauf verzichtet hat, auch die digitale Privatkopie durchsetzungsstark auszugestalten. Aufgrund der wegen Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 »Informationsgesellschafts-Richtlinie« erforderlichen Beschränkung des Anwendungsbereichs auf offline zugänglich gemachte Werke (s. § 95b Abs. 3 UrhG) fehlt es dabei für den in der Praxis zunehmend wichtigeren Bereich der Online-Vermarktung an einem effektiven Nutzerschutz. Dieses Defizit wird sich, wie gesehen,

1622 Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1 und 2 »Informationsgesellschafts-Richtlinie«.

1623 Kritisch dazu auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 425: »Die tiefere Logik einer Regelung, die unter gewissen Umständen die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen erlaubt, wenn dadurch Werke zu Forschungszwecken genutzt werden können, die aber die Umgehung verbietet, wenn es um die Kritik oder Parodie von Werken geht, bleibt unklar.«. Kritisch auch *Dreier*, ZUM 2002, 28, 37; *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, § 95b, Rn. 11.

1624 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 427.

erst im Zuge einer grundlegenden Revision des europäischen Urheberrechts überwinden lassen.

Bemerkenswert ist allerdings, dass der deutsche Gesetzgeber bemüht war, eine Antwort darauf zu finden, dass eine individualrechtliche Schutzgewährung, wie sie in § 95b Abs. 2 UrhG in eingeschränktem Maße vorhanden ist, viele Nutzungswillige überfordern dürfte. Die meisten Schrankenbegünstigten werden bei realitätsnaher Betrachtungsweise nämlich weder in der Lage noch willens sein, den individuellen zivilrechtlichen Anspruch auf Zurverfügungstellung geeigneter Mittel zur Umgehung des technischen Schutzes möglicherweise sogar vor Gericht (mit den damit verbundenen zeitlichen Verzögerungen) gegen den Rechteinhaber durchzufechten¹⁶²⁵. Aus diesem Grund hat der deutsche Gesetzgeber mit § 2a i.V.m. § 3a UKlaG eine Verbandsklagemöglichkeit geschaffen, durch die »eine einheitliche Rechtspraxis gefördert und eine über den Einzelfall hinausgehende Verbindlichkeit von Entscheidungen erreicht« werden soll¹⁶²⁶.

Ein solcher kollektiver Nutzerschutz, der durch repräsentative und unabhängige Verbraucherschutzverbände wahrgenommen werden kann¹⁶²⁷ und den Einzelnen entlastet, leuchtet von der Grundidee her durchaus ein¹⁶²⁸ – nur leider ist die Umsetzung gründlich misslungen und die Wirkung dieser Nutzerschutzmaßnahme begrenzt. So ist die Verankerung der Verbandsklage im Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) gesetzestechisch unzureichend realisiert, weil das auf eine Verbandsklage ergehende Urteil entgegen der in der amtlichen Begründung vertretenen Auffassung keine erga-omnes-Wirkung entfaltet; insbesondere ist § 11 UKlaG nicht analog anwendbar¹⁶²⁹, so dass über § 5 UKlaG wie allgemein üblich die §§ 322 ff. ZPO Anwendung finden¹⁶³⁰. Die Bedeutung der Verbandsklagemöglichkeit besteht insofern allenfalls darin, dass sich mit ihrer Hilfe prä-

1625 BT-Drucks. 15/38, S. 27: »Die Gewährung eines Individualanspruchs zugunsten des einzelnen Schrankenbegünstigten genügt aber nicht, um eine effektive Durchsetzung der Schranken zu gewährleisten. Die individuelle Durchsetzung bleibt nämlich für den einzelnen Begünstigten abgesehen vom allgemeinen Prozessrisiko stets mit erheblichem Aufwand verbunden. Sie wird vielfach erst mit deutlicher zeitlicher Verzögerung zu einer Entscheidung führen, die dann auch nur für den jeweiligen Einzelfall bindet.«; Dreier, ZUM 2002, 28, 39; Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 95b, Rn. 6; Guibault/Helberger, Copyright Law and Consumer Protection, S. 19: »it is unlikely that consumers will turn to the courts to claim the right to make a copy of a CD. Initiating court proceedings involves the risk of financial costs. Moreover, this very aspect makes it unlikely that consumers will be willing to make use of a «right to private copying» even if they had such a right.«.

1626 BT-Drucks. 15/38, S. 27.

1627 Siehe in Deutschland etwa die Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (VZBV), online unter: <http://www.vzbv.de/go/>.

1628 In diesem Zusammenhang ließe sich – über die Problematik technischer Nutzungsrestriktionen hinausgehend – auch daran denken, die Verbraucherschutzverbände mit der Wahrnehmung neu zu schaffender, urheberrechtlicher Missbrauchstatbestände zu betrauen, s. zu diesen Hilty, Sündenbock Urheberrecht?, in: Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Hg. v. Ohly/Klippel, S. 107, 117 m.w.N.

1629 Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 2a UKlaG Rn. 2.

1630 So bereits Loewenheim-Peukert, Handbuch des Urheberrechts, § 36, Rn. 22, Fn. 80.

zedenzfallartige Grundsatzentscheidungen erstreiten lassen, an die andere Gerichte in ihrer Rechtsanwendung jedoch nicht gebunden sind¹⁶³¹. Darüber hinaus ist die gekünstelte Eingliederung in das UKlaG auch in gesetzessystematischer Hinsicht verfehlt, denn es geht in Wahrheit nicht um ein Unterlassen, sondern um einen Anspruch auf ein positives Tun (nämlich das Zurverfügungstellen der für die Umgehung der technischen Schutzmaßnahmen benötigten Mittel)¹⁶³². Eine richtigerweise auf ein *aktives Tätigwerden* des Rechteinhabers gerichtete Verbandsklagemöglichkeit wäre daher unter gesetzessystematischen Gesichtspunkten besser aufgehoben gewesen im UrhG. Die konstruierte Einkleidung in einen Unterlassungsanspruch führt nach gegenwärtiger Rechtslage demgegenüber zu dem systemwidrigen und befremdlichen Ergebnis, dass Klageantrag und Tenor an sich auf eine »Unterlassung einer Unterlassung« zu richten sind¹⁶³³. Ganz abgesehen davon kann man sich die Frage stellen, ob nicht de lege ferenda ohnehin die Etablierung eines auch für den Online-Bereich Anwendung findenden key-escrow-Systems – beispielsweise mit einer in anderen Ländern bereits existierenden Verbraucherschutzbehörde als treuhänderischer Schlüsselhinterlegungsinstanz – die zwar aufwendigere, aber effizientere und wirkungsvollere

1631 Vor diesem Hintergrund ist die Kritik von Schricker-Götting, Urheberrecht, § 95b, Rn. 21, an der Verbandsklagemöglichkeit nicht unberechtigt. Götting hält es für »äußerst zweifelhaft, ob sich die Hoffnungen, dass die Verbandsklage geeignet ist, eine effektive Durchsetzung der aus § 95b Abs. 2 resultierenden Ansprüche zu gewährleisten, erfüllen. Vor allem dann, wenn dem Begünstigten an einer sofortigen oder zumindest sehr schnellen Inanspruchnahme der privilegierten Nutzungen gelegen ist, erweisen sich die Erwägungen des Gesetzgebers als geradezu lebensfremd.«. Begrüßt wird von Götting, a.a.O., Rn. 22, demgegenüber die als Ordnungswidrigkeit ausgestaltete Pönalisierung in § 111a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UrhG, weil sie aufgrund ihrer Wirkungsintensität (Geldbuße bis zu 50.000 €) stärker auf die öffentliche Meinungsbildung Einfluss nehme.

1632 Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 2a UKlaG Rn. 2: »Der Anspruch aus § 2 a I ist auf ein Unterlassen gerichtet: Der Rechtsinhaber hat es zu unterlassen, den Begünstigten die erforderlichen Mittel nicht zur Verfügung zu stellen. In Wahrheit geht es aber darum, den Rechtsinhaber zu einem positiven Tun zu verpflichten. Die Einkleidung in einen Unterlassungsanspruch soll lediglich die Einbeziehung in das UKlaG ermöglichen.«. Näher zum Inhalt des Unterlassungsanspruchs auch Loewenheim-Peukert, Handbuch des Urheberrechts, § 36, Rn. 23, der in Fn. 91 betont, dass eine Verbandsklage auf ein Tun dem UKIG fremd ist. Dies erkennt auch Schricker-Götting, Urheberrecht, § 95b, Rn. 32, der aber dennoch zur Verwirklichung des Schutzzwecks von § 95b Abs. 2 UrhG ausnahmsweise einen Anspruch auf ein positives Tun zulassen möchte, auch wenn dies – wie er selber einräumt – mit dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 UKlaG »schwerlich vereinbar« sei.

1633 Vgl. Schmid-Wirth, UrhG, Anhang zu § 95b, Rn. 3. Ob die Gewährung eines auf die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruchs zudem sogar europarechtswidrig ist – zu diesem Ergebnis kommt Loewenheim-Peukert, Handbuch des Urheberrechts, § 36, Rn. 23, soll hier nicht weiter vertieft werden. Peukerts Gedankengang beruht auf der Annahme, dass die »Informationsgesellschafts-Richtlinie« geprägt sei von einem prinzipiell umfassenden rechtlichen Schutz technischer Maßnahmen, der nur *ex post*, nicht aber *ex ante* begrenzt werde könne. Deshalb könne der Vorrang technischer Maßnahmen allenfalls im Nachhinein korrigiert werden, nicht aber im Vorfeld der Einsatz von den Schrankenverwirklichung vereitelnden technischen Maßnahmen unterbunden werden.

Lösungsmöglichkeit darstellt. Für diesen Ansatz spricht zumindest, dass er dem Nutzungswilligen nicht das Prozessrisiko aufbürdet und je nach Ausgestaltung eine schnellere Abhilfemöglichkeit verspricht¹⁶³⁴.

Erschöpfend kann diese überaus komplexe Problematik hier nicht behandelt werden. Angesichts der vorstehend aufgezeigten, zahlreichen Defizite des Nutzerschutzes im digitalen Umfeld dürfte aber deutlich geworden sein, dass noch viel Arbeit auf die Urheberrechtswissenschaft wartet.

E. Resümee bezüglich des vorgeschlagenen Normzweckmodells

Im vorstehenden Kapitel wurden die Zulässigkeit, der Umfang, der Sinn und die konkreten materiell-rechtlichen Konsequenzen des mit dieser Arbeit verfolgten normzweckorientierten Ansatzes untersucht.

I. Zulässigkeit, Umfang und Bedeutung einer Normzweckerweiterung

Die Untersuchung hat in Kap. 5 A. bis C. im Einzelnen zu dem Ergebnis geführt, dass eine Normzweckerstreckung auf den Nutzerschutz sowohl mit verfassungsrechtlichen Vorgaben in Deutschland, als auch mit europa- und internationalrechtlichen Vorgaben prinzipiell vereinbar ist (s. Kap. 5 A.).

Weitere Normzwecke – wie etwa der Schutz der Allgemeininteressen, der Verwerter oder der Institution Wettbewerb – wurden verworfen (s. Kap. 5 B.). Sie alle sind durchaus dem Urheberrecht zugrundeliegende *Zielvorstellungen*, aber keine *Zwecke*. So wäre etwa der Verwerterenschutz erst dann als *Zweck* zu qualifizieren, wenn de lege lata unmittelbar verwertererschützende *Mittel* existierten oder de lege ferenda zu befürworten wären. Beides ist aber gerade nicht der Fall. Insbesondere ist eine grundsätzlich denkbare Durchbrechung des Schöpferprinzips und eine originäre Rechtsinhaberschaft des Investors nicht erstrebenswert. Nur weil die Verwerter ein legitimes Amortisationsbedürfnis haben und sie mittelbar maßgeblich vom urheberrechtlichen Schutzinstrumentarium profitieren, darf man nicht den Fehler begehen, vom Sein auf das Sollen zu schließen. Die mit einer programmatischen Festlegung auf einen Normzweck »Verwerterenschutz« verbundene Aufwertung der Verwerterinteressen würde es nämlich erheblich erschweren, Urhebern und Nutzern den Schutz einzuräumen, der ihnen gebührt. Da sich bereits jetzt die Anzeichen verdichten, dass wir mit dem urheberrechtlichen Schutz zu weit gegangen sind und bereits die existierenden, abgeleiteten Nutzungsrechte in den Händen der Verwerter zu einer zunehmend problematischen

1634 Mit einem Vorschlag für eine europaweit koordinierte Implementierung des key-escrow-Ansatzes siehe jüngst etwa die Arbeit von *Mazziotti*, EU Digital Copyright Law and the End-User, S. 343 ff. Näher zu den Vorzügen und Schwächen dieser Regulierungsvariante auch *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 412 ff.

Schutzexpansion geführt haben, wäre eine weitere Stärkung der Verwerterposition durch einen expliziten urheberrechtlichen VerwerterSchutzzweck in Kombination mit den entsprechenden verwerterSchützenden Mitteln wenig ratsam und aller Voraussicht nach sowohl den Interessen der Urheber als auch der aktiven und selbstbestimmten Nutzer abträglich. Eine Normzweckerweiterung um einen ausdrücklichen VerwerterSchutz ist daher aus rechtspolitischen und rechtsdogmatischen Gründen (siehe dazu oben Kap. 5 B. II. 2.) dezidiert abgelehnt worden. Zweck des Urheberrechts im engeren Sinne ist es allein, Urheber und Nutzer zu schützen.

Beide Normzwecke sind nach der hier vertretenen Auffassung (Kap. 5 C.) dabei einander richtigerweise *nicht* in einem Verhältnis von Primär- und Sekundärzweck zuzuordnen. Eine solche hierarchische Zweckstaffelung ist insbesondere deshalb abzulehnen, weil auf Grundlage der in Kap. 4 vorgenommenen, theoretischen Rechtfertigung urheberrechtlicher Regulierung eine privilegierte Sonderstellung des Urhebers keineswegs als a priori vorgegeben betrachtet werden kann. So hat sich auch im Rahmen der schwerpunktmäßig untersuchten ökonomietheoretischen Rechtfertigung (Kap. 4 C. I.) kein eindeutiges Primat des UrheberSchutzes ergeben¹⁶³⁵.

Statt einer hierarchischen Zweckstaffelung wird hier daher im Ergebnis von prinzipiell gleichrangigen Normzwecken ausgegangen (s. Kap. 5 C. II. 2.). Dies hat zur Folge, dass im Rahmen dieses Normzweckmodells die Positionen der einzelnen Normzwecksubjekte bei der Anwendung und Auslegung des Gesetzes notwendigerweise dergestalt zu einem schonenden Ausgleich zu bringen sind, dass jedem Normzweck maximale Geltung widerfährt, also – in verfassungsrechtlicher Terminologie gesprochen – »praktische Konkordanz« erreicht wird. Für die Fälle, in denen das Gesetz den Konflikt der häufig (aber keineswegs immer) gegenläufigen Normzwecke nicht klar entschieden hat, ist, ausgehend vom Prinzip der Gleichrangigkeit, eine Abwägung von Urheber- und Nutzerschutz im konkreten Einzelfall vorzunehmen. Übergeordneter Maßstab für diese Abwägungsentscheidung können dabei beispielsweise diejenigen Wert- und Zielvorstellungen sein, die in der mit dieser Arbeit vorgeschlagenen Präambel und Normzweckklausel aufgeführt werden¹⁶³⁶.

Insofern liegt die Bedeutung normativ-zweckorientierten Denkens für das Urheberrecht also darin, im Rahmen des vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Spielraums eine Grundlage für die teleologische Auslegung des Gesetzes zu bie-

1635 Allenfalls aus der Property Rights-Theorie in ihrer neoklassischen Ausprägung mit ihrer Forderung einer möglichst breiten Schutzgewährung zugunsten des Urhebers ließe sich eine bevorzugte Stellung des Urhebers im Sinne eines primären Schutzzwecks herleiten. Dieser Ansatz wurde jedoch oben zu Recht verworfen, s.o. Kap. 4 C. 4. b).

1636 Siehe oben Kap. 4 C. IV. 2. a) am Ende sowie Kap. 5 D. II. 1. Inwieweit für solche Wertungsentscheidungen im Urheberrecht überhaupt Raum besteht – bzw. de lege ferenda zusätzlich zu schaffen ist –, ist in Kap. 5 D. II. 4 b) aa) vertieft worden.

ten. Darüber hinaus kann die Neubestimmung des normativen Sinns eines Gesetzes auch maßgeblich zu seiner rechtspolitischen Rechtfertigung beitragen¹⁶³⁷. Die Beantwortung der Frage nach dem Warum des Urheberrechts ist daher nicht allein von akademischer, sondern auch von eminenter rechtspolitischer und rechtspraktischer Relevanz: Akzeptanz, Anwendung und Auslegung des Urheberrechts hängen in hohem Maße von ihr ab¹⁶³⁸. Die Funktion einer normativ aufgeladenen Zweckbestimmung beschränkt sich freilich nicht auf die der Gesetzesrechtfertigung und der Auslegungshilfe, sondern geht weit darüber hinaus. So lassen sich Normzwecke auch als Richtschnur und Gestaltungsauftrag für die Weiterentwicklung des Urheberrechts durch Rechtsprechung und Gesetzgeber verstehen¹⁶³⁹. Namentlich das dem Nutzerschutzparadigma zugrundeliegende und auf die Verwirklichung einer »offenen Kultur«¹⁶⁴⁰ abzielende, normative Leitbild vom aktiven und selbstbestimmten Nutzer¹⁶⁴¹ bietet insoweit die Grundlage für eine stärker nutzerorientierte Ausgestaltung des Urheberrechts.

II. Gestaltungsoptionen zur Verwirklichung des Nutzerschutzparadigmas

Zwar ergeben sich aus dem abstrakten urheberrechtlichen Normzweck des »Nutzerschutzes« keine unmittelbar zwingenden Vorgaben, wie das Urheberrecht konkret ausgestaltet sein sollte, damit es sowohl den Schutzbedürfnissen der Urheber als auch der aktiven und selbstbestimmten Nutzer angemessen Rechnung trägt¹⁶⁴². Es sind daher vorstehend lediglich einige denkbare, dem Nutzerschutzparadigma plausibel Ausdruck verleihende Gestaltungsoptionen aufgezeigt worden, ohne dass mit diesen Reformvorschlägen der Anspruch verknüpft wäre, allein durch sie lasse sich den Schutzbedürfnissen aktiver und selbstbestimmter Nutzer »richtig« Rechnung tragen. Zur materiell-rechtlichen Konkretisierung des mit dieser Arbeit

1637 Siehe die Ausführungen zu den Chancen normzweckorientierten Denkens für das Urheberrecht in Kap. 5 D. I.

1638 Stallberg, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 29.

1639 Vgl. Beater, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 20 ff.; Stallberg, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 29.

1640 Siehe zu dieser Zielvorstellung Kap. 4 C. IV. 2. a).

1641 Siehe zu diesem normativen Leitbild Kap. 4 C. IV. 2. b).

1642 Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass letztlich jedes urheberrechtstheoretische Erklärungsmodell damit überfordert ist, in sämtlichen Einzelfragen den Weg zur optimalen Ausgestaltung des Urheberrechts zu weisen. Sollte dies die Erwartung an das hier verfolgte normativ-normzweckorientierte Rechtfertigungsmodell sein, dann müsste man es wohl als nicht operationalisierbar verwerfen. Ein solcher Vorwurf der Unbrauchbarkeit käme aber einer Art »Totschlagargument« gleich, dem letztlich auch kein individualistisches oder sonstiges Erklärungsmodell Stand halten könnte. Eine umfassend alle aufgeworfenen Fragen berücksichtigende und zugleich detailliert beantwortende, also quasi universalistische Urheberrechtstheorie gibt es nicht und kann es realistischweise nicht geben.

vorgeschlagenen Nutzerschutzparadigmas wurden am Beispiel des deutschen UrhG in verallgemeinerungsfähiger Form in Kap. 5 D. II. näher untersucht:

1. Etablierung einer Normzweckklausel und einer neuen Gesetzesbezeichnung,
2. Verkürzung und Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schutzdauer,
3. Schutz für die Nutzer von »orphan works«,
4. Auslegung und Ausgestaltung der Schranken und
5. Durchsetzung urheberrechtlicher Wertungen gegenüber technischen Nutzungsrestriktionen.

1. Vorschlag für eine Normzweckklausel und eine neue Gesetzesbezeichnung

Im Einzelnen wurde dabei in Kap. 5 D. II. 1. eine programmatische Normzweckklausel vorgeschlagen, die sich dem jeweiligen nationalen Urheberrechtsgesetz voranstellen lässt. § 1 Satz 1 des deutschen UrhG könnte danach *de lege ferenda* beispielsweise lauten:

»Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst sowie deren Nutzer genießen Schutz aufgrund und nach Maßgabe dieses Gesetzes.«.

Ein erläuternder § 1 Satz 2 UrhG könnte *de lege ferenda* lauten:

»Das Urheberrecht schützt die ideellen Interessen des Urhebers in Bezug auf sein Werk (*Prinzip der persönlichkeitsrechtlichen Interessenwahrung*) und dient zudem der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes (*Alimentations- und Amortisationsprinzip*). Zugleich schützt es das individuelle Selbstbestimmungs- sowie Zugangs- und Verwendungsinteresse der Werknutzer, 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 (*Partizipationsprinzip*). Durch das Urheberrecht soll damit der kulturelle, wissenschaftliche und wirtschaftliche Fortschritt gefördert und eine offene, insbesondere durch autonome Selbstbestimmung, Pluralismus und kulturelle Vielfalt geprägte Kultur verwirklicht werden.«¹⁶⁴³.

Zur Überwindung des bisherigen rein urheberzentrierten Paradigmas wurde weiter als neue Gesetzesbezeichnung angeregt: *Schutzrecht der Urheber und der aktiven und selbstbestimmten Nutzer*.

1643 Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass es bei Einfügung einer solchen Normzweckklausel freilich der Anpassung der übrigen programmatischen Aussagen im UrhG bedürfte. Um eine Wiederholung des Prinzips der persönlichkeitsrechtlichen Interessenwahrung sowie des Beteiligungsgrundsatzes zu vermeiden, wäre § 11 UrhG ersatzlos zu streichen. Siehe oben auch zu dem dadurch auftretenden Folgeproblem, wie dann mit dem bislang in § 11 Satz 1 und § 29 UrhG zum Ausdruck kommenden Bekenntnis des deutschen Gesetzgebers zum Monismus zu verfahren wäre.

2. Formulierungsvorschlag für eine Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzdauer

Zur aus Nutzersicht erstrebenswerten Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzdauer wurde in Kap. 5 D. II. 2. c) ferner ein Formulierungsvorschlag für eine fünfjährige Schutzfrist ab Veröffentlichung mit anschließender, gebührenpflichtiger mehrmaliger Verlängerungsoption unterbreitet. Eine entsprechende Änderung des europäischen und internationalen Urheberrechts vorausgesetzt¹⁶⁴⁴, könnte so beispielsweise in § 64 UrhG (bzw. die jeweilige nationale urheberrechtliche Schutzfristbestimmung) de lege ferenda – unter Ausklammerung der möglicherweise abweichend zu regulierenden Dauer des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Entstellungsschutzes und Namensnennungsrechts – folgende Schutzfristbestimmung eingefügt werden:

- (1) Das Urheberrecht erlischt fünf Jahre nach der gestatteten Erstveröffentlichung des Werkes. Der Schutz für unveröffentlichte Werke erlischt endgültig mit dem Tode des Urhebers.
- (2) Die Fristen gemäß Abs. 1 sind Jahresfristen gemäß § 69 UrhG. Sie beginnen mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem das für den Beginn der Frist maßgebende Ereignis eingetreten ist.
- (3) Die Schutzfrist gemäß Abs. 1 Satz 1 kann um jeweils fünf Jahre verlängert werden.
- (4) Die Verlängerung der Schutzfrist wird dadurch bewirkt, dass eine Verlängerungsgebühr gezahlt wird.
- (5) Die Verlängerung der Schutzfrist wird am Tag nach dem Ablauf der Schutzfrist wirksam. Sie wird in ein Register eingetragen und veröffentlicht. Zur Ermöglichung von Lizenzverhandlungen hat der Urheber oder Rechteinhaber geeignete Angaben zu machen, die potentielle Nutzer in die Lage versetzen, mit ihm in Kontakt zu treten.
- (6) Zur Sicherung seiner Rechte kann der Urheber oder Rechteinhaber das Werk auch schon vor Ablauf der gemäß Abs. 1 bereits kraft Gesetzes vorgesehenen fünfjährigen Schutzfrist seit Erstveröffentlichung vorsorglich in das Register eintragen lassen.
- (7) Wird die Schutzfrist nicht verlängert, so wird das Werk gemeinfrei¹⁶⁴⁵.

Indem die Marktteilnehmer bei diesem Lösungsansatz ihr jeweiliges Schutzbedürfnis weitgehend selber marktnah justieren können und dadurch die im Vergleich zum Gesetzgeber tendenziell besser informierten Urheber und Rechteinhaber die letztendliche Schutzdauer selber in der Hand haben, ist dieser Ansatz dem herkömmlichen starren Schutzdauer-Modell überlegen, bei dem Schutzdauer und Schutzfrist p.m.a. in personalistischer Rechtfertigungstradition unter willkür-

1644 Siehe dazu Kap. 5 D. II. 2. c).

1645 Zur näheren Erläuterung des hier nur holzschnittartig skizzierten Regulierungsvorschlags sei ausdrücklich auf die Ausführungen in Kap. 5 D. II. 2. c) verwiesen.

lichem Rückgriff auf die Lebenszeit des Urhebers und die Lebenszeit zweier weiterer Generationen konstruiert wird¹⁶⁴⁶. Da von der Verlängerungsoption vermutlich vor allem Rechteinhaber mit einer kommerziellen Verwertungsabsicht Gebrauch machen würden¹⁶⁴⁷, wäre der bestechende Vorteil einer solchen flexiblen Schutzdauerregelung unter Nutzerschutzgesichtspunkten, dass die große Zahl der Werke, für die eine kommerzielle Verwertung nicht (oder nicht mehr) angestrebt wird, gemeinfrei würde und potentiellen Nutzern (aber auch Wettbewerbern) vergleichsweise früher zur zustimmungs- und kostenfreien Nutzung zur Verfügung stünde¹⁶⁴⁸.

3. Schutz für die Nutzer von »orphan works«

Selbst wenn es eines Tages zu einer solchen Schutzfristverkürzung bzw. -flexibilisierung durch den Gesetzgeber kommen sollte, bedeutete dies jedoch aufgrund des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots noch keine Lösung für die »Altfälle« mit einer unverändert langen, starren Schutzdauer von 70 Jahren p.m.a. Zumindest für die Konstellationen, in denen der urheberrechtliche Schutz noch fortbesteht, der Urheber bzw. Rechteinhaber aber trotz sorgfältiger Suche nicht mehr identifizierbar bzw. auffindbar ist, das Werk also verwaist ist, kann – wie die Untersuchung gezeigt hat – die in den USA in den vergangenen Jahren mit großer Intensität geführte Diskussion über den Umgang mit »orphan works« als Inspirationsquelle dienen, wie sich die Symptome einer überlangen Schutzdauer de lege ferenda zumindest lindern lassen.

1646 Siehe hierzu Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (kodifizierte Fassung): »Die Mindestschutzdauer, die nach der Berner Übereinkunft fünfzig Jahre nach dem Tod des Urhebers umfasst, verfolgte den Zweck, den Urheber und die ersten beiden Generationen seiner Nachkommen zu schützen. Wegen der gestiegenen durchschnittlichen Lebenserwartung in der Gemeinschaft reicht diese Schutzdauer nicht mehr aus, um zwei Generationen zu erfassen.«; eingehend zur Rechtfertigung der 70jährigen Schutzfrist p.m.a. mittels des Generationengedankens *Beier*, Die urheberrechtliche Schutzfrist, S. 124 ff., 132 f.; kritisch zu diesem überholten Rechtfertigungsgedanken u.a. *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, Vor §§ 64 ff., Rn. 1.

1647 Diese Annahme wird gestützt durch die empirische Studie von *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471 ff. (2003). Deren Untersuchung der Registrierung- und Verlängerungszahlen für im Zeitraum von 1883 bis 1964 in den USA registrierte Werke kommt zu dem Ergebnis (S. 517) »that copyright registration and renewals are indeed highly responsive to economic incentives (...) The shorter the expected life of a copyright and the higher the registration and renewal fees, the less likely are both registration and renewal.«.

1648 Voraussetzung dafür wäre freilich, dass neben dem vermögensrechtlichen Schutz auch der persönlichkeitsrechtliche Schutz nicht übermäßig lang ausgestaltet wird, und dass es nicht zu strategischen oder »missbräuchlichen« Verlängerungen kommt, ein Verhalten, wie wir es beispielsweise auch aus dem Patentrecht u.a. zur Ermöglichung von Cross-Licensing kennen.

Zwar wäre im deutschen Urheberrecht eine dem »Orphans Works Act of 2006«¹⁶⁴⁹ nachempfundene Beschränkung der Schadensersatzansprüche auf eine angemessene Lizenzgebühr aus Nutzersicht nur von begrenztem Wert, schließlich ist hier die gewohnheitsrechtlich anerkannte Lizenzanalogie ohnehin die gebräuchlichste Methode der Schadensberechnung¹⁶⁵⁰. Sinnvoll erscheint demgegenüber aber prinzipiell der *Ausschluss des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs im Falle bearbeitender Nutzungen von orphan works*. Eine solche nutzerschützende Maßnahme, die wiederum eine Änderung des europäischen Urheberrechts verlangte¹⁶⁵¹, wäre von erheblicher praktischer Relevanz, denn häufig bearbeiten Private im Zusammenhang mit Phänomenen wie »user generated content« oder der zu beobachtenden »participatory culture«¹⁶⁵² – oder wie immer man das durch ein hohes Maß aktiver Partizipation geprägte kreative Werkschaffen im digitalen Umfeld bezeichnen möchte – fremde Werke und machen sie anschließend über das Internet öffentlich zugänglich, ohne dass es ihnen trotz sorgfältiger Recherche gelänge, den jeweiligen Urheber bzw. Rechteinhaber des verwendeten Werks vorab ausfindig zu machen.

4. Normzweckorientierte Auslegung und Ausgestaltung der Schranken

Zusätzlich zu diesen konkreten materiell-rechtlichen Gestaltungsoptionen wurde das in dieser Arbeit auf Grundlage eines integrativen Rechtfertigungsmodells (s. Kap. 4 D.) verfolgte bipolare Normzweckkonzept in Kap. 5 D. II. 4. sowohl für die *Auslegung*, als auch für die *Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen* fruchtbar gemacht. Schranken sind danach weder per se eng, noch weit, sondern wie andere Rechtsvorschriften auch unter Anwendung des allgemein üblichen »Auslegungskanons« auszulegen¹⁶⁵³. Neben der grammatischen (wörtlichen), der historischen und der systematisch-logischen Auslegung kommt dabei der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode im Urheberrecht eine hervorgehobene Bedeutung zu. Von ihrer Rechtsnatur her sind Schranken dabei nach dem hier zugrundegelegten Verständnis in aller Regel nicht als Ausnahmen vom

1649 Orphan Works Act of 2006, 109th Congress, 2nd Session, H.R. 5439.

1650 Auch in anderen europäischen Ländern würde eine Beschränkung des Schadensersatzanspruchs die Nutzer verwaister Werke nicht wirklich besser stellen, so auch *Hugenholtz et al.*, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, S. 190: »when it comes to the financial damages that a user may incur, the (civil) law in the Member States is much more benevolent to the user than in the US. A liability rule, therefore, would not alleviate the situation for users as such. It would, at the most, encourage more users to use orphan works.«.

1651 Eingehend dazu Kap. 5 D. II. 3. d).

1652 Siehe zu diesen Schlagworten oben in Kap. 4 C. IV. 2. a).

1653 Siehe die Nachweise zu dieser keineswegs selbstverständlichen These in Kap. 5 D. II. 4. a) aa).

urheberrechtlichen Schutz aufzufassen. Vielmehr sind sie zu verstehen als Bestimmungen, die Inhalt und immanente Grenzen des Urheberrechts festlegen¹⁶⁵⁴.

Im Hinblick auf eine stärker nutzerorientierte Ausgestaltung der Schrankenbestimmungen ist in Kap. 5 D. II. 4. b) aa) sowohl eine formale, gesetzestechnische Bereinigung, als auch eine sachlich-inhaltliche Revision der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen vorgeschlagen worden. So sind die bestehenden Schranken des deutschen und europäischen Urheberrechts in formaler Hinsicht revisionsbedürftig, weil sie zu komplex und kasuistisch geraten sind. Die allzu problem- und interessensspezifischen Schrankenbestimmungen bedürfen daher im Interesse des Nutzerschutzes dringend einer grundlegenden Neuordnung. Sie sind zu straffen, zu vereinfachen und allgemeinverständlicher zu gestalten. Nutzerschutz heißt somit auch Abbau von Verständnisbarrieren und Erhöhung von Transparenz und Nachvollziehbarkeit für den einfachen Rechtsanwender. Zugleich sind die Schranken – sowohl auf nationaler, als auch auf europäischer Ebene – knapper und wertungsoffener zu gestalten, damit im Konfliktfall die Rechtsprechung im Rahmen des ihr zur Verfügung stehenden Spielraums zeitgemäße und einzelfallgerechte Lösungen herbeiführen kann¹⁶⁵⁵. Damit das Urheberrecht sowohl den Schutzbedürfnissen der Urheber als auch der aktiven und selbstbestimmten Nutzer angemessen Rechnung tragen kann, kann sich sogar eine Schrankenkonzeption empfehlen, die soweit als möglich Vergütungsansprüche anstelle von Verbotsrechten vorsieht (*Vergütungsanspruch als Regel, Verbotswort als Ausnahme*)¹⁶⁵⁶. Auf diese Weise ließe sich am ehesten die mit dieser Arbeit propagierte Zielvorstellung einer *offenen Kultur* verwirklichen, in der möglichst viele Inhalte erlaubnis-, aber nicht kostenfrei zugänglich sind, eine Kultur also, in der Urheber vergütet werden, aber kreatives Schaffen Dritter auch nicht unnötig und unverhältnismäßig durch urheberrechtliche Verbotsrechte bedingt oder verhindert wird¹⁶⁵⁷. Eine offene, partizipative Kultur kann nur dann funktionieren, wenn Nutzer frei bzw. zumindest freier als bislang sind, vorhandene Werke insbesondere kreativ-schöpferisch verwenden zu dürfen. Diesen Freiraum gewähren Liability Rules¹⁶⁵⁸. Um darüberhinaus mittels der Rechtsprechung flexible und einzelfallgerechte Entscheidungen zu ermöglichen, ist ferner in Kap. 5 D. II. 4. b) bb) (2) eine den (sowohl auf deutscher als auch europäischer Ebene) bislang abschließend konzipierten Schrankenkatalog ergänzende Auffangklausel vorgeschlagen worden. Eine solche Auffangklausel, die sich beispielsweise in

1654 Siehe im Einzelnen dazu oben Kap. 5. D. II. 4. a) aa).

1655 Vgl. *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 486.

1656 Vgl. *Huuskonen*, Copyright, Mass Use and Exclusivity, S. 243: »The compensation has become the core. Although not attempted here, it would be feasible to outline a copyright system with compensation as the core and exclusivity as an exception.«. Siehe zur Diskussion Property Rule versus Liability Rule auch schon ausführlich oben in Kap. 4 C. I. 4. b) aa) (2) β).

1657 Siehe zur Zielvorstellung einer offenen Kultur oben Kap. 4 C. IV. 2. a).

1658 Für die weiteren Pro- und Contra-Argumente in Bezug auf Liability Rules wird hier vollumfänglich verwiesen auf Kap. 4 C. I. 4. b) aa) (2) β).

§ 61 UrhG *de lege ferenda* einfügen ließe, könnte daher – eine Änderung europäischen Rechts erneut vorausgesetzt – beispielsweise folgenden Wortlaut haben:

Sofern nicht der Anwendungsbereich einer speziellen in den §§ 44a ff. UrhG geregelten Schrankenbestimmung eröffnet ist, kann eine Vervielfältigung oder öffentliche Zugänglichmachung eines veröffentlichten Werkes auch dann zulässig sein, wenn sie der Berichterstattung, der Veranschaulichung im Unterricht, der wissenschaftlichen Forschung oder der nicht unmittelbar zu kommerziellen Zwecken erfolgenden Bereitstellung oder Präsentation von Informationen insbesondere durch Bibliotheken, Archive und Suchmaschinen dient, und durch sie die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt wird sowie die berechtigten Interessen der Urheber und Rechteinhaber nicht ungebührlich verletzt werden¹⁶⁵⁹.

5. Optionen des Nutzerschutzes im Hinblick auf technische Nutzungsrestriktionen

Zur materiell-rechtlichen Verwirklichung des mit dieser Arbeit propagierten Nutzerschutzparadigmas sind in Kap. 5 D. 5. a) als Korrektur des auf Informationsasymmetrie beruhenden Marktversagens verschärfte und international einheitliche Informationspflichten hinsichtlich technischer Nutzungsrestriktionen eingefordert worden. Zudem wurden rechtliche wie technische Möglichkeiten aufgezeigt, wie sich prinzipiell auf das Problem überbordender technischer Nutzungsrestriktionen reagieren lässt. Neben der Sorge um die Durchsetzung bzw. Durchsetzbarkeit bestehender Urheberrechtsbeschränkungen galt dabei besondere Aufmerksamkeit der Bedrohung, die der Technikeinsatz für (bislang) nicht oder möglicherweise nur unzureichend privilegierte »Verbraucher«- bzw. Nutzerinteressen bedeuten kann. Technische Nutzungsrestriktionen haben das Potential, Nutzer in ihrer Entscheidungsfreiheit darüber einzuschränken, ob, wann, wo, wie und wie oft sie digitale Inhalte hören, sehen, lesen, austauschen, abspeichern oder bearbeiten¹⁶⁶⁰. Auf diese massive Einschränkung digitaler Nutzerfreiheiten haben Urheberrechtswissenschaft und Gesetzgeber bislang keine überzeugende Antwort gefunden. Dabei sollte das UrhG unter Berücksichtigung der informationsökonomischen Erkenntnisse in Kap. 4 C. 5. e) richtigerweise auch – und nicht zuletzt – als ein Gesetz zur Sicherung der Qualität der vertraglichen wie technischen Nutzungsbedingungen für digitale Inhalte verstanden werden. Ein Schritt in diese Richtung könnte die Etablierung eines Kanons obligatorischer digitaler Nutzerrechte sein. Dieser könnte beispielsweise umfassen ein *Nutzerrecht auf digitale Privatkopie* (zumindest in einem näher zu bestimmenden Umfang, bei dem die

1659 Nähere Ausführungen zum Anwendungsbereich und zu konkreten Anwendungsbeispielen dieser Auffangklausel (z.B. Zulässigkeit von »Thumbnails«; Zulässigkeit von Textschnipseln im Rahmen der Google Buchsuche) finden sich in Kap. 5 D. II. 4. b) bb) (2).

1660 Vgl. Helberger, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33.

Anzahl zulässiger Kopien beispielsweise auf fünf oder sieben Kopien festzulegen wäre), ein *Nutzerrecht auf räumlich und zeitliche versetzte Nutzung* (sog. »right to time-shift« bzw. »right to space-shift«), ein *Nutzerrecht auf die Erstellung von Sicherungskopien* sowie ein *Nutzerrecht auf Durchsetzung der Gemeinfreiheit*. Letztere Nutzerschutzmaßnahme würde darauf abzielen, dass die gesetzgeberischen Wertungen hinsichtlich der Schutzvoraussetzungen und der Schutzdauer nicht durch den Einsatz von TPM bzw. DRM-Systemen unterlaufen werden¹⁶⁶¹.

Nachdem in Kap. 5 D. II. 5. b) aa) kurz eher technisch ausgerichtete Lösungsansätze dargestellt wurden, die das Problem allzu restriktiver Nutzungsbedingungen theoretisch bereits ex ante auf technischer Ebene entschärfen könnten, indem sie (zumindest teilweise) entsprechenden Nutzerbedürfnissen von vornherein bei der Ausgestaltung der Technik Rechnung tragen, wurden anschließend in Kap. 5 D. II. 5 b) bb) die sonstigen, nutzerschützenden Gestaltungsoptionen des Gesetzgebers ausgeleuchtet¹⁶⁶². Unterschieden wurden die individuelle und die kollektive Durchsetzung der Nutzerbefugnisse, wobei sich die Geltendmachung in beiden Fällen entweder unmittelbar gegen den Verwender technischer Nutzungsrestriktionen richten kann (dies ist prinzipiell das mit § 95b Abs. 2 UrhG vom deutschen Gesetzgeber verfolgte Modell) oder mittelbar durch Einbeziehung einer Dritt-Partei (sog. »trusted third party«) abgewickelt werden kann. Die zuletzt genannte Variante, die auch als »key escrow«-Ansatz bezeichnet wird, weil bei ihr autorisierte Dritt-Parteien die zur Verwirklichung der jeweiligen Befugnis benötigten technischen Mittel bereitstellen¹⁶⁶³, wurde als besonders nutzerfreundlich identifiziert. Indem bei diesem Ansatz berücksichtigt wird, dass die meisten schrankenprivilegierten Nutzungswilligen nicht die technischen Fähigkeiten besitzen, technische Schutzmaßnahmen selbst zu umgehen, hebt sich der »key-escrow«-Ansatz insbesondere von »Selbsthilfeansätzen« ab, bei denen dem einzelnen Nutzer lediglich ein »right to hack« zusteht. Nutzerfreundlich ist das »key-escrow«-Konzept zudem deshalb, weil es die Privatsphäre des Nutzungswilligen dadurch schützen hilft, dass dieser sich zur Verwirklichung seiner Nutzer-

1661 Siehe zu dieser Problematik auch *Peukert*, UFITA 2002/III, 689, 710. Vorbildcharakter könnte die in den USA in Section 3 b) IV des Entwurfs für den »Freedom and Innovation Revitalizing U.S. Entrepreneurship Act of 2007«, H.R. 1201, 110th Cong. (2007) vorgeschlagene Regelung haben. Danach wäre zulässig »an act of circumvention that is carried out solely for the purpose of gaining access to one or more works in the public domain that are included in a compilation consisting primarily of works in the public domain«. S. in Kap. 5 D. II. 5. b) bb) näher zu dem absehbaren Einwand, dass sich der rechtliche Umgehungsschutz ohnehin nur auf urheberrechtlich geschützte Werke beziehe, sich aber nicht auf Material erstrecke, das von vornherein keinen urheberrechtlichen Schutz genossen hat oder aber dessen urheberrechtlicher Schutz bereits abgelaufen ist, vgl. *Dreier-Schulze-Dreier*, UrhG, § 95b, Rn. 3.

1662 Ausgeklammert wurden dabei Lösungsansätze, die auf die Qualitätssicherung der vertraglichen Nutzungsbedingungen abzielen, siehe dazu aber schon oben im Rahmen der informationsökonomischen Rechtfertigung des Nutzerschutzes in Kap. 4 C. I. 5. d) bb).

1663 Siehe dazu die Nachweise in Kap. 5 D. II. 5 b) bb).

rechte nicht an den Inhaltenanbieter, sondern an eine neutrale dritte Instanz wenden kann¹⁶⁶⁴.

Erschöpfend wurde der key-escrow-Ansatz gleichwohl nicht untersucht. Für die Zwecke dieser Arbeit genügt die Erkenntnis, dass, für welche der genannten Gestaltungsoptionen sich der Gesetzgeber letztlich auch entscheiden mag, er mit dem hier verfolgten bipolaren Normzweckmodell – im Gegensatz zum überkommenen urheberzentrierten Paradigma – stets ein konsistentes Erklärungsmodell zur Verfügung hat. Bislang nämlich nehmen sich Nutzerrechte wie etwa § 95b Abs. 2 UrhG wie an sich systemwidrige Fremdkörper aus, die sich vor dem Hintergrund eines traditionell urheber- und faktisch verwerterzentrierten Paradigmas nicht widerspruchsfrei begründen lassen. Mit dem in dieser Arbeit vorgeschlagenen bipolaren Normzweckmodell, das mit dem normativen Leitbild des aktiven und selbstbestimmten Nutzers das bestehende, urheberzentrierte Erklärungsmodell maßgeblich erweitert, lässt sich diese bislang bestehende Inkonsistenz überwinden.

Die Ausführungen zu den nutzerschützenden Gestaltungsoptionen angesichts überbordender technischer Nutzungsrestriktionen mündeten schließlich in Kap. 5 D. II. 5 b) bb) in einige kritische Anmerkungen zu den de lege lata im deutschen und europäischen Recht bestehenden Nutzerschutzinstrumentarien. Problematisiert wurden im Einzelnen der weitgehende Interventionsverzicht in Art. 6 Abs. 4 der sog. »Informationsgesellschafts-Richtlinie« sowie die vom deutschen Gesetzgeber in § 2a i.V.m. § 3a UKlaG geschaffene Verbandsklagemöglichkeit. Bei letzterer wurde vorstehend neben der begrenzten Wirkung dieser Nutzerschutzmaßnahme insbesondere die konstruierte Eingliederung in das UKlaG als in gesetzes-systematischer Hinsicht verfehlt kritisiert¹⁶⁶⁵. Als Ergebnis lässt sich insoweit festhalten, dass gegenwärtig von einem wirkungsvollen Nutzerschutz namentlich im Online-Bereich nicht ansatzweise die Rede sein kann. Hier besteht großer Nachholbedarf. Wie de lege ferenda die urheberrechtliche Regulierung ausgestaltet sein sollte, um auf das Problem überbordender technischer Nutzungsrestriktionen zu reagieren, ob also der hier prinzipiell favorisierte key-escrow-Ansatz oder anderweitige Lösungsansätze vorzugswürdig sind, wird Gegenstand weiterer Forschungsbemühungen sein müssen. Eine Patentlösung ist jedenfalls weiterhin nicht in Sicht.

1664 Böhle, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, 52, 57.

1665 Die in § 2a i.V.m. § 3a UKlaG kodifizierte Verbandsklagemöglichkeit ist systemwidrig, weil es bei dem mit ihr verfolgten Anspruch in Wahrheit nicht um ein Unterlassen, sondern um einen dem UKlaG an sich fremden Anspruch auf ein positives Tun (nämlich das Zurverfügungstellen der für die Umgehung der technischen Schutzmaßnahmen benötigten Mittel) geht, näher dazu in Kap. 5 D. II. 5. b) bb).

6. Kapitel: Zusammenfassung und Ausblick

A. Zusammenfassung

Gegenstand dieser Arbeit war die als Grundlagenkrise gedeutete Legitimationskrise des Urheberrechts. Das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit war daher darauf gerichtet, angesichts des grundlegenden Bedeutungswandels des Urheberrechts im digitalen Zeitalter einen Beitrag zu dessen theoretischer Rechtfertigung und eine Neubestimmung seiner Regelungsaufgaben zu liefern. Mit Blick auf die zuletzt relativ einseitige Schutzexpansion zu Lasten der Nutzer und der Allgemeinheit galt dabei besonderes Interesse der Frage, inwieweit möglicherweise eine explizite Nutzerschutzdoktrin dazu beitragen kann, das Urheberrechtssystem wieder ins Gleichgewicht zu bringen. Da sich eine solche programmatische Festlegung auf den Nutzerschutz auf der Grundlage des urheberzentrierten und individualistisch begründeten Paradigmas des kontinentaleuropäischen Urheberrechts nicht rechtfertigen lässt, stand die Suche nach einem übergreifenden, dem Nutzer neben dem Urheberrecht von vornherein Rechnung tragenden Erklärungsmodell im Vordergrund¹⁶⁶⁶. Besondere Aufmerksamkeit galt dabei den in Kontinentaleuropa lange vernachlässigten, kollektivistisch-utilitaristischen Rechtfertigungsansätzen, so dass neben den hier traditionell stärker verbreiteten individualistischen Begründungsansätzen primär ökonomietheoretische, demokratie- und kulturtheoretische Rechtfertigungsbemühungen untersucht wurden. Die so gefundenen Ergebnisse mündeten in ein integratives Rechtfertigungsmodell, auf dessen Basis sich das Urheberrecht im Allgemeinen und die mit dieser Arbeit propagierte Nutzerschutzdoktrin im Besonderen rechtfertigen lassen. Im Anschluss an diese theoretischen Erwägungen wurde sodann der Versuch unternommen, das Nutzerschutzparadigma mit Leben zu füllen. Mit diesem Ziel wurden daher einige konkrete materiell-rechtliche Gestaltungsoptionen für ein stärker nutzerorientiertes Urheberrecht erörtert. Die im Gang der Untersuchung erzielten Ergebnisse finden sich nachfolgend zusammengefasst¹⁶⁶⁷.

I. Bestandsaufnahme

Das Urheberrecht sieht sich trotz oder vielleicht auch gerade aufgrund seines ungekannten Bedeutungszuwachses mit einem sich verstärkenden Legitimations-

1666 Siehe dazu das den zentralen Schwerpunkt dieser Arbeit bildende Kap. 4.

1667 Eine detailliertere Zusammenfassung der in Kap. 5 D. II. ausführlich behandelten Gestaltungsmöglichkeiten de lege ferenda findet sich vorstehend in Kap. 5 E. II.

verlust konfrontiert. Der erhebliche funktionale Bedeutungswandel des Urheberrechts, sein scheinbar ungebremses Vordringen in immer weitere gesellschaftliche Bereiche, die potentielle Aushöhlung urheberrechtlicher Regulierung durch sich rasant wandelnde technische Schutzmöglichkeiten, die immer häufiger zu beobachtende Kollision von Urheberrecht und kreativem Schaffen im digitalen Umfeld, das erratische Wuchern unvereinbarer Forderungen nach Aus-, Rück- oder Umbau des Urheberrechtssystems, der grassierende Akzeptanzverlust und die große Unzufriedenheit mit dem bestehenden Urheberrecht in weiten Kreisen der Gesellschaft sowie die wachsende Skepsis in der Urheberrechtslehre, ob man sich mit dem Urheberrecht noch auf dem richtigen Weg befindet, das Zuflucht-suchen bei den Grund- und Menschenrechten und all die weiteren widersprüchlichen Erwartungen an das Urheberrecht sind deutliche Symptome einer krisenhaften Umbruchsituation dieses Rechtsgebiets. Es besteht daher dringender Bedarf nach rechtstheoretischer Neuorientierung und Überprüfung der urheberrechtlichen Grundannahmen. Die zum Teil noch in den idyllischen Vorstellungen vorvergangerer Jahrhunderte gefangene, traditionelle Urheberrechtstheorie scheint jedenfalls immer weniger geeignet, befriedigende Antworten zu liefern für die durch Digitalisierung und Internet grundlegend veränderten Rahmenbedingungen der Schöpfung, Verwertung und Nutzung von Geisteswerken.

II. Relativierung des Urheberschutzkonzepts bei historischer Betrachtung

Sinn und Zweck des Urheberrechts lassen sich nur im Lichte ihrer geschichtlichen Entwicklung begreifen. Die Beschäftigung mit den Antworten, die in der Vergangenheit auf die Frage nach dem Warum des Urheberrechts gegeben worden sind, hat dabei ergeben, dass die weit verbreitete Vorstellung von einem stets individualistisch gerechtfertigten Urheberschutzrecht kontinentaleuropäischer Prägung korrigiert werden muss¹⁶⁶⁸. So waren auch in der deutschen oder beispielsweise auch der französischen Urheberrechtsentwicklung bereits in der Vergangenheit nutzen- und nutzerorientierte Schutzbegründungen angelegt, die das Schutzrecht in einen über den selbstzweckhaften Urheber-Schutz hinausweisenden Nützlichkeitszusammenhang stellten. Insbesondere die Untersuchung nutzen- und nutzerorientierter Schutzerwägungen in der deutschen Urheberrechtslehre des späten 19. Jahrhunderts, zu Zeiten der Weimarer Republik und bei zeitgenössischen Autoren hat gezeigt, dass die Vorstellung von einer stets rein urheberzentrierten Rechtfertigungstradition in Deutschland revidiert werden muss. Namentlich die Vertreter der Lehre vom sozialgebundenen Urheberrecht haben bereits in den späten 20er Jahren des vergangenen Jahrhunderts mit ihrer stark werk- bzw. rezipientenbezogenen Betrachtungsweise dem Interesse des Urhebers das prinzipiell gleichberechtigte Interesse bzw. teilweise sogar das Recht der All-

1668 S. Kap. 2.

gemeinheit am Geisteswerk entgegengesetzt und sich dadurch deutlich von einem rein urheberzentrierten Paradigma emanzipiert.

Generell ist das Urheberrecht, wie wir es heute kennen, ein relativ junges Rechtsinstitut, dessen theoretische Wurzeln zwar bis ins späte 18. Jahrhundert reichen, das sich aber erst im Zuge seiner positivrechtlichen Anerkennung und der persönlichkeitsrechtlichen Durchdringung im späten 19. Jahrhundert zu konsolidieren vermochte. Historisch betrachtet ist das Konzept vom Urheberrecht als reinem Urheberschutzrecht in Anbetracht der Jahrtausende währenden Kulturgeschichte der Menschheit somit eine vergleichsweise junge Erscheinung und damit ein Konstrukt, das alles andere als »in Stein gemeißelt« und unumstößlich erscheint.

Ideengeschichtlich ist die Gleichsetzung des Urheberrechts mit dem Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts keineswegs zwingend vorgegeben – in Deutschland stellt sie vielmehr letztlich das Resultat einer nach dem Zweiten Weltkrieg getroffenen rechtspolitischen Richtungsentscheidung dar, die der Revision prinzipiell zugänglich ist. Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Vorgeschichte der Schutz- bzw. Förderungsbemühungen für geistig-schöpferische Leistungen (sowie deren Verbreitung und Nutzung) das Konzept vom Urheberrecht als Urheberschutzrecht erheblich relativiert.

III. Ursachen der gegenwärtigen Legitimationskrise

Die Ursachen für die vielfach diagnostizierte Legitimationskrise des Urheberrechts sind ausgesprochen vielfältig¹⁶⁶⁹. Ein wesentlicher Faktor ist die festzustellende Erosion des in Kontinentaleuropa gemeinhin bemühten urheberzentrierten Paradigmas. So ist die auf die individuelle Schöpferpersönlichkeit als normatives Leitbild ausgerichtete, personalistische Rechtfertigung und materiell-rechtlich rein urheberzentrierte Konzeption des Urheberrechts (Urheberrecht als Urheberschutzrecht) aus den verschiedensten Gründen an ihre Belastungsgrenze geraten. Ursächlich dafür sind u.a. die immer weitere Absenkung der Schutzzoraussetzungen und die damit einhergehende Schutzerstreckung auf »Werke«, die einen immer geringeren individuellen Gehalt aufweisen. Auch aufgrund der in der Kulturwirtschaft zu beobachtenden Tendenz zum entpersönlichten und/oder kollektiven Werkschaffen kreativer Arbeitnehmer ist die freischaffende, individuelle Schöpferpersönlichkeit zu einer zunehmend weniger überzeugenden Legitimationsfigur geworden. Zur Erosion des urheberzentrierten Paradigmas ferner beigetragen haben dürften so verschiedene Phänomene wie die Erosion der Schutzrechtsgrenzen im Verhältnis zu anderen Schutzrechten¹⁶⁷⁰, die Vernachlässigung der Urheberpersönlichkeitsrechte im Zuge einer stark durch den Investitionsschutzgedanken geprägten europäischen Urheberrechtsharmonisierung¹⁶⁷¹ oder die Philosophie

1669 Siehe vertieft dazu in Kap. 3.

1670 S.o. Kap. 3 A. I.

1671 S.o. Kap. 3 A. II.

der Postmoderne¹⁶⁷². Letztere hat den Rechtfertigungsdruck auf das allein urheberfixierte normative Leitbild vom individuell schöpferischen Urheber und die – in der personalistischen Rechtfertigung besonders deutlich zum Ausdruck kommende – subjektbezogene Werkwahrnehmung dabei durch ihre stärker werk- bzw. nutzerbezogene Betrachtungsweise erhöht.

Die Legitimationskrise weiter verschärft haben die verwerter- bzw. werkorientierten Schutztendenzen des Urheberrechts und die dadurch hervorgerufene Diskrepanz von urheberzentriertem Paradigma und den tatsächlichen Schutzrechtswirkungen zugunsten der Verwerterindustrie¹⁶⁷³ sowie schließlich die Vernachlässigung der Nutzerschutzbedürfnisse im Zuge der zuletzt relativ einseitigen urheberrechtlichen Schutzexpansion¹⁶⁷⁴. Die Schutzausdehnung hat hier zu einem fortschreitenden Autoritäts- und Akzeptanzverlust des Urheberrechts in weiten Bevölkerungskreisen geführt (Legitimationskrise durch Akzeptanzverlust). So dürfte namentlich die verschärfte Sanktionierung von Bagatellfällen (in denen eine geringe Zahl illegaler Vervielfältigungen zum rein privaten Gebrauch erfolgt), der Akzeptanz des Urheberrechts im Ergebnis eher abträglich gewesen sein¹⁶⁷⁵.

Als weitere Ursache für die tiefgreifende Krise des bestehenden, urheberzentrierten Urheberrechtssystems wurde zudem das Fehlen einer urheberrechtlichen Nutzerschutzdoktrin identifiziert. Dort, wo an sich ein Nutzerschutzparadigma einen ausgleichenden Gegenpol zum theoretisch urheber- und faktisch verwerterzentrierten Paradigma bilden müsste, klafft in der Urheberrechtstheorie bislang eine Leerstelle; das theoretische Fundament für eine Nutzerschutzdoktrin, also eine programmatische Festlegung auf einen dem Urheberschutz als Korrektiv entgegengesetzten Nutzerschutz, ist allenfalls bruchstückhaft vorhanden. In Ermangelung eines rechtstheoretisch untermauerten Nutzerschutzkonzepts lässt sich aber nur schwerlich eine Nutzerschutzagenda für das Urheberrecht erarbeiten und rechtspolitisch durchsetzen. Die nicht allein durch die technischen Nutzungsrestriktionen im digitalen Umfeld, sondern auch durch den generell vergrößerten Schutzzumfang und die fragwürdige Schutzfristlänge aufgeworfenen Nutzerschutzbedürfnisse können so kaum angemessen bewältigt werden. Explizit nutzerschützende Bestimmungen (wie in Deutschland beispielsweise § 95b Abs. 2 UrhG) sind daher dazu verurteilt, systemwidrige Fremdkörper zu bleiben, deren Existenz sich im Rahmen eines urheberzentrierten Erklärungsmodells nicht widerspruchsfrei begründen lässt. Die in Folge vielfach unterbleibende oder nur halbherzig erfolgende Berücksichtigung der Nutzerschutzbedürfnisse untergräbt die Akzeptanz dieses Rechtsgebiets und verstärkt die als Grundlagenkrise zu verstehende Legitimationskrise des Urheberrechts.

1672 S.o. Kap. 3 A. III.

1673 S.o. Kap. 3 B.

1674 S.o. Kap. 3 C.

1675 Näher zum Akzeptanzverlust durch Sanktionierung alltäglichen Nutzerverhaltens in Kap. 3 C. II.

IV. Die Rechtfertigung des Urheberrechts im Allgemeinen und einer Nutzerschutzdoktrin im Besonderen

In Kap. 4 wurde die den zentralen Schwerpunkt dieser Arbeit bildende Frage behandelt, auf welcher rechtstheoretischen Basis sich urheberrechtliche Regulierung im Allgemeinen und eine Nutzerschutzdoktrin im Besonderen im digitalen Zeitalter rechtfertigen lassen. Da die programmatische Forderung nach einem expliziten urheberrechtlichen Nutzerschutz traditionelle, rein urheberzentrierte Erklärungsmodelle sprengt, galt die Suche somit einem urheberrechtstheoretischen Fundament, das sowohl den Urheber- als auch den Nutzerschutz zu tragen vermag. Mit diesem Ziel wurden aus der Vielzahl von Rechtfertigungsbemühungen für das Urheberrecht die wirkungsmächtigsten Begründungsansätze untersucht, wobei im Anschluss an *Stallberg* zwischen individualistischen und kollektivistischen Rechtfertigungsansätzen differenziert wurde¹⁶⁷⁶.

Die kritische Würdigung der einzelnen *individualistischen Rechtfertigungsansätze* (im Einzelnen also der naturrechtlichen, der arbeitstheoretischen, der personalistischen und der liberalistischen Rechtfertigung) hat dabei ergeben, dass namentlich naturrechtlich und ontologisch basierte Rechtfertigungsansätze angesichts der immensen rechtsphilosophischen, rechtspolitischen, rechtsdogmatischen und kulturanthropologischen Einwände als ungeeignete urheberrechtstheoretische Rechtfertigungsbemühungen zu verwerfen sind¹⁶⁷⁷. Auch einer von naturrechtlicher Begründung und metaphysischem Überbau befreiten arbeitstheoretischen Legitimierung mit der individuellen Schöpferleistung als solcher kann nur bedingt gefolgt werden, da die Schutzlogik der Arbeitstheorie mit ihrer Konstruktion eines engen Bandes zwischen Eigentumssubjekt und Eigentumsobjekt gerade im Bereich des immateriellen Werkschaffens bei genauerer Betrachtung mehr Fragen aufwirft als beantwortet¹⁶⁷⁸.

Die streng personalistische Rechtfertigung weist derweil angesichts der Tendenz zum entpersönlichten und stärker kollektiv ausgerichteten Werkschaffen deutliche Erosionserscheinungen auf. Trotz ihrer nur begrenzten Erklärungskraft für das Urheberrecht in seiner Gesamtheit vermag die personalistische Rechtfertigung aber gerade für ihren angestammten Bereich des stark persönlichkeitsgeprägten und individuell-autonomen Werkschaffens gewichtige Argumente zumindest für den Urheber-Schutz und insbesondere die Gewährung von Urheberpersönlichkeitsrechten beizusteuern. Insoweit besteht kein Anlass, die historischen Verbindungslinien und rechtsphilosophischen Wurzeln des deutschen bzw. kontinentaleuropäischen Urheberrechtsdenkens zu kappen. Alleine aber vermag dieser Ansatz die Reichweite der urheberrechtlichen Schutzgewährung nicht mehr zu rechtfertigen bzw. zu korrigieren. Er bedarf in jedem Fall der

1676 Zu dieser Unterscheidung s. Kap. 4. A.

1677 Zur kritischen Würdigung der individualistischen Rechtfertigungsansätze siehe im Einzelnen Kap. 4 B. II.

1678 Siehe im Einzelnen dazu Kap. 4 B. II. 2.

Ergänzung, um auch den Schutz derjenigen individuellen Leistungen und kreativen Erzeugnisse legitimieren zu können, die ein schwächeres Maß an Individualität bzw. einen nur marginalen Persönlichkeitsbezug aufweisen¹⁶⁷⁹. Eine rein personalistische Schutzbegründung würde der kulturwirtschaftlichen Bedeutung des Urheberrechts und dem gestiegenen Bedürfnis nach Investitionsschutz nicht gerecht und ließe insbesondere die wachsenden Schutzbedürfnisse der Nutzer unberücksichtigt.

Zusammenfassend empfiehlt es sich somit, die personalistische ebenso wie eine modifiziert-liberalistische Legitimierung als wichtige Argumentationsstränge unter anderen in ein *integratives Rechtfertigungsmodell* einzugliedern, um sich zumindest für den traditionellen Bereich des Urheber-Schutzes ihre Legitimationskraft zunutze zu machen.

Die kritische Würdigung *kollektivistisch-konsequentialistischer Rechtfertigungsansätze* (darunter insbesondere diverse ökonomietheoretische sowie kultur- und demokratietheoretische Begründungsansätze) hat demgegenüber ergeben, dass sie trotz einzelner, nicht unerheblicher Schwächen (der neoklassische Property Rights-Ansatz etwa wurde sogar gänzlich verworfen¹⁶⁸⁰) sowohl den Schutz des Urhebers in Bezug auf sein Werk, als auch den expliziten Schutz des Nutzers im aktiven und möglichst selbstbestimmten Umgang mit demselben prinzipiell nicht nur zu rechtfertigen vermögen, sondern ihn auch notwendig erscheinen lassen. Der bestechende Vorteil kollektivistischer Ansätze liegt darin, dass sie in aller Regel eine folgenorientierte, gesamtgesellschaftliche Herangehensweise bemühen, also beispielsweise auch negative Schutzrechtsauswirkungen etwa für den kreativen Schaffensprozess in Anschlag bringen. Dadurch werden sie dem über das Urheberrecht vorzunehmenden Interessenausgleich methodisch weitaus besser gerecht als individualistische Ansätze, die von vornherein allein den Schutz des Urhebers als Ausgangspunkt nehmen. Der Großteil der kollektivistischen Begründungsansätze strebt von vornherein die Lösung des wirtschafts- und kulturpolitischen Zielkonflikts an zwischen optimaler Anreizsetzung zur Schaffung neuer Werke und optimaler Verbreitung und Nutzung bestehender und damit auch der Erzeugung neuer Werke.

Dass insbesondere 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,

1679 Die Möglichkeit, insbesondere für investitionsintensive »Werke« mit geringem persönlichen Gehalt ein abgestuftes, leistungsschutzrechtliches Instrumentarium zum Zwecke des Investitionsschutzes vorzusehen, wurde in Kap. 5 B. II. 2. näher diskutiert, letztlich aber aus den verschiedensten Gründen verworfen. Der in dieser Arbeit verfolgte Lösungsansatz beruht stattdessen auf der Erwägung, auch für investitionsintensive Werke mit geringem schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad unverändert zunächst urheberrechtlichen Schutz bereitzuhalten, um dann aber beim Schutzzumfang und der Schutzdauer stärker als bislang durch geeignete Korrekturen (s. dazu Kap. 5 E. II.) gegenzusteuern.

1680 S. Kap. 4 C. I. 4.

lässt sich zwar nicht bestreiten (es sei insoweit nachdrücklich auf das detaillierte Resümee bezüglich der einzelnen ökonomietheoretischen Rechtfertigungsansätze in Kap. 4 C. I. 6. verwiesen). Ihre Überzeugungskraft wächst aber in dem Maße, indem insbesondere im Zuge der Neuen Institutionenökonomik realitätsnähere Grundannahmen zugrundegelegt werden. Wenn man hier gerade für den Bereich des Urheberrechts vom kruden Rationalitäts- und damit Anreizparadigma Abstand nimmt und Effizienz nicht radikal als ausschließliches Ziel der Rechtspolitik einfordert, sondern umgekehrt im Geiste des Ordoliberalismus ökonomische Effizienz in den Dienst metaökonomischer Werte und Ziele stellt, dann kann die ökonomische Analyse einen tragenden Beitrag für das Konzept eines bipolaren Normzweckmodells für das Urheberrecht liefern. Ihr Vorzug liegt in der Analyse sowohl positiver als auch negativer Schutzwirkungen des Urheberrechts und insbesondere der Identifikation von Konstellationen, in denen urheberrechtliche Regulierung erforderlich ist, um Unternutzung zu vermeiden oder Informationsasymmetrien auszugleichen. Namentlich die Transaktionskostenökonomik und die Informationsökonomik vervollständigen hier wesentlich das Bild von den Aufgaben des Urheberrechts.

Abgerundet wird dieses Bild durch die normativen Zielvorstellungen kultur- und demokratietheoretischer Ansätze, wie sie beispielsweise von *Fisher*, *Netanel*, *Lessig* oder auch mit der in dieser Arbeit propagierten Zielvorstellung einer *offenen Kultur* vertreten werden (s.o. dazu die Stellungnahme unter Kap. 4 C. IV.). Letztere zielt in freiheitssichernder Tradition ab auf die Ermöglichung einer weitestmöglichen Partizipation aller am Prozess und an den Resultaten kreativen Schaffens. 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 wird. Das normative Leitbild einer offenen Kultur ist dementsprechend der gleichberechtigt neben dem Urheber stehende *aktive und selbstbestimmte Nutzer*¹⁶⁸¹; gesetzestechnisches Ideal einer offenen Kultur ist grundsätzlich nicht die Property, sondern die Liability Rule, bei der Werknutzungen vergütungspflichtig, aber zustimmungsfrei sind.

Der Umstand, dass die erörterten kollektivistischen Rechtfertigungsansätze einer individualistischen Rechtfertigung prinzipiell überlegen sind, vermag gleichwohl nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die *Rechtfertigung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse* auf ihrer Grundlage nur äußerst unzureichend zu gelingen vermag. Dies ist in Deutschland nicht zuletzt deshalb problematisch, weil hier die Berücksichtigung von Urheberpersönlichkeitsrechten auch verfassungsrechtlich geboten ist. Aus diesem Grund wird mit dieser Arbeit ein *integratives Modell* verfolgt, mit dem der Versuch unternommen wird, individualistische (und hier primär personalistische, nicht aber naturrechtliche) sowie kollektivistische Legitimierungsbemühungen für den Urheber- und den Nutzer-Schutz in einer Art

1681 S. Kap. 4 C. IV. 2.

Mehrschichtenansatz zusammenzuführen¹⁶⁸². Zur Rechtfertigung des ideellen Interessenschutzes des Urhebers wird mit anderen Worten ergänzend auf die herkömmlichen individualistischen Argumentationsstränge zurückgegriffen.

Ein solch integrativer Ansatz hat zweifellos den Vorzug, auch mit Blick auf die internationale Urheberrechtsentwicklung zukunftsfähig zu sein, weil er zwischen der kontinentaleuropäischen *Droit-d'auteur*-Tradition und der angloamerikanischen Copyright-Tradition eine mehr oder weniger vermittelnde Position einnimmt. Kritiker werden zwar vermutlich einwenden, dass mit diesem integrativen Rechtfertigungsmodell an sich unvereinbare Ansätze auf widersprüchliche Art und Weise miteinander vermengt würden. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass mit dem Mehrschichtenansatz eine solche Synthese zweier denknotwendig gegensätzlicher Theorieansätze gar nicht verfolgt wird. Der Anspruch ist schon methodisch ein ganz anderer. Ihm liegt nämlich die Beobachtung zugrunde, dass individualistische und kollektivistische Begründungsstränge in weitaus größerem Maße ergänzend nebeneinander bestehen können (und im Hinblick auf die notwendige Berücksichtigung der Urheberpersönlichkeitsrechte bestehen *müssen*) als gemeinhin angenommen. Problematisch sind allein die Konfliktfälle, in denen die Anwendung des individualistischen und des kollektivistischen Begründungsansatzes zu je unterschiedlichen Ergebnissen führen müssen, weil sie entweder dem Urheber oder dem Nutzer bzw. der Allgemeinheit den Vorrang geben. Für solche im Einzelfall auftretenden Konfliktfälle soll nach der hier vertretenen Auffassung durch Gesetzgeber und Rechtsprechung eine Wertungsentscheidung erfolgen, die sich beispielsweise an den in dieser Arbeit vorgeschlagenen und in einer Normzweckklausel und/oder Präambel *de lege ferenda* niederzulegenden Wertungskriterien orientieren könnte. Indem sich auf diese normativ-normzweckorientierte Weise die gegenläufigen Zielvorstellungen zu einem schonenden Ausgleich bringen ließen, würde beiden Denktraditionen maximale Geltung widerfahren und – in verfassungsrechtlicher Terminologie gesprochen – »praktische Konkordanz« erreicht. Im Ergebnis ließe sich auf diese Weise das Urheberrecht legitimitätssteigernd auf ein breiteres Fundament stellen.

V. *Umfang und Konsequenzen der vorgeschlagenen Normzweckerweiterung*

In Kapitel 5 wurden schließlich Einzelfragen der auf Grundlage des zuvor erarbeiteten integrativen Rechtfertigungsmodells verfolgten Normzweckerweiterung vertieft¹⁶⁸³. Dabei wurden zunächst weitere – neben den Normzwecken des Urheber- und Nutzerschutzes – in Betracht kommende Normzwecke diskutiert. Im Ergebnis wurden der Schutz der Allgemeinheit, der Schutz der Verwerter und die Förderung des Wettbewerbs als weitere Normzwecke aber verworfen. Sie sollten allesamt der urheberrechtlichen Regulierung zugrundeliegende *Zielvorstellung*

1682 S. Kap. 4 D.

1683 Für eine detaillierte Zusammenfassung siehe das Resümee zum vorgeschlagenen Normzweckmodell in Kap. 5 E.

gen, aber *keine Zwecke* sein. Der Urheber- und der Nutzerschutz sind nach hier vertretener Auffassung die beiden einzigen urheberrechtlichen Normzwecke (*bipolares Normzweckmodell*)¹⁶⁸⁴.

Im Anschluss hieran wurden die rechtliche Relevanz und materiell-rechtliche Gestaltungsoptionen der mit dieser Arbeit vorgeschlagenen, expliziten Normzweckerstreckung auf den Nutzerschutz erörtert. Danach liegt die Bedeutung normzweckorientierten Denkens darin, in dem vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Rahmen eine Grundlage für die teleologische Auslegung des Gesetzes zu bieten. Zudem hat die Neubestimmung des normativen Sinns des Urheberrechtsgesetzes das Potential, auch in rechtspolitischer Hinsicht zu seiner Rechtfertigung beizutragen. Die Beantwortung der Frage nach dem Warum des Urheberrechts ist mithin nicht allein von akademischer, sondern auch von eminenter rechtspolitischer und rechtspraktischer Relevanz: Akzeptanz, Anwendung und Auslegung des Urheberrechts hängen in hohem Maße von ihr ab¹⁶⁸⁵. Die Funktion einer normativ aufgeladenen Zweckbestimmung beschränkt sich freilich nicht auf die der Gesetzesrechtfertigung und der Auslegungshilfe, sondern geht weit darüber hinaus. So können Normzwecke nämlich auch als Richtschnur und Gestaltungsauftrag für die Weiterentwicklung des Urheberrechts durch Rechtsprechung und Gesetzgeber dienen.

Ganz in diesem Sinne wurde daher schlussendlich der Versuch unternommen, das bipolare Normzweckmodell in konkrete Reformvorschläge für ein stärker nutzerorientiertes Urheberrecht zu überführen. Damit das Urheberrecht sowohl den Schutzbedürfnissen der Urheber, als auch der Nutzer angemessen Rechnung trägt, mit anderen Worten also zu einer Verwirklichung einer »offenen Kultur«¹⁶⁸⁶ beiträgt und dabei namentlich auch dem hier propagierten, normativen Leitbild des aktiven und selbstbestimmten Nutzers¹⁶⁸⁷ gerecht wird, wurden exemplarisch folgende denkbare Gestaltungsoptionen untersucht: Etablierung einer Normzweckklausel und einer neuen Gesetzesbezeichnung, Verkürzung und Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schutzdauer, Schutzoptionen für die Nutzer von »orphan works«, Auslegung und stärker nutzerorientierte Ausgestaltung der Schranken sowie verschiedene Möglichkeiten zur Durchsetzung des Nutzerschutzparadigmas gegenüber technischen Nutzungsrestriktionen. Für eine detaillierte Zusammenfassung der in Kap. 5 D. II. ausführlich behandelten Gestaltungsmöglichkeiten de lege ferenda siehe unter Wiedergabe der im Einzelnen zur Diskussion gestellten Formulierungsvorschläge (z.B. für eine Normzweckklausel, eine neue Schutzfristregelung oder eine den Schrankenkatalog ergänzende Generalklausel) vorstehend das Resümee in Kap. 5 E. II.

1684 Siehe zur näheren Begründung und insbesondere zur Unterscheidung von Zielen und Zwecken die Ausführungen in Kap. 5 B.

1685 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 29.

1686 Siehe zu dieser Zielvorstellung Kap. 4 C. IV. 2. a).

1687 Siehe zu diesem normativen Leitbild Kap. 4 C. IV. 2. b).

B. Ausblick

Große Teile der Öffentlichkeit scheinen nicht mehr davon überzeugt zu sein, dass sich das Urheberrecht auf dem richtigen Weg befindet. Bei vielen hat sich offenbar der Eindruck durchgesetzt, dass man bei der Expansion urheberrechtlichen Schutzes zu weit gegangen ist. Indem das Urheberrecht in der urheberrechtspolitischen Debatte – von professionellen Interessenvertretern der Verwerterindustrie mit ihrem steten Verlangen nach einem Mehr an Schutz befördert – immer mehr als alleiniges Recht des Urhebers bzw. Rechteinhabers verstanden und wahrgenommen wird, ist immer häufiger die Erwartung eines gerechten urheberrechtlichen Interessenausgleichs enttäuscht worden. Anstatt den ebenso berechtigten Interessen der aktiven und passiven (End-) Nutzer auch im digitalen Kontext ausgewogen zu ihrer Durchsetzung zu verhelfen, hat der europäische wie der nationale Gesetzgeber die drohende Aushöhlung urheberrechtlicher Regulierung durch die Möglichkeit vertraglichen und technischen Schutzes vielmehr mit einer fatalen Privatisierung der Regulierung beantwortet¹⁶⁸⁸. Die zusätzlich durch einen allgemein vergrößerten Schutzzumfang und eine fragwürdige Schutzdauer hervorgerufene Schutzausdehnung droht, kreativ-schöpferische Nutzungen bestehender und damit die Entstehung neuer Werke zu be- oder sogar zu verhindern, den wissenschaftlichen Fortschritt zu bremsen, den für eine Demokratie unerlässlichen öffentlichen Diskurs zu erschweren, die Selbstbestimmungsrechte der im Markt für Kulturgüter Beteiligten zu schmälern und in für juristische Laien nicht nachvollziehbarer Weise alltägliche Nutzungshandlungen im digitalen Umfeld zu kriminalisieren. Der in Folge zu beobachtende weitverbreitete Akzeptanzverlust des Urheberrechts hat sich mittlerweile zu einer massiven Legitimationskrise des Urheberrechts ausgewachsen.

Will der Gesetzgeber das Urheberrecht gegen den erhöhten rechtspolitischen Druck abhärten, seine gesellschaftliche Akzeptanz festigen und Schutzfunktionen zurückerobern, die im Zuge der vielleicht zu hektischen Kodifizierungswelle des vergangenen Jahrzehnts als Antwort auf die digitale Herausforderung preisgegeben worden sind, ist daher ein grundsätzliches Überdenken der überkommenen urheberrechtlichen Grundannahmen und Instrumentarien erforderlich. Die Legislative und die sie begleitende Urheberrechtswissenschaft können dabei auf Dauer nur erfolgreich sein, wenn sie bereit sind, den Anliegen der werknutzenden Allgemeinheit angesichts der festzustellenden Schutzausdehnung verstärkt Rechnung zu tragen. Der wachsenden Gleichgültigkeit gegenüber dem Urheberrecht in weiten Gesellschaftskreisen nur durch immer schärfere Sanktionen und »Anti-Raubkopierer«-Kampagnen zu begegnen, mag zwar eine breitere Öffentlichkeit für die Urheberrechtsproblematik sensibilisieren. Der konfrontative Ansatz eines einseitigen, strafbewehrten Schutzausbaus greift aber zu kurz und befördert letztlich nur eine weitere Verschärfung der Spannungen zwischen Urhebern, Nutzern

1688 Wiebe, Zum Funktionswandel des Urheberrechts im digitalen Umfeld, in: FS Kilian, S. 603, 620.

und Verwertern und damit letztlich eine destruktive Eigendynamik in Richtung eines fortschreitenden Akzeptanzverlusts des Urheberrechts. Zwang allein wird den grassierenden Akzeptanzverlust des Urheberrechts nicht abwenden können. Die Wahrscheinlichkeit, dass Recht befolgt und als legitim begriffen wird, steigt eher mit der zu fördernden Einsicht seiner Adressaten, dass dieses Recht notwendig, vernünftig, sachgerecht und fair ist¹⁶⁸⁹. Deshalb verdienen die Überwindung der andauernden Legitimationskrise des Urheberrechts und die eng mit ihr verknüpfte relativ einseitige Schutzausdehnung allerhöchste Aufmerksamkeit.

Das Urheberrecht steht somit an einem Scheideweg. Will man der werknutzenden Allgemeinheit wieder das Gefühl vermitteln, dass man die Herausforderungen der Informations- bzw. Wissensgesellschaft versteht und wirkungsvolle Instrumentarien hat, sie zu bewältigen, so bedarf es einer grundlegenden Revision des geltenden Urheberrechts. Man kann das Vertrauen in das Urheberrecht nur wiedergewinnen, wenn man eine klare und überzeugende programmatische Neuausrichtung präsentiert, aus der hervorgeht, in welche Richtung dieses Rechtsgebiet sich in Zukunft bewegen soll, und wenn man gleichzeitig demonstrieren kann, dass man nicht nur die theoretischen Erklärungsmodelle, sondern auch konkrete Gestaltungsoptionen hat, diese Neuausrichtung zu verwirklichen.

Einen Beitrag zu dieser dringend erforderlichen Legitimationsverschaffung können möglicherweise die in dieser Arbeit auf Grundlage eines integrativen Rechtfertigungsmodells vorgeschlagene explizite Nutzerschutzdoktrin und die mit ihr verknüpften Reformvorschläge liefern. Mit einem ebenbürtig neben dem Urheberschutz in einer Normzweckklausel verankerten Nutzerschutz könnte der Gesetzgeber demonstrieren, dass er die berechtigten Interessen der Nutzer an einem aktiven und selbstbestimmten Umgang mit Geisteswerken prinzipiell für ebenso wichtig hält, wie den unverändert erforderlichen materiellen und ideellen Interessenschutz des Urhebers in Bezug auf das von ihm geschaffene Werk. Eine solche Normzweckerstreckung auf den Nutzerschutz wäre ein wichtiges rechtspolitisches Signal und lieferte ein Korrektiv, um einer gegenwärtig zu einseitigen Schutzausdehnung im Wege der Auslegung und der künftigen Ausgestaltung des Urheberrechts entgegenzuwirken. Die darüber hinaus hier exemplarisch vorgeschlagene Verkürzung und Flexibilisierung der Schutzdauer, der Ausschluss des

1689 Ähnlich *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 26: »Dass eine gesetzliche Regelung als Recht erkannt und befolgt wird, basiert zuletzt auf *außerrechtlichen* Grundlagen. Diese bestehen in erster Linie in der *Einsicht*, ein bestimmter Normkomplex sei im Großen und Ganzen moralisch vernünftig.«. Und weiter auf S. 335: »Ohne Erneuerung dieser Einsicht wird das Urheberrecht auf Dauer nicht zu haben sein; durch Zwang allein wird es seinem schleichenden Autoritätsverlust nicht entgehen können.«. Schon *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 16, hat darauf hingewiesen, dass »der Umstand, daß (...) die Ordnung mindestens einem Teil der Handelnden auch als vorbildlich oder verbindlich und also geltend *sollend* vorschwebt, (...) naturgemäß die Chance (steigert), daß das Handeln an ihr orientiert wird, und zwar oft in sehr bedeutendem Maße.« (Hervorhebung im Original).

Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs im Falle bearbeitender Nutzungen von orphan works, die Abstandnahme vom überholten Dogma der engen Schrankenauslegung, eine nutzer- bzw. kreativenfreundlichere Schrankenausgestaltung (insbesondere durch ein verstärktes Setzen auf Liability Rules), die Flexibilisierung des zu starren Schranken catalogs durch eine ergänzende Generalklausel, die durchsetzungsstarke Ausgestaltung der digitalen Privatkopie (zumindest in einem engen, näher zu beziffernden Umfang) sowie die Gewährleistung eines Mindestmaßes an Nutzerautonomie angesichts überbordender technischer und vertraglicher Nutzungsrestriktionen bergen in ihrer Summe ebenfalls die Chance auf eine Akzeptanz- und Legitimitätssteigerung für das Urheberrecht. Da die meisten dieser Forderungen eine Änderung internationalen bzw. primär des ohnehin revisionsbedürftigen europäischen Urheberrechts verlangen, ist evident, dass diese Zukunftsaufgabe nicht allein vom nationalen Gesetzgeber bewältigt werden kann.

Das Urheberrecht steht heute vor der schwierigen Herausforderung, auch im digitalen Umfeld ein Instrument zu bleiben, das die ideellen Interessen des Urhebers in Bezug auf sein Werk schützt (*Prinzip der persönlichkeitsrechtlichen Interessenwahrung*), der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes dient (*Alimentations- und Amortisationsprinzip*) und dabei zugleich – und das ist entscheidend – das individuelle Selbstbestimmungs- sowie Zugangs- und Verwendungsinteresse der Werknutzer schützt, 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 (*Partizipationsprinzip*). Nur wenn das Urheberrecht auf diese Weise den kulturellen, wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Fortschritt fördert und eine offene, insbesondere durch autonome Selbstbestimmung, Pluralismus und kulturelle Vielfalt geprägte Kultur verwirklichen hilft, ist seine Existenz berechtigt. Wenn diese Arbeit einen Beitrag leisten konnte, damit diese große Herausforderung gemeistert wird, hat sie ihr Ziel erreicht.

Literaturverzeichnis

- Adams, Michael*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Hg. v. Manfred Neumann, Berlin 1984, S. 655 ff.
- Adams, Michael*, Ökonomische Theorie des Rechts. Konzepte und Anwendungen, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2004 (zit.: Adams, Ökonomische Theorie des Rechts)
- Adorno, Theodor W.*, Mahler. Eine musikalische Physiognomik, Frankfurt am Main 1960 (zit.: Adorno, Mahler)
- Akerlof, George A.*, The Market for »Lemons«: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84 The Quarterly Journal of Econ. 488 ff. (1970)
- Allfeld, Philipp*, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst. Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901 sowie zu den internationalen Verträgen zum Schutze des Urheberrechts, München 1902 (zit.: Allfeld, Urheberrecht)
- Altmann, Jörn*, Volkswirtschaftslehre. Einführende Theorie mit praktischen Bezügen, 6. Aufl., Stuttgart 2003 (zit.: Altmann, Volkswirtschaftslehre)
- Anderson, Ross*, Cryptography and Competition Policy – Issues with »Trusted Computing«, online verfügbar unter: <http://www.cl.cam.ac.uk/~rja14/Papers/tcpa.pdf>
- Ann, Christoph*, Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiger Leistungen, GRUR Int. 2004, 597 ff.
- Arlt, Christian*, Marktabstottend wirkender Einsatz von DRM-Technik – Eine Untersuchung aus wettbewerbsrechtlichem Blickwinkel, GRUR 2005, 1003 ff.
- Arlt, Christian*, Digital Rights Management Systeme. Der Einsatz technischer Maßnahmen zum Schutz digitaler Inhalte, München 2006 (zit.: Arlt, Digital Rights Management Systeme)
- Armstrong, Timothy K.*, Digital Rights Management and the Process of Fair Use, 20 Harvard Journal of L. & Technology 49 ff. (2006), online verfügbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=885371
- Arrow, Kenneth J.*, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Innovation, in: The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors. A Conference of the Universities National Bureau Committee for Economic Research. A Report of the National Bureau of Economic Research, Hg. v. R. Nelson, Princeton 1962, S. 609 ff. (zit.: Arrow, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Innovation, in: The Rate and Direction of Inventive Activity, Hg. v. Nelson)
- Assmann, Heinz-Dieter/Kirchner, Christian/Schanze, Erich* (Hg.), Ökonomische Analyse des Rechts. Mit Beiträgen von Calabresi, Coase, Posner und anderen. Tübingen 1993 (zit.: Verfasser, in: ÖAR, Hg. v. Assmann/Kirchner/Schanze)
- Ayres, Ian/Talley, Eric*, Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade, 104 The Yale L. J. 1027 ff. (1995)
- Baker, C. Edwin*, Giving the Audience what it wants, 58 Ohio St. L. J. 311 ff. (1997)
- Balkin, Jack M.*, Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society, 79 N.Y.U. L. Rev. 1 ff. (2004), online verfügbar unter: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/telecom/digitalspeechanddemocraticculture.pdf>
- Bappert, Walter*, Wege zum Urheberrecht. Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens, Frankfurt am Main 1962 (zit.: Bappert, Wege zum Urheberrecht)

- Barthes, Roland*, Der Tod des Autors, in: Das Rauschen der Sprache. Kritische Essays IV, Frankfurt am Main 2005, S. 57 ff. (zit.: Barthes, Der Tod des Autors, in: Das Rauschen der Sprache)
- Barzel, Yoram*, Economic Analysis of Property Rights, Cambridge 1989
- Beater, Axel*, Schutzzweckdenken im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, JZ 1997, 916 ff.
- Beater, Axel*, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, Tübingen 2000 (zit.: Beater, Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht)
- Bechtold, Stefan*, Vom Urheber- zum Informationsrecht. Implikationen des Digital Rights Management, München 2002 (zit.: Bechtold, Vom Urheber- zum Informationsrecht)
- Bechtold, Stefan*, The Present and Future of Digital Rights Management – Musings on Emerging Legal Problems, in: Digital Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects, Hg. v. Eberhard Becker, Willms Buhse, Dirk Günnewig, Niels Rump, Berlin, Heidelberg 2003, S. 597 ff. (zit.: Bechtold, The Present and Future of Digital Rights Management, in: Digital Rights Management, Hg. v. Becker et. al.)
- Bechtold, Stefan*, Das Urheberrecht und die Informationsgesellschaft, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Reto M. Hilty/Alexander Peukert (vgl. dort), S. 67 ff.
- Bechtold, Stefan*, Rechtliche Technikgestaltung von Digital-Rights-Management-Systemen – ein Blick auf ein entstehendes Forschungsgebiet, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 47 ff., online verfügbar unter: <http://www.itas.fzk.de/tatup/062/bech06a.pdf>
- Becker, Jürgen*, Neue Übertragungstechniken und Urheberrechtsschutz, ZUM 1995, 231 ff.
- Becker, Bernhard von*, Parodiefreiheit und Güterabwägung – Das »Gies-Adler«-Urteil des BGH, GRUR Int. 2004, 104 ff.
- Beier, Friedrich-Karl/Götting, Horst-Peter/Lehmann, Michael/Moufang, Rainer (Hg.)*, Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995 (zit.: Verfasser, in: FS Schricker I)
- Beier, Nils*, Die urheberrechtliche Schutzfrist. Eine historische, rechtsvergleichende und dogmatische Untersuchung der zeitlichen Begrenzung, ihrer Länge und ihrer Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft, München 2001 (zit.: Beier, Die urheberrechtliche Schutzfrist)
- Beldiman, Dana*, The Role of Copyright Limiting Doctrines in the Digital Age – Can their Vigor be Restored? In: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Reto M. Hilty/Alexander Peukert (siehe dort), S. 187 ff.
- Bell, Tom W.*, Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine, 76 N. C. L. Rev. 557 ff. (1998)
- Benkler, Yochai*, An unhurried View of Private Ordering in Information Transactions, 53 Vand. L. Rev. 2063 ff. (2000)
- Benkler, Yochai*, From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access, 52 Federal Communication Law Journal 561 ff. (2000)
- Benkler, Yochai*, Intellectual Property and the Organization of Information Production, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81 ff. (2002)
- Benkler, Yochai*, The Wealth of Networks. How Social Production Transform Markets and Freedom, New Haven, London 2006, online verfügbar unter: http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf (zit.: Benkler, The Wealth of Networks)
- Berberich, Matthias*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Thumbnails bei der Suche nach Bildern im Internet, MMR 2005, 145 ff.
- Bing, Friederike*, Die Verwertung von Urheberrechten. Eine ökonomische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Lizenzvergabe durch Verwertungsgesellschaften, Berlin 2002 (zit.: Bing, Die Verwertung von Urheberrechten)

- Blank, Gerd*, Freiheit für die Musik - weg mit dem Kopierschutz, Financial Times Deutschland vom 13.12.2006, online verfügbar unter: <http://www.ftd.de/meinung/kommentare/141343.html?zid=90914>
- Bogdal, Klaus-Michael*, Einleitung: Von der Methode zur Theorie, in: Neue Literaturtheorien. Eine Einführung, Hg. v. Klaus-Michael Bogdal, 3. Aufl., Göttingen 2005, S. 10 ff. (zit.: Bogdal, Einleitung, in: Neue Literaturtheorien, Hg. v. Bogdal)
- Böhle, Knud*, Digital Rights Management – Optionen der Technikgestaltung, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 52 ff., online verfügbar unter: <http://www.itas.fzk.de/tatup/062/boeh06a.pdf>
- Böhm, Franz*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO Bd. 17 (1966), 75 ff.
- Bohn, Philipp*, Akzeptanz von Digital Rights Management – Ergebnisse zweier Konsumentenbefragungen, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 41 ff., online verfügbar unter: <http://www.itas.fzk.de/tatup/062/bohn06a.pdf>
- Boldrin, Michele/Levine, David K.*, The Case Against Intellectual Property, 92 The American Econ. Rev. 209 ff. (2002)
- Borges, Jorge Luis*, Das Handwerk des Dichters, München 2002
- Bornkamm, Joachim*, Ungeschriebene Schranken des Urheberrechts? Anmerkungen zum Rechtsstreit Botho Strauß/Theater Heute, in: Festschrift für Henning Piper, Hg. v. Willi Erdmann/Wolfgang Gloy/Rolf Herber, München 1996, S. 641 ff., (zit.: Bornkamm, Ungeschriebene Schranken des Urheberrechts?, in: FS Piper)
- Bornkamm, Joachim*, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung. Karriere eines Begriffs, in: Festschrift für Willi Erdmann. Zum 65. Geburtstag, Hg. v. Hans-Jürgen Ahrens/Joachim Bornkamm/Wolfgang Gloy/Joachim Stark/Joachim von Ungern-Sternberg, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, S. 29 ff. (zit.: Bornkamm, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung, in: FS Erdmann)
- Boyle, James*, Shamans, Software, and Spleens. Law and the Construction of the Information Society, Cambridge 1996 (zit.: Boyle, Shamans, Software, and Spleens)
- Boyle, James*, Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination und Digital Intellectual Property, 53 Vand. L. R. 2007 ff. (2000)
- Breyer, Stephen*, The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs, 84 Harv. L. R., 281 (1970)
- Brocker, Manfred*, Arbeit und Eigentum. Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie, Darmstadt 1992 (zit.: Brocker, Arbeit und Eigentum)
- Brockhaus Enzyklopädie in vierundzwanzig Bänden, Hg. v. Bibliographisches Institut & F. A. Brockhaus AG, 19. Aufl., Mannheim 1994, 24. Band (zit. Brockhaus Bd. 24)
- Brugger, Winfried (Hg.)*, Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 1996
- Bruhn, Dirk*, Fachausschuss für Wettbewerbs- und Markenrecht, Protokoll der Sitzung vom 14.11.2002, GRUR 2003, 132 ff.
- Buchanan, James M./Yoon, Yong J.*, Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons, 43 Journal of Law & Econ. 1 ff. (2000)
- Bull, Der Gemeinnutz im Urheberrecht*, UFITA 7 (1934), 378 ff.
- Bull, Der Zweck im Urheberrecht*, UFITA 8 (1935), 400 ff.
- Burk, Dan L.*, Muddy Rules for Cyberspace, 21 Cardozo L. Rev. 121 ff. (1999)
- Burk, Dan/Cohen, Julie E.*, Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems, 15 Harvard Journal of L. & Technology 41 ff. (2001)
- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien, New York 1991 (zit.: Bydlinski, Methodenlehre)

- Calabresi, Guido*, Die Entscheidung für oder gegen Unfälle: Ein Ansatz zur nichtverschuldensbezogenen Allokation von Kosten, in: ÖAR, Hg. v. Heinz-Dieter Assmann/Christian Kirchner/Erich Schanze (siehe dort), S. 240 ff.
- Calabresi, Guido/Melamed, A. Douglas*, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089 ff. (1972)
- Calandrillo, Steve P.*, An Economic Analysis of Intellectual Property Rights: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-Run Reward System, 9 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J., 301 ff. (1998)
- Chon, Margaret*, New Wine Bursting from Old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship, 75 Or. L. Rev. 257 ff. (1996)
- Coase, Ronald H.*, The Nature of the Firm, 4 *Economica* 386 ff. (1937)
- Coase, Ronald H.*, The Problem of Social Cost, 3 *Journal of Law and Econ.* 1 ff. (1960)
- Coase, Ronald H.*, The New Institutional Economics, 88 *The American Economic Rev.* 72 ff. (1998)
- Cohen Jehoram, Herman*, Hybriden auf dem Grenzgebiet zwischen Urheberrecht und gewerblichem Rechtsschutz, GRUR Int. 1991, 687 ff.
- Cohen Jehoram, Herman*, Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht, GRUR Int. 2001, 807 ff.
- Cohen, Julie E.*, Lochner in Cyberspace: the New Economic Orthodoxy of «Rights Management», 97 Mich. L. Rev. 462 ff. (1998)
- Cohen, Julie E.*, Copyright and the Perfect Curve, 53 Vand. L. Rev. 1799 ff. (2000)
- Cohen, Julie E.*, The Place of the User in Copyright Law, 74 Fordham L. Rev. 347 ff. (2005), online verfügbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=814664
- Cohen, Julie E.*, Creativity and Culture in Copyright Theory, 40 U.C. Davis L. Rev. 1151 ff. (2007)
- Coombe, Rosemary J.*, Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property Laws and Democratic Dialogue, 69 Tex. L. Rev. 1853 ff. (1991)
- Cooter, Robert/Ulen, Thomas*, Law & Economics, 4. Aufl., Boston, San Francisco, New York etc. 2004
- Cornish, William R.*, Intellectual Property in Britain –The Gowers Review, IIC 2007, 1 ff.
- Correa, Carlos M.*, Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. A Commentary on the TRIPS Agreement, New York 2007 (zit.: Correa, Commentary on the TRIPS Agreement)
- Croskery, Patrick*, Institutional Utilitarianism and Intellectual Property, 68 Chi.-Kent L. Rev. 631 ff. (1993)
- Dangel, Caroline/Piorkowsky, Michael-Burkhard/Stamm, Thomas*, Selbstständige Künstlerinnen und Künstler in Deutschland – zwischen brotloser Kunst und freiem Unternehmertum?, Hg. v. Deutscher Kulturrat, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Berlin 2006
- Davies, Gillian*, The Convergence of Copyright and Authors' Rights – Reality or Chimera? IIC 1995, 964 ff.
- Davies, Gillian*, Copyright and the Public Interest, 2. Aufl., London 2002
- De Boor, Hans Otto*, Vom Wesen des Urheberrechts. Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Kunst und der Photographie. Marburg 1933 (zit.: De Boor, Vom Wesen des Urheberrechts)
- De Boor, Hans Otto*, Konstruktionsfragen im Urheberrecht, UFITA 16 (1943/44), 345 ff.
- Delp, Ludwig*, Das Recht des geistigen Schaffens in der Informationsgesellschaft. Medienrecht, Urheberrecht, Urhebervertragsrecht, 2. Aufl., München 2003 (zit.: Delp, Das Recht des geistigen Schaffens in der Informationsgesellschaft)
- Demsetz, Harold*, Toward a Theory of Property Rights, 57 *American Econ. Rev.*, 347 ff. (1967)

- Demsetz, Harold*, Information and Efficiency: Another Viewpoint, 12 *Journal of L. & Econ.* 1 ff. (1969)
- Demsetz, Harold*, The Private Production of Public Goods, 13 *Journal of L. & Econ.* 293 ff. (1970)
- Demsetz, Harold*, Toward a Theory of Property Rights II: The Competition between Private and Collective Ownership, 31 *The Journal of Legal Studies* 653 ff. (2002)
- Depoorter, Ben/Parisi, Francesco*, Fair Use and Copyright Protection: a Price Theory Explanation, 21 *Int'l Rev. L. & Econ.* 453 ff. (2002)
- Detering, Dietmar*, Ökonomie der Medieninhalte. Allokative Effizienz und soziale Chancengleichheit in den Neuen Medien, Münster 2001 (zit.: Detering, Ökonomie der Medieninhalte)
- Dieselhorst, Jochen*, Was bringt das Urheberpersönlichkeitsrecht? Urheberpersönlichkeitsschutz im Vergleich: Deutschland – USA, Frankfurt am Main 1995 (zit.: Dieselhorst, Was bringt das Urheberpersönlichkeitsrecht?)
- Dietz, Adolf*, Urheberrecht im Wandel. Paradigmenwechsel im Urheberrecht?, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Wurzeln, geschichtlicher Ursprung, geistesgeschichtlicher Hintergrund und Zukunft des Urheberrechts, Hg. v. Robert Dittrich, Wien 1988, S. 200 ff. (zit.: Dietz, Urheberrecht im Wandel, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. Dittrich)
- Dietz, Adolf*, Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung, in: FS Schricker I (vgl. oben), S. 1 ff.
- Dietz, Adolf*, Der »design approach« als Entlastung des Urheberrechts, in: Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums: Festgabe von Freunden und Mitarbeitern für Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag, Hg. v. Joseph Straus, Köln 1996, S. 355 ff. (zit.: Dietz, Der »design approach« als Entlastung des Urheberrechts, in: FS Beier)
- Dietz, Adolf*, Brückenschlag zwischen Droit d'Auteur und Copyright in der Informationsgesellschaft, in: Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, XIII INTERGU-Kongreß, Hg. v. der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht, Baden-Baden 1998, S. 83 ff. (zit.: Dietz, Brückenschlag, in: Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, Hg. v. INTERGU)
- Dietz, Adolf*, Die Pläne der Bundesregierung zu einer gesetzlichen Regelung des Urhebervertragsrechts, ZUM 2001, 276 ff.
- Dietz, Adolf*, Verfassungsklauseln und Quasi-Verfassungsklauseln zur Rechtfertigung des Urheberrechts – gestern, heute und morgen, GRUR Int. 2006, 1 ff.
- Dietz, Adolf*, Bedeutsame Entwicklung des Urheberrechts im südosteuropäischen Raum – am Beispiel der Reformgesetze Sloweniens, Kroatiens und Serbiens (1. Teil), GRUR Int. 2006, 809 ff.
- Dittrich, Robert (Hg.)*, Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Wurzeln, geschichtlicher Ursprung, geistesgeschichtlicher Hintergrund und Zukunft des Urheberrechts, Wien 1988
- Dittrich, Robert (Hg.)*, Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Wien 1991
- Dölemeyer, Barbara/Klippel, Diethelm*, Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift. Hg. von der Vereinigung durch Friedrich-Karl Beier, Alfons Kraft, Gerhard Schricker und Elmar Wadle, Band I, Weinheim 1991, S. 185 ff. (zit.: Dölemeyer/Klippel, in: FS-GRUR, Bd. I)

- Döring, Eberhard*, Karl R. Popper: »Die offene Gesellschaft und ihre Feinde«. Ein einführender Kommentar, Paderborn, München, Wien, Zürich 1996 (zit.: Döring, Karl R. Popper: »Die offene Gesellschaft und ihre Feinde«)
- Dowell, Jonathan*, Bytes and Pieces: Fragmented Copies, Licensing, and Fair Use in a Digital World, 86 Cal. L. Rev. 843 ff. (1998)
- Drahos, Peter*, A Philosophy of Intellectual Property, Aldershot, Brookfield 1996
- Drassinower, Abraham*, Taking User Rights Seriously, in: In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law, Hg. v. Michael Geist, Toronto 2005, S. 462 ff. (zit.: Drassinower, Taking User Rights Seriously, in: In the Public Interest, Hg. v. Geist)
- Dreier, Thomas*, Verletzung urheberrechtlich geschützter Software nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, GRUR 1993, 781 ff.
- Dreier, Thomas*, Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends. Einige Gedanken zur Zukunft des Urheberrechts, CR 2000, 45 ff. online verfügbar unter: <http://www.ira.uka.de/~recht/deu/iir/dreier/publications/cr2000.pdf>
- Dreier, Thomas*, Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002, 28 ff.
- Dreier, Thomas*, Kompensation und Prävention. Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2002 (zit.: Dreier, Kompensation und Prävention)
- Dreier, Thomas*, Steuerung durch Recht – Einige Überlegungen zum rechtlichen Schutz technischer Schutzmaßnahmen im Urheberrecht, Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 13 ff.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot*, Urheberrechtsgesetz. Urheberrechtswahrnehmungsgesetz Kunsturhebergesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2006 (zit.: Dreier-Schulze-Bearbeiter, UrhG)
- Drexl, Josef*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge. Tübingen 1998 (zit.: Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers)
- Drexl, Josef*, Urheberrecht und Handelspolitik: Zweckehe oder Mesalliance? – Zugleich eine Besprechung von »Maximilian Wilhelm Haedicke: Urheberrecht und die Handelspolitik der Vereinigten Staaten von Amerika«, GRUR Int. 1999, 1 ff.
- Drexl, Josef*, Intellectual Property and Antitrust Law – IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases, IIC 2004, 788 ff.
- Drexl, Josef*, Auf dem Weg zu einer neuen europäischen Marktordnung der kollektiven Wahrnehmung von Online-Rechten der Musik?, in: Wahrnehmungsrecht in Polen, Deutschland und Europa. INTERGU-Tagung 2005, Hg. v. Karl Riesenhuber, Berlin 2006, S. 193 ff. (zit.: Drexl, Auf dem Weg zu einer neuen europäischen Marktordnung der kollektiven Wahrnehmung von Online-Rechten der Musik? in: Wahrnehmungsrecht in Polen, Deutschland und Europa. Hg. v. Riesenhuber)
- Dufft, Nicole/Stiehler, Andreas/Vogele, Danny/Wichmann, Thorsten*, Digital Music Usage and DRM. Results from an European Consumer Survey, Hg. v. INDICARE (The Informed Dialogue about Consumer Acceptability of DRM Solutions in Europe), Karlsruhe, Berlin, Amsterdam, Budapest 2005, online verfügbar unter: http://www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=110 (zit.: Dufft et. al., Digital Music Usage and DRM)
- Dufft, Nicole/Bohn, Philipp/Stiehler, Andreas/Wichmann, Thorsten*, Digital Video Usage and DRM. Results from a European Consumer Survey, Hg. v. INDICARE (The Informed Dialogue about Consumer Acceptability of DRM Solutions in Europe), Karlsruhe, Berlin, Amsterdam, Budapest 2006, online verfügbar unter: http://www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=170 (zit.: Dufft et. al., Digital Video Usage and DRM)

- Duggan, A. J.*, The Economics of Consumer Protection: A Critique of the Chicago School Case Against Intervention, Adelaide 1982 (zit.: Duggan, The Economics of Consumer Protection)
- Düppen, Bettina*, Der Utilitarismus: Eine theoriegeschichtliche Darstellung von der griechischen Antike bis zur Gegenwart, Köln 1996
- Dusollier, Séverine*, Exceptions and Technological Measures in the European Copyright Directive of 2001 – An Empty Promise, IIC 2003, 62 ff.
- Dworkin, Ronald*, Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt am Main 1984
- Eco, Umberto*, Im Wald der Fiktionen. Sechs Streifzüge durch die Literatur. Harvard-Vorlesungen (Norton Lectures 1992-93), München 1994 (zit.: Eco, Im Wald der Fiktionen)
- Eagleton, Terry*, Einführung in die Literaturtheorie, Stuttgart 1988
- Easterbrook, Frank H.*, Cyberspace versus Property Law? 4 Tex. Rev. L. & Pol., 103 ff. (1999)
- Easterbrook, Frank H.*, Contract and Copyright, 42 Houston L. Rev. 953 ff. (2005)
- Eidenmüller, Horst*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216 ff.
- Eidenmüller, Horst*, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2005 (zit.: Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip)
- Ekey, Friedrich L./Klippel, Diethelm/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid/Platz, Gunda*, Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2005 (zit.: Ekey-Klippel-Kotthoff-Meckel-Platz-Bearbeiter, Wettbewerbsrecht)
- Elkin-Koren, Niva*, Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators, 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 345 ff. (1995)
- Elkin-Koren, Niva*, Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract, 12 Berkeley Tech. L. J. 93 ff. (1997)
- Elkin-Koren, Niva*, Copyrights in Cyberspace – Rights without Laws?, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1155 ff. (1998)
- Elkin-Koren, Niva/Salzberger, Eli M.*, Law and Economics in Cyberspace, 19 Int'l Rev. L. & Econ., 553 ff. (1999)
- Elkin-Koren, Niva/Salzberger, Eli M.*, Law, Economics and Cyberspace. The Effects of Cyberspace on the Economic Analysis of Law, Cheltenham 2004 (zit.: Elkin-Koren/Salzberger, Law, Economics and Cyberspace)
- Ellins, Julia*, Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft. Von den Anfängen bis ins Informationszeitalter, Berlin 1997 (zit.: Ellins, Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft)
- Elster, Alexander*, Die wettbewerbliche und die immanente Begrenzung des Urheberrechts, GRUR 1926, 493 ff.
- Elster, Alexander*, Der Schutz des Geisteswerkes als Ausgleich zwischen Urheber und Allgemeinheit, UFITA 4 (1931), 215 ff.
- Elster, Alexander*, Deutsche Rechtsgedanken im Urheberrecht, UFITA 6 (1933), 189 ff.
- Elster, Alexander*, Die sozialethische Grundlage des Urheberrechts (insbesondere bezüglich des Problems »Persönlichkeit und Gemeinschaft«) und die internationale Verständigung, UFITA 11 (1938), 173 ff.
- Emmerich, Volker*, Unlauterer Wettbewerb, Ein Studienbuch, 7. Aufl., München 2004
- Engel, Friedrich-Wilhelm*, Über »Computerprogramme als solche«, GRUR 1993, 194 ff.
- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, Hg. und bearbeitet von Thomas Würtenberger, Dirk Otto, 10. Aufl., Stuttgart 2005
- Englert, Markus*, Behavioral Law and Economics: eine kritische Einführung. Preprints of the Max-Planck-Institute for Research on Collective Goods, online verfügbar unter: <http://>

- opus.zbw-kiel.de/volltexte/2005/2663/pdf/2004_11online.pdf (zit.: Englerth, Behavioral Law and Economics)
- Epstein, Richard A.*, Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase, 36 Journal of L. & Econ. 553 ff. (1993)
- Epstein, Richard A.*, A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules, 106 Yale L. J. 2091 ff. (1997)
- Eucken, Walter*, Das ordnungspolitische Problem, ORDO Bd. 1 (1948), 56 ff.
- Eucken, Walter*, Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung, ORDO Bd. 2 (1949), 1 ff.
- Eucken, Walter*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Hg. v. Edith Eucken/K. Paul Hensel, Bern, Tübingen 1952
- Fechner, Frank*, Geistiges Eigentum und Verfassung. Schöpferische Leistungen unter dem Schutz des Grundgesetzes, Tübingen 1999 (zit.: Fechner, Geistiges Eigentum und Verfassung)
- Fetscherin, Marc*, Evaluating Consumer Acceptance for Protected Digital Content, in: Digital Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects, Hg. v. Eberhard Becker, Willms Buhse, Dirk Günnewig, Niels Rump, Berlin, Heidelberg 2003, S. 301 ff. (zit.: Fetscherin, Evaluating Consumer Acceptance for Protected Digital Content, in: Digital Rights Management, Hg. v. Becker et. al.)
- Fetscherin, Marc*, Consumer acceptance of digital rights management systems, 2 Indicare Monitor Nr. 3 (2005), online verfügbar unter: http://www.INDICARE.org/tiki-read_article.php?articleId=105
- Fezer, Karl-Heinz*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, 817 ff.
- Fezer, Karl-Heinz*, Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, JZ 1988, 223 ff.
- Fezer, Karl-Heinz*, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band I, 1. Aufl., München 2005 (zit.: Fezer, Lauterkeitsrecht, Bd. I)
- Fichte, Johann Gottlieb*, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, erstmals erschienen in Berlinische Monatsschrift Bd. 21 (1793), 443 ff., Nachdruck in: UFITA 106 (1987), 155 ff.
- Fikentscher, Wolfgang*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz – Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, München/Berlin 1958 (zit.: Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz)
- Fikentscher, Wolfgang*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV, Dogmatischer Teil, 1. Aufl., Tübingen 1977 (zit.: Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. IV)
- Fikentscher, Wolfgang*, Urhebervertragsrecht und Kartellrecht, in: FS Schricker I (vgl. dort), S. 149 ff.
- Fink-Eitel, Hinrich*, Foucault zur Einführung, 2. Aufl., Hamburg 1992
- Fisher, William*, Reconstructing the Fair Use Doctrine, 101 Harv. L. R. 1659 ff. (1988)
- Fisher, William*, Property and Contract on the Internet, 73 Chic.-K. L. Rev. 1203 (1998)
- Fisher, William*, Theories of Intellectual Property, in: New Essays in the Legal and Political Theory of Property, Hg. v. Stephen R. Munzer, Cambridge 2001, S. 168 ff.
- Fisher, William W.*, Promises to keep. Technology, Law, and the Future of Entertainment. Stanford 2004 (zit.: Fisher, Promises to keep)
- Floros, Constantin*, Gustav Mahler. Visionär und Despot. Porträt einer Persönlichkeit, Zürich/Hamburg 1998 (zit.: Floros, Gustav Mahler)
- Foucault, Michel*, Was ist ein Autor?, in: Schriften zur Literatur, Hg. v. Daniel Defert/Francois Ewald unter Mitwirkung von Jacques Lagrange, Baden-Baden 2003, S. 234 ff. (zit.: Foucault, Was ist ein Autor?, in: Schriften zur Literatur, Hg. v. Defert/Ewald)
- Frank, Manfred/Raulet, Gérard/van Reijen, Willem (Hg.)*, Die Frage nach dem Subjekt, Frankfurt am Main 1988

- Frank, Robert H., *Microeconomics and Behavior*, 6. Aufl., New York 2006
- Fränkl, Gerald/Karpf, Philipp, *Digital Rights Management Systeme. Einführung, Technologien, Recht, Ökonomie und Marktanalyse*, München 2004 (zit.: Fränkl/Karpf, *Digital Rights Management Systeme*)
- Friedman, David D., *Law's Order: what Economics has to do with Law and why it matters*, Princeton 2000 (zit.: Friedman, *Law's order*)
- Fromm, Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm, *Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*. 9. Aufl., Stuttgart 1998 (zit.: Fromm-Nordemann-Bearbeiter, *Urheberrecht*)
- Furubotn, Eirik G./Pejovich, Svetozar, *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, 10 *Journal of Econ. Lit.* 1137 ff.(1972)
- Gamm, Otto-Friedrich Freiherr von, *Urheberrechtsgesetz. Kommentar*, München 1968 (zit.: v. Gamm, *Urheberrechtsgesetz*)
- Garon, Jon M., *Normative Copyright: A Conceptual Framework for Copyright Philosophy and Ethics*, 88 *Cornell L. Rev.* 1278 ff. (2003)
- Gasser, Urs/Ernst, Silke, *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>
- Gast, Peter, *Grundsätzliches zur Stellung der Reichskulturkammer im Urheberrecht*, *UFITA* 8 (1935), 333 ff.
- Geiger, Christophe, *Anmerkung zur Utrillo-Entscheidung des Cour d'appel de Paris vom 30.5.2001*, *GRUR Int.* 2002, 330 ff.
- Geiger, Christophe, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Paris 2004
- Geiger, Christophe, *Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts*, *GRUR Int.* 2004, 815 ff.
- Geiger, Christophe, *Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts*, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. Reto M. Hilty/Alexander Peukert (siehe dort), S. 143 ff.
- Geiger, Christophe, *Right to Copy v. Three-Step Test. The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment*, 1 *Computer Law Review international*, 7 (2005)
- Geiger, Christophe, *»Constitutionalising« Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, *IIC* 2006, 371 ff.
- Geiger, Christophe, *Copyright and the Freedom to Create – A Fragile Balance*, *IIC* 2007, 707 ff.
- Geiger, Christophe/Engelhardt, Tim/Hansen, Gerd/Markowski, Kristina, *Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog – Impulse für eine europäische Rechtsharmonisierung. Bericht von der Abschlussveranstaltung der deutsch-französischen Vortragsreihe zum Urheberrecht am 13. Januar 2006 im Europäischen Patentamt, München*, *GRUR Int.* 2006, 475 ff., online verfügbar unter: http://www.gerd-hansen.net/Geiger_Hansen_etal_GRUR_Int_2006_475ff.pdf
- Geis, Norbert, *Das Lauterkeitsrecht in der rechtspolitischen Diskussion*, in: *Festschrift für Winfried Tilmann, Zum 65. Geburtstag*, Köln 2003, S. 121 ff. (zit.: Geis, *Das Lauterkeitsrecht in der rechtspolitischen Diskussion*, in: *FS Tilmann*)
- Geller, Paul Edward, *Die Auflösung des Geistigen Eigentums*, *GRUR Int.* 2006, 273 ff.
- Gervais, Daniel, *The Changing Role of Copyright Collectives*, in: *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Hg. v. Daniel Gervais, Den Haag 2006, S. 3 ff.
- Gesang, Bernward, *Eine Verteidigung des Utilitarismus*, Stuttgart 2003
- Gierke, Otto von, *Deutsches Privatrecht. Bd. I: Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895, S. 748-848, Nachdruck in *UFITA* 125 (1994), 103 ff.
- Gierke, Otto von, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1948

- Gieseke, Ludwig*, Vom Privileg zum Urheberrecht. Die Entwicklung des Urheberrechts in Deutschland bis 1845. Göttingen 1995 (zit.: Gieseke, vom Privileg zum Urheberrecht)
- Gifford, Daniel J.*, Innovation and Creativity in the Fine Arts: the Relevance and Irrelevance of Copyright, 18 Cardozo Arts & Ent. L.J. 569 ff. (2000)
- Gilbert, Richard/Shapiro, Carl*, Optimal Patent Length and Breadth, 21 RAND Journal of Economics 106 ff. (1990)
- Ginsburg, Jane C.*, A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America, 147 RIDA 125 ff. (1991)
- Ginsburg, Jane C.*, Putting Cars on the «Information Superhighway»: Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace, 95 Colum. L. Rev. 1466 ff. (1995)
- Goethe, Johann Wolfgang von*, Werke. Hamburger Ausgabe in 14 Bänden. Band 12. Schriften zur Kunst und Literatur, Maximen und Reflexionen, Kommentiert von Herbert von Einem und Hans Joachim Schrimpf, München 1998 (zit.: Goethe, Werkausgabe Bd. 12)
- Goldmann, Bettina C.*, Die kollektive Wahrnehmung musikalischer Rechte in den USA und Deutschland. Eine vergleichende Studie zu Recht und Praxis der Verwertungsgesellschaften, München 2001 (zit.: Goldmann, Die kollektive Wahrnehmung musikalischer Rechte in den USA und Deutschland)
- Goldstein, Paul*, Copyright's Highway. From Gutenberg to the Celestial Jukebox, New York 1994
- Goldstein, Paul*, International Copyright. Principles, Law and Practice, New York 2001 (zit.: Goldstein, International Copyright)
- Goldstein, Paul*, Das urheberrechtliche Gemeingut – Copyright's Commons, GRUR Int. 2006, 901 ff.
- Gompel, Stef van*, Unlocking the Potential of Pre-Existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe? IIC 2007, 669 ff.
- Gomulkiewicz, Robert W.*, The license is the product: Comments on the Promise of Article 2B for Software and Information Licensing, 13 Berkeley Tech. L. J. 891 ff. (1998)
- Gordon, Wendy J.*, Fair Use as Market Failure: a Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors, 82 Colum. L. Rev. 1600 ff. (1982)
- Gordon, Wendy J.*, An Inquiry into the Merits of Copyright: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory, 41 Stan. L. Rev. 1343 ff. (1989)
- Gordon, Wendy J.*, Toward a Jurisprudence of Benefits: The Norms of Copyright and the Problem of Private Censorship, 57 U. Chi. L. Rev. 1009 ff. (1990)
- Gordon, Wendy J.*, Asymmetric Market Failure and Prisoner's Dilemma in Intellectual Property, 17 U. Dayton L. Rev. 853 ff. (1992)
- Gordon, Wendy J.*, Systemische und fallbezogene Lösungsansätze für Marktversagen bei Immaterialgütern, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen. Beiträge zum IV. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (23.-26. März 1994), Hg. v. Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer, Tübingen 1994, S. 328 ff. (zit.: Gordon, Systemische und fallbezogene Lösungsansätze für Marktversagen bei Immaterialgütern, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Hg. v. Ott/Schäfer)
- Gordon, Wendy J./Watt, Richard (Hg.)*, The Economics of Copyright. Developments in Research and Analysis, Cheltenham, Northampton 2003
- Gowers, Andrew*, Gowers Review of Intellectual Property, Hg. v. HM Treasury, London 2006, online verfügbar unter:
http://www.hm-treasury.gov.uk/media/6/E/pbr06_gowers_report_755.pdf
 (zit.: Gowers, Gowers Review on Intellectual Property)
- Grass, Günter*, Wir Urheber! Schluß mit der Bescheidenheit: Der Gesetzgeber muß den Schöpfern von Kunst und Kultur endlich bessere Bedingungen einräumen, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 18. Januar 2005, S. 36

- Grassmuck, Volker*, Freie Software. Zwischen Privat- und Gemeineigentum, Bonn 2002
- Grosheide, F. Willem*, Paradigms in Copyright Law, in: *Of Authors and Origins. Essays on Copyright Law*, Hg. v. Brad Sherman/Alain Strowel, Oxford 1994, S. 203 ff. (zit.: Grosheide, Paradigms in Copyright Law, in: *Of Authors and Origins*, Hg. v. Sherman/Strowel)
- Grosheide, F. Willem*, Copyright Law from a User's Perspective: Access Rights for Users, 7 E.I.P.R. 321 ff. (2001)
- Grossman, Gene M./Helpman, Elhanan*, Special Interest Politics, Cambridge 2001
- Guibault, Lucie/Helberger, Natali*, Copyright Law and Consumer Protection, Amsterdam 2005, online verfügbar unter: <http://www.ivir.nl/publications/other/copyrightlawconsumerprotection.pdf>
- Guibault, Lucie/Westkamp, Guido/Rieber-Mohn, Thomas/Hugenholtz, Bernt/Eechoud, Mireille van/Helberger, Natali/Steijger, Lennert/Rossini, Mara/Dufft, Nicole/Bohn, Philipp*, Study on the implementation and effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Report to the European Commission, DG Internal Market, Amsterdam Februar 2007, online verfügbar unter http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf (zit.: Guibault/Westkamp/Rieber-Mohn/Hugenholtz et al., Study on the implementation and effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society)
- Habermas, Jürgen*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1992 (zit.: Habermas, Faktizität und Geltung)
- Haedicke, Maximilian Wilhelm*, Urheberrecht und die Handelspolitik der Vereinigten Staaten von Amerika, München 1997
- Haller, Jochen*, Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie. Eine ökonomische Analyse. Köln 2005 (zit.: Haller, Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie)
- Handke, Christian/Stepan, Paul/Towse, Ruth*, Development of the Economics of Copyright, in: *Handbook on IP and Competition Law*, S. 373 ff. (erscheint demnächst)
- Hansen, Fritz*, Das Urheber-, Verlags- und Preßrecht für das gesamte Druckgewerbe, Halle 1911 (zit.: Hansen, Urheber-, Verlags- und Preßrecht)
- Hansen, Gerd*, Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378 ff., online verfügbar unter: http://www.gerd-hansen.net/Hansen_GRUR_Int_2005_378ff.pdf
- Hansen, Gerd*, Angst vor digitaler Landnahme. Google plant ein gigantisches Digitalisierungsprojekt. In Europa regt sich Widerstand, Der Tagesspiegel vom 30.03.2005, online verfügbar unter: <http://archiv.tagesspiegel.de/archiv/30.03.2005/1727330.asp>
- Hansen, Gerd*, The Future of the Research Information Chain – The Role of Publishers and Learned Societies – Budapest, 17.-18. März 2005, GRUR Int. 2005, 579 ff.
- Hansen, Gerd/Schmidt-Bischoffshausen, Albrecht*, Ökonomische Funktionen von Verwertungsgesellschaften – Kollektive Wahrnehmung im Lichte von Transaktionskosten- und Informationsökonomik, GRUR Int. 2007, 461 ff.
- Hardin, Garret*, The Tragedy of the Commons, 162 Science, 1243 ff. (1968)
- Hardy, Trotter*, Property (and Copyright) in Cyberspace, 1996 U. Chi. Legal F. 217 ff. (1996)
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar, München 2004 (zit.: Harte-Henning-Bearbeiter, UWG)
- Hauschildt, Jürgen*, Facetten des Innovationsbegriffs, in: *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstandsbereiche*, Hg. v. Wolfgang Hoffmann-Riem/Jens-Peter Schneider, Baden-Baden 1998, S. 29 ff. (zit.: Hauschildt, Facetten des Innovationsbegriffs, in: *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, Hg. v. Hoffmann-Riem/Schneider)
- Hayek, Friedrich August von*, The Constitution of Liberty, London 1960

- Hayek, Friedrich August von*, Die Verfassung der Freiheit, Hg. v. Alfred Bosch/Reinhold Veit, 4. Aufl., Tübingen 2005 (zit.: von Hayek, Die Verfassung der Freiheit)
- Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim*, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., München 2007 (zit.: Hefermehl-Köhler-Bornkamm-Bearbeiter, Wettbewerbsrecht)
- Hefti, Ernst*, Das Urheberrecht im Nationalsozialismus, in: Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. Robert Dittrich, Wien 1988, S. 165 ff.
- Heinemann, Andreas*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung. Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums, Tübingen 2002 (zit.: Heinemann, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung)
- Heinemann, Andreas*, Interne und externe Begrenzungen des Immaterialgüterschutzes am Beispiel des IMS Health-Falls, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Reto M. Hilty/Alexander Peukert (vgl. dort), S. 207 ff. (zit.: Heinemann, Interne und externe Begrenzungen des Immaterialgüterschutzes, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Hilty/Peukert)
- Heinemann, Andreas*, Schutzrechte in der Informationsgesellschaft und ihr Verhältnis zum Kartellrecht, in: Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, Hg. v. Peter Behrens, Baden-Baden 2004, S. 105 ff. (zit.: Heinemann, Verhältnis zum Kartellrecht, in: Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, Hg. v. Behrens)
- Helberger, Natali*, Digitales Rechtmanagement und Verbraucherinteressen. Plädoyer für eine DRM-Agenda, die auch die Interessen der Verbraucher berücksichtigt, in: Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Nr. 2, 15. Jahrgang, August 2006, S. 33 ff., online verfügbar unter: <http://www.itas.fzk.de/tatup/062/helb06a.pdf>
- Heller, Michael A.*, The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, 111 Harv. L. Rev. 621 ff. (1998)
- Hettinger, Edwin C.*, Justifying Intellectual Property, 18 Philosophy and Public Affairs 31 ff. (1989)
- Hilgendorf, Eric*, Der ethische Utilitarismus und das Grundgesetz, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Hg. v. Winfried Brugger, Baden-Baden 1996, S. 249 ff. (zit.: Hilgendorf, Der ethische Utilitarismus, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, Hg. v. Brugger)
- Hilty, Reto M.*, Das Basler Nachdrucksverbot von 1531 im Lichte der gegenwärtigen Entwicklungen des Urheberrechts, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. Robert Dittrich, Wien 1991, S. 20 ff. (zit.: Hilty, Basler Nachdrucksverbot von 1531, in: Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte, Hg. v. Dittrich)
- Hilty, Reto M.*, Gedanken zum Schutz der nachbarrechtlichen Leistung – einst, heute und morgen, UFITA 116/1991, 35 ff.
- Hilty, Reto M.*, Zum urheberrechtlichen Leistungsschutz im schweizerischen Recht am Beispiel des Tonträgerproduzenten – Versuch einer dogmatischen Begründung, GRUR Int. 1993, 818 ff.
- Hilty, Reto M.*, Die Leistungsschutzrechte im schweizerischen Urheberrechtsgesetz, UFITA 124/1994, 85 ff.
- Hilty, Reto M.*, Lizenzvertragsrecht. Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Bern 2001 (zit.: Hilty, Lizenzvertragsrecht)
- Hilty, Reto M.*, Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse: Schutz des Urhebers oder dogmatisches Ammenmärchen?, in: Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes. Festschrift für Manfred Rehbinder, Hg. v. Jürgen Becker/Reto M. Hilty/Jean-

- Fritz Stöckli/Thomas Würtenberger, München 2002, S. 259 ff. (zit.: Hilty, Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse, in: FS Rehinder)
- Hilty, *Reto M.*, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: »Wer will was von wem woraus?« – Ein Auftakt zum »zweiten Korb«, ZUM 2003, 983 ff.
- Hilty, *Reto M.*, Eldred v. Ashcroft: Die Schutzfrist im Urheberrecht – eine Diskussion, die auch Europäer interessieren sollte, GRUR Int. 2003, 201 ff.
- Hilty, *Reto M.*, Entwicklungsperspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, in: Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, Hg. v. Peter Behrens, Baden-Baden 2004, S. 139 ff. (zit.: Hilty, Entwicklungsperspektiven, in: Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, Hg. v. Behrens)
- Hilty, *Reto M.*, Intellectual Property and the European Community's Internal Market Legislation – Copyright in the Internal Market, IIC 2004, 760 ff.
- Hilty, *Reto M.*, Der »zweite Korb« – ein erster Schritt in die richtige Richtung, MMR 2004, 713 f.
- Hilty, *Reto M.*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht, in: Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag (vgl. dort), S. 325 ff. (zit.: Hilty, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II)
- Hilty, *Reto M.*, Vergütungssystem und Schrankenregelungen – Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 819 ff.
- Hilty, *Reto M.*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, 179 ff.
- Hilty, *Reto M.*, »Leistungsschutz« – made in Switzerland? – Klärung eines Missverständnisses und Überlegungen zum allgemeinen Schutz von Investitionen, in: Festschrift für Eike Ullmann, Hg. v. Hans-Jürgen Ahrens/Joachim Bornkamm/Hans Peter Kunz-Hallstein, Saarbrücken 2006, S. 643 ff. (zit.: Hilty, »Leistungsschutz« – made in Switzerland?, in: FS Ullmann)
- Hilty, *Reto M.*, The Expansion of Copyright Law and its Social Justification, in: Copyright Law and the Information Society in Asia, Hg. v. Christopher Heath/Kung-Chung Liu, Oxford, Portland 2007, S. 1 ff. (zit.: Hilty, The Expansion of Copyright Law and its Social Justification, in: Copyright Law and the Information Society in Asia, Hg. v. Heath/Liu)
- Hilty, *Reto M.*, Sündenbock Urheberrecht?, in: Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Hg. v. Ansgar Ohly/Diethelm Klippel, S. 107 ff. (zit.: Hilty, Sündenbock Urheberrecht?, in: Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Hg. v. Ohly/Klippel)
- Hilty, *Reto M./Peukert, Alexander (Hg.)*, Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004
- Hilty, *Reto M./Geiger, Christophe (Hg.)*, Interessenausgleich im Urheberrecht – Teil 2, München 2005, online verfügbar unter: http://www.ip.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/online_publicationen/interessenausgleich_im_urheber.cfm
- Hilty, *Reto M./Geiger, Christophe*, Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis, IIC 2005, 615 ff.
- Hirsch, *Ernst E.*, Die Werkherrschaft, UFITA 36 (1962), 19 ff.
- Hirsch, *Ernst E.*, Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge. Beiträge zur Rechtssoziologie, Berlin 1966 (zit.: Hirsch, Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge)
- Hoerster, *Norbert*, Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung, 2. Aufl., Freiburg, München 1977
- Höffe, *Otfried (Hg.)*, Einführung in die utilitaristische Ethik. Klassische und zeitgenössische Texte, 2. Aufl., Tübingen 1992 (zit.: *Verfasser*, in: Einführung in die utilitaristische Ethik)
- Hoffmann, *Willy*, Die gesetzliche Lizenz für die Rundfunk-Sendegesellschaften, ArchFunkR 2 (1929), 247 ff.
- Hoffmann, *Willy*, Gedanken zur Systematik eines deutschen Urheberrechtsgesetzes, GRUR 1931, 706 ff.

- Hoeren, Thomas*, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Hg. von Klaus Peter Berger, Werner F. Ebke, Siegfried Elsing, Bernhard Großfeld, Gunther Kühne, Heidelberg 2000, S. 357 ff. (zit.: Hoeren, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: FS Sandrock)
- Hoeren, Thomas*, Urheberrecht 2000 – Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, 3 ff.
- Hoeren, Thomas*, Pressespiegel und das Urheberrecht - Eine Besprechung des Urteils des BGH »Elektronischer Pressespiegel«, GRUR 2002, 1022 ff.
- Hohagen, Gisbert*, Überlegungen zur Rechtsnatur der Kopierfreiheit, in: FS Schricker II (vgl. dort), S. 353 ff.
- Hubmann, Heinrich*, Das Recht des schöpferischen Geistes. Eine philosophisch-juristische Betrachtung zur Urheberrechtsreform, Berlin 1954 (zit.: Hubmann, Das Recht des schöpferischen Geistes)
- Hubmann, Heinrich*, Urheber- und Verlagsrecht, 6. Aufl., München 1987
- Hubmann, Heinrich*, Die Idee vom geistigen Eigentum, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Urheberrechtsnovelle von 1985, ZUM 1988, 4 ff.
- Hugenholtz, Bernt*, Adapting Copyright to the Information Superhighway: in: The Future of Copyright in a Digital Environment. Proceedings of the Royal Academy Colloquium organized by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law, Hg. v. Bernt Hugenholtz, Den Haag 1996, S. 81 ff. (zit.: Hugenholtz, Adapting Copyright to the Information Superhighway: in: The Future of Copyright in a Digital Environment)
- Hugenholtz, Bernt*, The Future of Copyright Levies in the Digital Environment, in: Creators' Right in the Information Society, ALAI Congress September 14-17, 2003, Budapest, Budapest 2004, S. 295 ff. (zit.: Hugenholtz, The Future of Copyright Levies in the Digital Environment, in: Creators' Right in the Information Society, ALAI Congress 2003)
- Hugenholtz, Bernt/Guibault, Lucie/van Geffen, Sjoerd*, The Future of Levies in a Digital Environment, Amsterdam 2003, online verfügbar unter: <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf> (zit.: Hugenholtz/Guibault/van Geffen, The Future of Levies in a Digital Environment)
- Hugenholtz, Bernt/Eechoud, Mireille van/Gompel, Stef van/Guibault, Lucie/Helberger, Natali/Rossini, Mara/Steijger, Lennert/Dufft, Nicole/Bohn, Philipp*, The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, Europäische Kommission GD Binnenmarkt Studienr. ETD/2005/IM/D1/95, Hg. v. Institute for Information Law, Amsterdam 2006, online verfügbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf (zit.: Hugenholtz et. al., The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy)
- Hughes, Justin*, The Philosophy of Intellectual Property, 77 Georgetown Law Journal 287 ff. (1988)
- Hummel, Marlies*, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts, Berlin, München 1989
- Hurt, Robert M./Schuchman, Robert M.*, The Economic Rationale of Copyright, 56 The American Economic Review 421 ff. (1966)
- Huuskonen, Mikko*, Copyright, Mass Use and Exclusivity. On The Industry Initiated Limitations to Copyright Exclusivity, Especially Regarding Sound Recording and Broadcasting, Diss. Helsinki 2006, online verfügbar unter: <http://ethesis.helsinki.fi/julkaisut/oik/yksit/vk/huuskonen/> (zit.: Huuskonen, Copyright, Mass Use and Exclusivity)

- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim*, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. I, 1. Aufl., München 1997 (zit.: *Immenga-Mestmäcker-Bearbeiter*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I)
- Jaeger, Till/Metzger, Axel*, Open Source Software. Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, 2. Aufl., München 2006 (zit.: *Jaeger/Metzger*, Open Source Software)
- Jänich, Volker*, Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?, Tübingen 2002
- Jarass, Hans D./Pieroth Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 8. Aufl. München 2006 (zit.: *Jarass-Pieroth-Bearbeiter*, GG)
- Jeanneney, Jean-Noel*, Googles Herausforderung. Für eine europäische Bibliothek, Berlin 2006 (zit.: *Jeanneney*, Googles Herausforderung)
- Jhering, Rudolph von*, Der Zweck im Recht, 1. Band, 3. Aufl., Leipzig 1893 (zit.: *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I)
- Jhering, Rudolph von*, Der Zweck im Recht, 2. Band, Hildesheim 1970, Reprografischer Nachdruck der 4. Aufl., Leipzig 1905 (zit.: *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. II)
- Jobs, Steve*, Thoughts on Music, veröffentlicht am 06.02.2007 unter <http://www.apple.com/hot-news/thoughtsonmusic/>
- Jolls, Christine/Sunstein, Cass R./Thaler, Richard*, A Behavioral Approach to Law and Economics, 50 Stan. L. Rev. 1471 ff. (1998)
- Kahneman, Daniel/Knetsch, Jack L./Thaler, Richard H.*, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, 5 The Journal of Econ. Perspectives 193 ff. (1991)
- Kammler, Clemens*, Historische Diskursanalyse (Michel Foucault), in: Neue Literaturtheorien. Eine Einführung, Hg. v. Klaus-Michael Bogdal, 3. Aufl., Göttingen 2005, S. 32 ff. (zit.: *Kammler*, Diskursanalyse, in: Neue Literaturtheorien, Hg. v. Bogdal)
- Kant, Immanuel*, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, erstmals erschienen in Berlinische Monatsschrift 5 (1785), 403-417, Nachdruck in UFITA 106 (1987), 137 ff.
- Kaplow, Louis/Shavell, Steven*, Do Liability Rules Facilitate Bargaining? A Reply to Ayres and Talley, 105 Yale L. J. 221 ff. (1995)
- Katz, Michael L./Shapiro, Carl*, Network Externalities, Competition, and Compatibility, 75 American Econ. Rev. 424 ff. (1985)
- Katzenberger, Paul*, Elektronische Printmedien und Urheberrecht. Urheberrechtliche und urhebervertragsrechtliche Fragen der elektronischen Nutzung von Zeitungen und Zeitschriften, Stuttgart 1996 (zit.: *Katzenberger*, Elektronische Printmedien und Urheberrecht)
- Kaufmann, Arthur (Hg.)*, Die ontologische Begründung des Rechts, Bad Homburg vor der Höhe 1965
- Kelsen, Hans*, Was ist Gerechtigkeit?, Wien 1953
- Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960
- Khong, Dennis W. K.*, Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyrighted Goods, 15 Int'l J. L. & Info. Tech. 54 ff. (2007)
- Kiesel, Helmuth/Münch, Paul*, Gesellschaft und Literatur im 18. Jahrhundert. Voraussetzungen und Entstehung des literarischen Markts in Deutschland, München 1977
- Kirchhof, Paul*, Der Gesetzgebungsauftrag zum Schutz des geistigen Eigentums gegenüber modernen Vervielfältigungstechniken, Heidelberg 1988 (zit.: *Kirchhof*, Der Gesetzgebungsauftrag zum Schutz des geistigen Eigentums)
- Kirchner, Christian*, Patentrecht und Wettbewerbsbeschränkungen, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Beiträge zum IV. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (23.-26. März 1994), Hg. v. Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer, Tübingen 1994, S. 157 ff. (zit.: *Kirchner*, Patentrecht und Wettbewerbsbeschränkungen, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Hg. v. Ott/Schäfer)

- Kirsch, Guy*, Neue Politische Ökonomie, 5. Aufl., Stuttgart 2004
- Kitch, Edmund W.*, The Nature and Function of the Patent System, 20 Journal of L. & Econ. 265 ff. (1977)
- Kliege, Helmut*, Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse. Unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklauseln, Göttingen 1966 (zit.: Kliege, Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse)
- Klotz, Heinrich*, Zweite Moderne, in: Die Zweite Moderne, Eine Diagnose der Kunst der Gegenwart, Hg. v. Heinrich Klotz, München 1996, S. 9 ff.
- Knöbl, Harald Peter*, Die »kleine Münze« im System des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts. Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, schweizerischen, französischen und US-amerikanischen Rechts, Hamburg 2002 (zit.: Knöbl, Die »kleine Münze« im System des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts)
- Koboldt, Christian*, Property Rights und Urheberschutz, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen. Beiträge zum IV. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (23.-26. März 1994), Hg. v. Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer, Tübingen 1994, S. 69 ff. (zit.: Koboldt, Property Rights und Urheberschutz, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Hg. v. Ott/Schäfer)
- Koelman, Kamiel J.*, The Levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM, Entertainment L. Rev. 4/2005, 75 ff., online verfügbar unter: <http://pubs.cli.vu/pub221.php>
- Kohler, Josef*, Das Autorrecht. Eine zivilistische Abhandlung, Jena 1880 (zit.: Kohler, Autorrecht)
- Kohler, Josef*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart 1907
- Köhler, Helmut/Piper, Henning*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., München 2001
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Henning-Bodewig, Frauke*, Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform, WRP 2002, 1317 ff.
- Kopsch, Julius*, Zur Frage der gesetzlichen Lizenz, ArchFunkR 1 (1928), 201 ff.
- Korobkin, Russell B./Ulen, Thomas S.*, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, 88 Cal. L. Rev. 1051 ff. (2000)
- Koskinen-Olsson, Tarja*, Collective Management in the Nordic Countries, in: Collective Management of Copyright and Related Rights, Hg. v. Daniel Gervais, Alphen aan de Rijn 2006, S. 257 ff.
- Kramer, Ernst A.*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern 2005
- Krauss, Michael I.*, Property Rules vs. Liability Rules, in: Encyclopedia of Law and Economics. Volume II. Civil Law and Economics, Hg. v. Boudewijn Bouckaert, Gerrit De Geest, Cheltenham, Northampton 2000, S. 782 ff. (zit.: Krauss, Property Rules vs. Liability Rules, in: Encyclopedia of Law and Economics II, Hg. v. Bouckaert/De Geest)
- Kreiss, Robert A.*, Accessibility and Commercialization in Copyright Theory, 43 UCLA L. Rev. 1 ff. (1995)
- Kretschmer, Martin*, Artists' earnings and copyright: A review of British and German music industry data in the context of digital technologies, First Monday, Volume 10, Nr. 1 (2005), online verfügbar unter: http://www.firstmonday.org/issues/issue10_1/kretschmer/#1 (zit.: Kretschmer, Artists' earnings and copyright)
- Kretschmer, Martin/Hardwick, Philip*, Authors' Earnings from Copyright and Non-Copyright Sources: A Survey of 25,000 British and German Writers, Bournemouth 2007, online verfügbar unter: <http://www.cippm.org.uk/publications/Final%20report9.pdf> (zit.: Kretschmer/Hardwick, Authors' Earnings from Copyright and Non-Copyright Sources)

- Kreutzer, Till*, Verbraucherschutz bei digitalen Medien. Untersuchung auf dem deutschen Markt eingesetzter Lizenz- und Nutzungsbedingungen sowie technischen Schutzmaßnahmen aus verbraucherrechtlicher Sicht, Hg. v. Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Berlin 2006, online verfügbar unter:
http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf
 (zit.: Kreutzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Hg. v. VZBV)
- Kröger, Detlef*, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? – Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken, MMR 2002, 18 ff.
- Krüsselberg, Hans-Günter*, Zur Interdependenz von Wirtschaftsordnung und Gesellschaftsordnung: Euckens Plädoyer für ein umfassendes Denken in Ordnungen, ORDO Bd. 40 (1989), 223 ff.
- Kubis, Sebastian*, Digitalisierung von Druckwerken zur Volltextsuche im Internet – die Buchsuche von Google (»Google Book Search«) im Konflikt mit dem Urheberrecht, ZUM 2006, 370 ff.
- Kuhn, Thomas S.*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1976
- Kur, Annette*, A new Framework for Intellectual Property Rights – Horizontal Issues, IIC 2004, 1 ff.
- Kur, Annette*, Der wettbewerbliche Leistungsschutz. Gedanken zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen, bekannten Marken und »Characters«, GRUR 1990, 1 ff.
- Kur, Annette*, Funktionswandel von Schutzrechten: Ursachen und Konsequenzen der inhaltlichen Annäherung und Überlagerung von Schutzrechtstypen, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. Gerhard Schricker/Thomas Dreier/Annette Kur, Baden-Baden 2001, S. 23 ff. (zit.: Kur, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. Schricker/Dreier/Kur)
- Ladd, David*, Die Sorge um die Zukunft des Urheberrechts als humanistischer Auftrag, GRUR Int. 1985, 77 ff.
- Landau, Michael*, Has the Digital Millenium Copyright Act Really Created a New Exclusive Right of Access? Attempting to Reach a Balance Between Users' and Content Providers' Rights, 49 J. Copyright Soc'y U.S.A. 277 ff. (2001)
- Landes, William M./Posner Richard A.*, An Economic Analysis of Copyright Law, 18 The Journal of Legal Studies 325 (1989)
- Landes, William M./Posner, Richard A.*, Indefinitely Renewable Copyright, 70 U. Chi. L. Rev. 471 ff. (2003), siehe zum Vergleich auch ihr Working Paper mit Stand vom 01.08.2002, U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 154, online verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=319321>
- Landes, William M./Lichtman, Douglas*, Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective, 16 Harvard Journal of L. & Technology 397 ff. (2003)
- Landes, William M./Posner Richard A.*, The Economic Structure of Intellectual Property Law, Cambridge, London 2003
- Lange, Max*, Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigentum, Schoenebeck 1858, Nachdruck in: UFITA 117 (1991), 169 ff.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1991 (zit.: Larenz, Methodenlehre)
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1995 (zit.: Larenz/Canaris, Methodenlehre)
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004
- Larese, Wolfgang*, Immaterialgüterrecht 1987. Zur dritten Auflage von Alois Trollers Immaterialgüterrecht, UFITA 105 (1987), 7 ff.

- Lehmann, Michael*, Vertragsanbahnung durch Werbung. Eine juristische und ökonomische Analyse der bürgerlich-rechtlichen Haftung für Werbeangaben gegenüber dem Letztverbraucher, München 1981 (zit.: Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung)
- Lehmann, Michael*, Bürgerliches Recht und Handelsrecht – eine juristische und ökonomische Analyse, Stuttgart 1983 (zit.: Lehmann, Bürgerliches Recht und Handelsrecht)
- Lehmann, Michael*, Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte – Property Rights als Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs, GRUR Int. 1983, 356 ff.
- Lehmann, Michael*, The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Property – «Property rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization», IIC 1985, 525 ff.
- Lehmann, Michael*, Verbraucherschutz und Schutz des Schwächeren im Zivilrecht. Eine juristische und ökonomische Analyse, in: Recht und Risiko. Juristische und ökonomische Analysen, Hg. v. Jörg Finsinger/Jürgen Simon, München 1988, S. 365 ff. (zit.: Lehmann, Verbraucherschutz und Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, in: Recht und Risiko, Hg. v. Finsinger/Simon)
- Lehmann, Michael*, Die kartellrechtlichen Grenzen der Lizenzierung von Computerprogrammen, in: Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen. Urheberrecht, Gewerblicher Rechtsschutz, Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Vertrags- und Lizenzrecht, Strafrecht, Insolvenzrecht, Verfahrensrecht, Hg. v. Michael Lehmann, Köln 1988, S. 492 ff. (zit.: Lehmann, Die kartellrechtlichen Grenzen der Lizenzierung von Computerprogrammen, in: Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Hg. v. Lehmann)
- Lehmann, Michael*, Ausschließlichkeitsrechte, Vergütungsansprüche und zwingende Mindestnutzerrechte in einer digitalen Welt, in: Urheberrecht im Informationszeitalter. Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, Hg. v. Ulrich Loewenheim, München 2004, S. 43 ff. (zit.: Lehmann, Ausschließlichkeitsrechte, Vergütungsansprüche und zwingende Mindestnutzerrechte in einer digitalen Welt, in: FS Nordemann)
- Leistner, Matthias*, Intellectual Property and Competition Law: The European Development from Magill to IMS Health compared to recent German and US case law. ZWeR 2005, 138 ff.
- Leistner, Matthias/Hansen, Gerd*, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter – Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbemühungen, GRUR 2008, 479 ff.
- Lemley, Mark A.*, The Economics of Improvement in Intellectual Property Law, 75 Tex. L. Rev. 989 ff. (1997)
- Lemley, Mark A./McGowan, David*, Legal Implications of Network Economic Effects, 86 Cal. L. Rev. 479 ff. (1998)
- Lemley, Mark A.*, Property, Intellectual Property, and Free Riding, 83 Tex. L. Rev. 1031 ff. (2005)
- Lenhart, Amanda/Madden, Mary*, Teen Content Creators and Consumers, Hg. v. Pew Internet & American Life Project, Washington 2005, online verfügbar unter: http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Teens_Content_Creation.pdf (zit.: Lenhart/Madden, Teen Content Creators and Consumers)
- Lessig, Lawrence*, The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World, New York 2001 (zit.: Lessig, The Future of Ideas)
- Lessig, Lawrence*, Free Culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity, New York 2004 (zit.: Lessig, Free Culture)
- Lessig, Lawrence*, Code. Version 2.0, New York 2006, online verfügbar unter: <http://pdf.codev2.cc/Lessig-Codev2.pdf>
- Lessig, Lawrence*, 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

- Liebowitz, S. J./Margolis, Stephen E.*, Path Dependence, Lock-in, and History, 11 *Journal of L., Econ. & Organization*, 205 ff. (1995)
- Lindblom, Charles E.*, Still Muddling, Not Yet Through, 39 *Public Administration Review* 517 ff. (1979)
- Liu, Joseph P.*, Owning Digital Copies: Copyright Law and the Incidents of Copy Ownership, 42 *William and Mary L. Rev.* 1245 (2001), online verfügbar unter: <http://www2.bc.edu/~liujr/scholarship/digicop.pdf>
- Liu, Joseph P.*, Copyright Law's Theory of the Consumer, 44 *Boston College L. Rev.* 397 ff. (2003), online verfügbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=466420
- Lober, Andreas*, Die IMS-Health-Entscheidung der Europäischen Kommission: Copyright K.O.?, *GRUR Int.* 2002, 7 ff.
- Locke, John*, *Two Treatises of Government*, Hg. v. Peter Laslett, Cambridge 1960
- Löffler, Martin*, Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts, *NJW* 1980, 201 ff.
- Loewenheim, Ulrich*, Die urheber- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Herstellung und Verbreitung kommerzieller elektronischer Pressespiegel, *GRUR* 1996, 636 ff.
- Loewenheim, Ulrich*, *Handbuch des Urheberrechts*, München 2003 (zit.: *Loewenheim-Bearbeiter*, *Handbuch des Urheberrechts*)
- Loren, Lydia Pallas*, Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems, 5 *J. Intell. Prop. L.* 1 ff. (1997)
- Luf, Gerhard*, Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluß auf das Urheberrecht, in: *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Wurzeln, geschichtlicher Ursprung, geistesgeschichtlicher Hintergrund und Zukunft des Urheberrechts*, Hg. v. Robert Dittrich, Wien 1988, S. 9 ff. (zit.: *Luf, Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluß auf das Urheberrecht*, in: *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?* Hg. v. Dittrich)
- Luhmann, Niklas*, Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen, Tübingen 1973 (zit.: *Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität*)
- Luhmann, Niklas*, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl., Darmstadt 1978
- Luhmann, Niklas*, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 4. Aufl., Frankfurt am Main 1994 (zit.: *Luhmann, Soziale Systeme*)
- Lunney, Glynn S.*, Reexamining Copyright's Incentive-Access Paradigm, 49 *Vand. L. Rev.* 483 ff. (1996)
- Lunney, Glynn S.*, The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act, 87 *Virginia. Law Rev.* 813, 910 ff. (2001)
- Lyotard, Jean-Francois*, *Das postmoderne Wissen*, Wien 1986
- Macciachini, Sandro*, Urheberrecht und Meinungsfreiheit. Untersucht am Gegenstand der Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke in der Berichterstattung der Medien, Bern 2000 (zit.: *Macciachini, Urheberrecht und Meinungsfreiheit*)
- Machlup, Fritz*, Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts – 1. Teil, *GRUR Int.* 1961, 373 ff.
- Macho-Stadler, Inés/Pérez-Castrillo, J. David*, *An Introduction to the Economics of Information. Incentives and Contracts*, 2. Aufl., Oxford, New York 2001 (zit.: *Macho-Stadler/Pérez-Castrillo, An Introduction to the Economics of Information*)
- Madison, Michael J.*, Rewriting Fair Use and the Future of Copyright Reform, 23 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 391, 394 (2005)
- Marly, Jochen*, *Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union. Abschied vom überkommenen Urheberrechtsverständnis*, München 1995 (zit.: *Marly, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union*)

- Mathis, Klaus*, Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, Berlin 2004 (zit.: Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?)
- Mazziotti, Giuseppe*, EU Digital Copyright Law and the End-User, Florenz 2007, online verfügbar unter: http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/6940/1/2007_06_Mazziotti.pdf
- Meißner, E.*, Gemeinnutz und Eigennutz im Urheberrecht der Werkkunst, UFITA 7 (1934), 189 ff.
- Meißner, Wolfgang*, Kreativität, in: Handwörterbuch der Psychologie, Hg. v. Roland Asanger/Gerd Wenninger, 4. Aufl., München, Weinheim 1988, S. 366 ff.
- Melzer, Roy*, Rights locker architecture – the next step? Potential and risks of a new approach to digital content delivery, INDICARE Monitor Vol. 1, No 4, 24.09.2004, online verfügbar unter: http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=44.
- Menell, Peter S*, Intellectual Property: General Theories, in: Encyclopedia of Law and Economics. Volume II. Civil Law and Economics, Hg. v. Boudewijn Bouckaert, Gerrit De Geest, Cheltenham, Northampton 2000, S. 129 ff. (zit.: Menell, Intellectual Property: General Theories, in: Encyclopedia of Law and Economics II, Hg. v. Bouckaert/De Geest)
- Menke, Burkhardt*, Die moderne, informationsökonomische Theorie der Werbung und ihre Bedeutung für das Wettbewerbsrecht, dargestellt am Beispiel der vergleichenden Werbung, GRUR 1993, 718 ff.
- Mentha, Benigne*, Einige Gedanken zum Urheberpersönlichkeitsrecht, GRUR Int. 1973, 295 ff.
- Merges, Robert P.*, Are you making fun of me? Notes on Market Failure and the Parody Defense in Copyright, 21 AIPLA Q.J. 305 ff. (1993)
- Merges, Robert P.*, Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property, 94 Colum. L. Rev. 2655 ff. (1994)
- Merges, Robert P.*, Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations, 84 Cal. L. Rev. 1293 ff. (1996)
- Merges, Robert P.*, The End of Friction? Property Rights and Contract in the «Newtonian» World of On-Line Commerce, 12 Berkeley Tech. L. J. 115 ff. (1997)
- Mertens, Bernd*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht, Tübingen 2004 (zit.: Mertens, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen)
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law, Tübingen 2007 (zit.: Mestmäcker, A Legal Theory without Law)
- Metzger, Axel*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, München 2002
- Metzger, Axel*, Europäisches Urheberrecht ohne Droit moral? Status quo und Perspektiven einer Harmonisierung des Urheberpersönlichkeitsrechts, in: Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag (vgl. dort), S. 455 ff. (zit.: Metzger, Europäisches Urheberrecht ohne Droit moral?, in: FS Schricker II)
- Metzger, Axel*, Besprechung von Geiger, Christophe: Droit d’auteur et droit du public à l’information, GRUR Int. 2006, 171 ff.
- Metzger, Axel/Jaeger, Till*, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, GRUR Int. 1999, 839 ff.
- Meurer, Michael J.*, Price Discrimination, Personal Use and Piracy: Copyright Protection of Digital Works, 45 Buff. L. Rev. 845 ff. (1997)
- Möhring, Philipp/Nicolini, Käte*, Urheberrechtsgesetz, Kommentar. Hg. v. Käte Nicolini und Hartwig Ahlberg, 2. Aufl., München 2000 (zit.: Möhring-Nicolini-Bearbeiter, UrhG)
- Müller, Arndt*, Über die sachlichen und gegenständlichen Grenzen der Ausübung des Urheberrechtes, UFITA 6 (1933), 398 ff.

- Mulligan, Deirdre/Burstein, Aaron*, Implementing Copyright Limitations in Rights Expression Languages, in: Digital Rights Management. ACM CCS-9 Workshop, DRM 2002, Washington, DC, USA, November 18, 2002, Revised Papers, Hg. v. Joan Feigenbaum, New York 2003, S. 137 ff. (zit.: Mulligan/Burstein, Implementing Copyright Limitations in Rights Expression Languages, in: Digital Rights Management, Hg. v. Feigenbaum)
- Münker, Stefan/Roesler, Alexander*, Poststrukturalismus, Stuttgart 2000
- Musil, Robert*, Gesammelte Werke in Einzelausgaben. Tagebücher, Aphorismen, Essays und Reden, Hg. v. Adolf Frisé, Hamburg 1955
- Nelson, Phillip*, Information and Consumer Behavior, 78 Journal of Political Econ. 311 ff. (1970)
- Nelson, Phillip*, Advertising as Information, 82 Journal of Political Econ. 729 ff. (1974)
- Nerdinger, Winfried (Hg.)*, Ort und Erinnerung. Nationalsozialismus in München, 2. Aufl., Salzburg, München 2006
- Nérissou, Sylvie*, Perpetual Moral Rights: A Troubling Justification for a Fair Result, IIC 2005, 953 ff.
- Netanel, Neil Weinstock*, Copyright and a Democratic Civil Society, 106 Yale L. J., 283 ff. (1996)
- Netanel, Neil Weinstock*, Asserting Copyright's Democratic Principles in the Global Arena, 51 Vand. L. Rev. 217 ff. (1998)
- Netanel, Neil Weinstock*, Market Hierarchy and Copyright in our System of Free Expression, 53 Vand. L. Rev. 1879 ff. (2000)
- Netanel, Neil Weinstock*, Locating Copyright within the First Amendment Skein, 54 Stan. L. Rev. 1 ff. (2001)
- Netanel, Neil Weinstock*, Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File-sharing, 17 Harvard Journal of Law & Technology 1 ff. (2003)
- Nimmer, Melville B./Nimmer, David*, Nimmer on Copyright, Vol. 1, New York (Stand der 69. Ergänzungslieferung: Mai) 2006
- Nordemann, Wilhelm/Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd*, Wettbewerbsrecht, Markenrecht, 10. Aufl., Baden-Baden 2004 (zit.: Nordemann, Wettbewerbs-/Markenrecht)
- Nordhaus, William D.*, Invention, Growth and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change, Cambridge/Mass. 1969 (zit.: Nordhaus, Invention, Growth and Welfare)
- North, Douglass C.*, Structure and Performance: The Task of Economic History, 16 Journal of Econ. Lit. 963 ff. (1978)
- North, Douglass C.*, Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung, Tübingen 1992
- Novos, Ian E./Waldman, Michael*, The Effects of Increased Copyright Protection: An Analytic Approach, 92 The Journal of Political Economy, 236 ff. (1984)
- Nozick, Robert*, Anarchie Staat Utopia, München 1976
- Oberndörfer, Pascal*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, Baden-Baden 2005
- Ohler, Arndt/Benoit, Bertrand*, Apple droht Ärger in ganz Europa, Financial Times Deutschland vom 19.02.2007, online verfügbar unter: http://www.ftd.de/technik/it_telekommunikation/163107.html
- Ohly, Ansgar*, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545 ff.
- Ohly, Ansgar/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael (Hg.)*, Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005 (zit.: Verfasser, in: FS Schricker II)
- Olson, Mancur*, Die Logik des kollektiven Handelns. Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen, 3. Aufl., Tübingen 1992 (zit.: Olson, Die Logik des kollektiven Handelns)

- O'Reilly, Tim*, What is the Web 2.0? Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software, veröffentlicht am 30.09.2005, online verfügbar unter: <http://www.oreilly.de/artikel/web20.html>
- O'Rourke, Maureen A.*, Copyright Preemption after the ProCD Case: A Market-Based Approach, 12 Berkeley Tech. L.J. 53 ff. (1997)
- Ossenbühl, Fritz*, Verfassungsrechtliche Fragen der Beteiligung der Sendeunternehmen an den Vergütungen für private Ton- und Bildüberspielungen, GRUR 1984, 841 ff.
- Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd*, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance rechtswissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, JZ 1988, 213 ff.
- Ott, Stephan*, Die Google Buchsuche – Eine massive Urheberrechtsverletzung?, GRUR Int. 2007, 562 ff.
- Pahud, Eric*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Bern 2000
- Pahud, Eric*, Zur Begrenztheit des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000/I, S. 99 ff.
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz usw., 63. Aufl., München 2004 (zit.: *Palandt-Bearbeiter*, Bürgerliches Gesetzbuch)
- Palmer, Tom G.*, Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach, 12 Hamline L. Rev. 261 ff. (1989)
- Patalong, Frank*, Neues Urheberrecht: Kabinett kriminalisiert Kopierer, Spiegel Online vom 22.03.2006, online verfügbar unter: <http://www.spiegel.de/netzwelt/technologie/0,1518,407246,00.html>
- Patry, William F.*, Patry on Copyright, Aktualisierte Datenbank von Thomson/West, Stand: Januar 2007 (zit.: *Patry, Patry on Copyright*)
- Patterson, L. Ray/Lindberg, Stanley W.*, The Nature of Copyright. A Law of Users' Rights, Athens 1991
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Individualität im Zivilrecht. Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen, Tübingen 2001 (zit.: *Peifer, Individualität im Zivilrecht*)
- Pelzman, Harvey S.*, Taking the Protection-Access Tradeoff Seriously, 53 Vand. L. Rev. 1831 ff. (2000)
- Peukert, Alexander*, USA: Ende der Expansion des Copyright? GRUR Int. 2002, 1012 ff.
- Peukert, Alexander*, Digital Rights Management und Urheberrecht, UFITA 2002/III, 689 ff.
- Peukert, Alexander*, Die psychologische Dimension des droit moral, in: Die psychologische Dimension des Urheberrechts, Hg. v. Manfred Rehbinder, Baden-Baden 2003, S. 113 ff.
- Peukert, Alexander*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut, Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Reto M. Hilty/Alexander Peukert (siehe dort), S. 11 ff. (zit.: *Peukert, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut*, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Hilty/Peukert)
- Peukert, Alexander*, DRM: Ende der kollektiven Vergütung?, sic! 2004, S. 749 ff.
- Peukert, Alexander*, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, 28 Hastings Comm. & Ent. L. J. 1 ff. (2005)
- Peukert, Alexander*, USA – Family Entertainment and Copyright Act of 2005 in Kraft getreten, GRUR Int. 2005, 531 f.
- Pflüger, Thomas/Ertmann, Dietmar*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436 ff.
- Picot, Arnold/Dietl, Helmut/Franck, Egon*, Organisation. Eine ökonomische Perspektive, 4. Aufl., Stuttgart 2005
- Pigou, Arthur Cecil*, The Economics of Welfare, 4. Aufl., London 1952

- Plant, Arnold*, The Economic Aspects of Copyright in Books, 1 *Economica* 167 ff. (1934)
- Plaß, Gunda*, Open Contents im deutschen Urheberrecht, GRUR 2002, 670 ff.
- Poeppel, Jan*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, Göttingen 2005
- Popper, Karl Raimund*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde I. Der Zauber Platons, 6. Aufl., München 1980 (zit.: Popper, Die offene Gesellschaft, Bd. I)
- Popper, Karl Raimund*, Auf der Suche nach einer besseren Welt. Vorträge und Aufsätze aus dreißig Jahren, 8. Aufl., München 1995 (zit.: Popper, Auf der Suche nach einer besseren Welt)
- Posner, Richard A.*, The Problems of Jurisprudence, Cambridge 1990
- Posner, Richard A.*, The New Institutional Economics Meets Law and Economics, 149 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 73 ff. (1993)
- Posner, Richard A.*, Recht und Ökonomie: Eine Einführung, in: *Ökonomische Analyse des Rechts*, Hg. v. Heinz-Dieter Assmann/Christian Kirchner/Erich Schanze, Tübingen 1993, S. 79 ff.
- Posner, Richard A.*, *Economic Analysis of Law*, 5. Aufl., New York 1998 sowie 6. Aufl., New York 2003 (die einmalige Zitierung der 5. Aufl. ist an der entsprechenden Stelle kenntlich gemacht)
- Post, David G.*, What Larry Doesn't Get: Code, Law, and Liberty in Cyberspace, 52 *Stanf. L. Rev.* 1439 ff. (2000)
- Potz, Richard*, Urheberrecht aus kirchenrechtlicher Sicht, in: *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Wurzeln, geschichtlicher Ursprung, geistesgeschichtlicher Hintergrund und Zukunft des Urheberrechts*, Hg. v. Robert Dittrich, Wien 1988, S. 43 ff. (zit.: Potz, Urheberrecht aus kirchenrechtlicher Sicht, in: *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. Dittrich*)
- Prosi, Gerhard*, *Ökonomische Theorie des Buches. Volkswirtschaftliche Aspekte des Urheber- und Verlegerschutzes*, Düsseldorf 1971 (zit.: Prosi, *Ökonomische Theorie des Buches*)
- Pütter, Johann Stephan*, *Der Büchernachdruck nach achten Grundsätzen des Rechts geprüft*, Nachdruck München 1981
- Quaedlyng, Antoon*, Copyright's Orbit Round Private, Commercial and Economic Law – The Copyright System and the Place of the User, IIC 1998, 420
- Radbruch, Gustav*, *Aphorismen zur Rechtsweisheit*, Hg. v. Arthur Kaufmann, Göttingen 1963
- Raue, Peter*, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes, in: *Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004*, Hg. v. Ulrich Loewenheim, München 2004, S. 327 ff. (zit.: Raue, *Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen*, in: *FS Nordemann*)
- Rawls, John*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 7. Aufl., Frankfurt am Main 1993
- Rehbinder, Manfred*, Kein Urheberrecht ohne Gesetzesrecht. Zum Urheberschutz um die Mitte des 19. Jahrhunderts, in: *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. Robert Dittrich*, Wien 1988, S. 99 ff. (zit.: Rebinder, *Kein Urheberrecht ohne Gesetzesrecht*, in: *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Hg. v. Dittrich*)
- Rehbinder, Manfred*, Die Parsifal-Frage oder der Gedanke des Verbraucherschutzes im Urheberrecht, in: *Die Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes im Lichte seiner Geschichte*, Hg. v. Robert Dittrich, Wien 1991, S. 91 ff.
- Rehbinder, Manfred*, Johann Caspar Bluntschli's Beitrag zur Theorie des Urheberrechts, UFITA 123 (1993), 29 ff.
- Rehbinder, Manfred*, Felix Dahn und Karl Gareis zur Theorie des Urheberrechts, UFITA 129 (1995), 69 ff.
- Rehbinder, Manfred (Hg.)*, *Die psychologische Dimension des Urheberrechts*, Baden-Baden 2003

- Rehbinder, Manfred*, Urheberrecht, 14. Aufl., München 2006
- Reichman, Jerome H.*, Goldstein on Copyright Law: A realist's approach to a technological age, 43 Stanford Law Review 943 ff. (1991)
- Richter, Ildephons*, Urheberrecht und Reichskulturkammer, UFITA 7 (1934), 329 ff.
- Richter, Rudolf*, Institutionen ökonomisch analysiert. Zur jüngeren Entwicklung auf einem Gebiet der Wirtschaftstheorie, Tübingen 1994 (zit.: Richter, Institutionen ökonomisch analysiert)
- Richter, Rudolf/Furubotn, Eirik G.*, Neue Institutionenökonomik, Eine Einführung und kritische Würdigung, 3. Aufl., Tübingen 2003 (zit.: Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik)
- Rieck, Christian*, Spieltheorie. Einführung für Wirtschafts- und Sozialwissenschaftler, Wiesbaden 1993 (zit.: Rieck, Spieltheorie)
- Rigamonti, Cyrill P.*, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, Baden-Baden 2001 (zit.: Rigamonti, Geistiges Eigentum)
- Rigamonti, Cyrill P.*, Eigengebrauch oder Hehlerei? – Zum Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet, GRUR Int. 2004, 278 ff.
- Robbins, Lionel*, An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, 2. Aufl., London 1935
- Roeder, Georg*, Urheberrecht oder Geistiges Eigentum, UFITA 21 (1956), 150 ff.
- Rose, Carol M.*, The Shadow of the Cathedral, 106 Yale L. J., 2175 ff. (1997)
- Rose, Mark*, The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship, in: Of Authors and Origins. Essays on Copyright Law, Hg. v. Brad Sherman/Alain Strowel, Oxford 1994, S. 23 ff. (zit.: Rose, The Author as Proprietor, in: Of Authors and Origins, Hg. v. Sherman/Strowel)
- Runge, Philipp*, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int. 2007, 130 ff.
- Rüthers, Bernd*, Rechtstheorie, Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, München 1999 (zit.: Rüthers, Rechtstheorie)
- Sachs, Michael*, Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 1999 (zit.: Sachs-Bearbeiter)
- Samuelson, Pamela*, Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations need to be revised, 14 Berkeley Tech. L. J. 519 ff. (1999)
- Schack, Haimo*, Das Persönlichkeitsrecht der Urheber und ausübenden Künstler nach dem Tode, GRUR 1985, 352 ff.
- Schack, Haimo*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl., Tübingen 2005
- Schack, Haimo*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: FS Schricker II (vgl. oben), S. 511 ff.
- Schack, Haimo*, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, 639 ff.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., Berlin 2005
- Schäfer, Janina*, Die kartellrechtliche Kontrolle des Einsatzes von technischen Schutzmaßnahmen im Urheberrecht, Bern 2008
- Scherb, Matthew*, Free Content's Future: Advertising, Technology, and Copyright, 98 Nw. U. L. Rev. 1787 ff. (2004)
- Scherer, Frederic M.*, Industrial Market Structure and Economic Performance, Chicago 1970
- Scherer, Frederic M.*, Schumpeter and Plausible Capitalism, 30 J. Econ. Literature 1416 ff. (1992)
- Schiller, Friedrich*, Werke in drei Bänden, Hg. v. Herbert G. Göpfert, München 1966 (zit.: Schiller, Werkausgabe)
- Schopenhauer, Arthur*, Sämtliche Werke. Band V. Parerga und Paralipomena. Kleine und philosophische Schriften. Band II, Hg. v. Wolfgang Frhr. von Löhneysen, Reprografischer Nach-

- druck der 2. Aufl., Stuttgart, Frankfurt am Main 1968 (zit.: Schopenhauer, Sämtliche Werke V)
- Schricker, Gerhard*, Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik, GRUR 1992, 242 ff.
- Schricker, Gerhard*, Verlagsrecht, 3. Aufl., München 2001 (zit.: *Schricker-Bearbeiter*, Verlagsrecht)
- Schricker, Gerhard*, German and Comparative Copyright Law – Efforts for a Better Law on Copyright Contracts in Germany – A Never-Ending Story?, IIC 2004, 850 ff.
- Schricker, Gerhard*, Urheberrecht, Kommentar, 3. Aufl., München 2006 (zit.: *Schricker-Bearbeiter*, Urheberrecht)
- Schricker, Gerhard/Bastian, Eva-Marina/Dietz, Adolf (Hg.)*, Konturen eines europäischen Urheberrechts. 8. Ringberg-Symposium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, 25. bis 30. September 1994 Schloß Ringberg, Tegernsee, Baden-Baden 1996
- Schmid, Matthias/Wirth, Thomas*, Urheberrechtsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2004 (zit.: Schmid-Wirth, UrhG)
- Schulte, Hans*, Die Erfindung als Eigentum, GRUR 1985, 772 ff.
- Schulze, Gernot*, Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, Freiburg 1983
- Schütze, Jochen C.*, Überlegungen zum Status des Subjekts nach der Moderne, in: Postmoderne – globale Differenz, Hg. v. Robert Weimann/Hans Ulrich Gumbrecht, Frankfurt am Main 1991, S. 319 ff.
- Schweikart, Philipp*, Die Interessenlage im Urheberrecht, Regensburg 2004
- Seelmann, Kurt/Rhinow, René (Hg.)*, Die Bedeutung der »Ratio legis«: Kolloquium der Juristischen Fakultät der Universität Basel, Basel 2001 (zit.: Verfasser, in: Die Bedeutung der »Ratio legis«, Hg. v. Seelmann/Rhinow)
- Senftleben, Martin*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, Den Hague 2004 (zit.: Senftleben, Three-Step Test)
- Senftleben, Martin*, Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Reto M. Hilty/Alexander Peukert (vgl. dort), S. 159 ff. (zit.: Senftleben, Dreistufentest, in: Interessenausgleich im Urheberrecht, Hg. v. Hilty/Peukert)
- Shapiro, Carl/Varian, Hal. R.*, Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy, Boston 1999 (zit.: Shapiro/Varian, Information Rules)
- Shavell, Steven/van Ypersele, Tanguy*, Rewards versus Intellectual Property Rights, 44 J. L. & Econ. 525 ff. (2001)
- Singer, Peter*, Praktische Ethik, 2. Aufl., Stuttgart 1994
- Spielkamp, Matthias*, Das radikale Maximum. Im Kampf gegen illegale Tauschbörsen setzt die Musikindustrie auf einen Code: DRM – Digitales Rechte Management. Doch der totale Schutz der Urheberrechte kann nicht funktionieren. Und er bedroht nicht nur Raubkopierer, brand eins Magazin 9/2004, online verfügbar unter: http://www.brandeins.de/home/inhalt_detail.asp?id=1530&wh=&MenuID=130&MagID=56&sid=su8418944162789
- Spielkamp, Matthias*, Die Zukunft der Ideen, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 30-31/2005, online verfügbar unter: http://www.bpb.de/publikationen/S2PWF1,5,0,Die_Zukunft_der_Ideen.html
- Spielkamp, Matthias*, Rechte oder Restriktionen?, iRights.info – Urheberrecht in der digitalen Welt, vom 01.04.2005, online verfügbar unter: <http://irights.info/index.php?id=140>
- Spindler, Gerald*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, 105 ff.
- Stallberg, Christian Gero*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Berlin 2006

- Stallman, Richard M.*, Free Software, Free Society. Selected Essays of Richard M. Stallman, Hg. v. Joshua Gay, Boston 2002 (zit.: Stallman, Free Software, Free Society)
- Sterk, Stewart E.*, Rhetoric and Reality in Copyright Law, 94 Mich. L. Rev. 1197 ff. (1996)
- Sterling, J.A.L.*, Creator's Right and the Bridge between Author's right and Copyright, in: Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft. XIII INTERGU-Kongreß, Hg. v. der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht, Baden-Baden 1998, S. 77 ff. (zit.: Sterling, Creator's right, in: Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, Hg. v. INTERGU)
- Stigler, George*, The Economics of Information, 69 The Journal of Political Econ. 213 ff. (1961)
- Stiglitz, Joseph E.*, Information and the Change in the Paradigm in Economics, 92 The American Econ. Rev. 460 ff. (2002)
- Stolleis, Michael*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974
- Straus, Joseph*, Grace Period and the European and International Patent Law – Analysis of Key Legal and Socio-Economic Aspects, IIC Studies Vol. 20, München 2001 (zit.: Straus, Grace Period and the European and International Patent Law)
- Streit, Manfred E./Wohlgemuth, Michael*, Walter Eucken und Friedrich A. von Hayek: Initiatoren der Ordnungsökonomik, in: Freiheit und wettbewerbliche Ordnung. Gedenkbund zur Erinnerung an Walter Eucken, Hg. v. Bernhard Külp/Viktor Vanberg, Freiburg, Berlin, München 2000, S. 461 ff. (zit.: Streit/Wohlgemuth, Walter Eucken und Friedrich A. von Hayek: Initiatoren der Ordnungsökonomik, in: Freiheit und wettbewerbliche Ordnung, Hg. v. Külp/Vanberg)
- Strohmaier, Eckart*, Strukturalistische Literaturwissenschaft, in: Einführung in die neuere deutsche Literaturwissenschaft, Hg. v. Dieter Gutzen/Norbert Oellers/Jürgen H. Petersen, 6. Aufl., Berlin 1989, S. 285 ff.
- Strowel, Alain*, Droit d'auteur und Copyright: Between History and Nature, in: Of Authors and Origins. Essays on Copyright Law, Hg. v. Brad Sherman/Alain Strowel, Oxford 1994, S. 235 ff. (zit.: Strowel, Droit d'auteur and Copyright, in: Of Authors and Origins, Hg. v. Sherman/Strowel)
- Sullivan, Lawrence Anthony/Grimes, Warren S.*, The Law of Antitrust: an Integrated Handbook. St. Paul, Minn., 2000
- Tehrani, John*, Whither Copyright? Transformative Use, Free Speech, and an Intermediate Liability Proposal, Brigham Young University Law Rev. 1201 ff. (2005)
- Tirole, Jean*, Industrieökonomik, 2. Aufl., München, Wien 1999
- Thoms, Frank*, Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze. Historische Entwicklung, Rechtsvergleichung, Rechtspolitische Wertung, München 1979 (zit.: Thoms, Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze)
- Tocqueville, Alexis de*, Democracy in America, Bd. 2, New York 1945
- Towse, Ruth*, The Earnings of Singers: An Economic Analysis, in: Cultural Economics, Hg. v. Ruth Towse/Abdul Khakee, Berlin, Heidelberg 1992, S. 209 ff. (zit.: Towse, The Earnings of Singers, in: Cultural Economics, Hg. v. Towse/Khakee)
- Towse, Ruth*, Copyright and Economic Incentives: An Application to Performers' Rights in the Music Industry, 52 Kyklos 369 ff. (1999)
- Towse, Ruth*, Partly for the Money: Rewards and Incentives to Artists, 54 Kyklos 473 ff. (2001)
- Towse, Ruth*, Creativity, Incentive and Reward. An Economic Analysis of Copyright and Culture in the Information Age, Cheltenham, Northampton 2001 (zit.: Towse, Creativity, Incentive and Reward)
- Towse, Ruth*, Copyright and Cultural Policy for the Creative Industries, in: Economics, Law and Intellectual Property. Seeking Strategies for Research and Teaching in a Developing Field, Hg. v. Owe Granstrand, Boston 2003, S. 419 ff. (zit.: Towse, Copyright and Cultural Policy for the Creative Industries, in: Economics, Law and Intellectual Property, Hg. v. Granstrand)

- Towse, Ruth/Holzhauser, Rudi* (Hg.), *The Economics of Intellectual Property. Volume I. Introduction and Copyright*, Cheltenham, Northampton 2002 (zit.: Towse/Holzhauser, *The Economics of Intellectual Property*, Vol. I)
- Travis, Hannibal*, Building universal digital Libraries: an Agenda for Copyright Reform, 33 Pepp. L. Rev. 761 ff. (2006)
- Troller, Alois*, Urheberrecht und Ontologie, UFITA 50 (1967), 385 ff.
- Troller, Alois*, Immaterialgüterrecht, Band I + II, 3. Aufl. Basel, Frankfurt a. M. 1983-1985 (zit.: Troller, Immaterialgüterrecht)
- Tushnet, Rebecca*, Copy This Essay: How Fair Use Doctrine harms Free Speech and how Copying serves it, 114 Yale L. J. 535 ff. (2004)
- Ullmann, Eike*, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, 817 ff.
- Ullrich, Hanns*, Lizenzkartellrecht auf dem Weg zur Mitte, GRUR Int. 1996, 555 ff.
- Ullrich, Hanns*, Wissenschaftlich-technische Kreativität zwischen privatem Eigentum, freiem Wettbewerb und staatlicher Steuerung, in: Kreativität – Wirtschaft – Recht, Hg. v. Najib Harabi, Zürich 1996, S. 203 ff. (zit.: Ullrich, Wissenschaftlich-technische Kreativität, in: Kreativität – Wirtschaft – Recht, Hg. v. Harabi)
- Ullrich, Hanns*, Grenzen des Rechtsschutzes: Technologieschutz zwischen Wettbewerbs- und Industriepolitik, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. Gerhard Schricker/Thomas Dreier/Annette Kur, Baden-Baden 2001, S. 83 ff. (zit.: Ullrich, Grenzen des Rechtsschutzes, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Hg. v. Schricker/Dreier/Kur)
- Ulmer, Eugen*, Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GRUR 1937, 769 ff.
- Ulmer, Eugen*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1980
- Valkonen, Sami/White, Lawrence J.*, An Economic Model for the Incentive/Access Paradigm of Copyright Propertization: An Argument in Support of the Proposed New § 514 to the Copyright Act, (März 2006) NYU, Law and Economics Research Paper No. 06-15, online verfügbar unter: <http://ssrn.com/abstract=895554>.
- Van den Bergh, Roger/Lehmann, Michael*, Informationsökonomie und Verbraucherschutz im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, GRUR Int. 1992, 588 ff.
- Varian, Hal R.*, Grundzüge der Mikroökonomik. 6. Aufl. München, Wien 2004
- Varian, Hal R.*, Copying and Copyright, 19 Journal of Economic Perspectives 121 ff. (2005)
- Vogel, Martin*, Deutsche Urheber- und Verlagsrechtsgeschichte zwischen 1450 und 1850. Sozial- und methodengeschichtliche Entwicklungsstufen der Rechte von Schriftsteller und Verleger, Frankfurt a. M. 1978
- Vogt, Ralf-M.*, Die urheberrechtlichen Reformdiskussionen in Deutschland während der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus, Frankfurt am Main 2004
- Wadle, Elmar*, Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte, Weinheim 1996 (zit.: Wadle, Geistiges Eigentum)
- Wagner-Egelhaaf, Martina*, Text, Struktur, Zeichen, in: Einführung in die neuere deutsche Literaturwissenschaft. Ein Arbeitsbuch, Hg. v. Jürgen H. Petersen/Martina Wagner-Egelhaaf, 7. Aufl., Berlin 2006, S. 195 ff. (zit.: Wagner-Egelhaaf, Text, Struktur, Zeichen, in: Einführung in die neuere deutsche Literaturwissenschaft, Hg. v. Petersen/Wagner-Egelhaaf)
- Wagner-Silva Tarouca, Beatrice*, Der Urheberschutz der ausübenden Künstler und der Tonträgerproduzenten in den USA, München 1983
- Waldron, Jeremy*, The Right to Private Property, Oxford 1988
- Wandtke, Artur-Axel*, Zur kulturellen und sozialen Dimension des Urheberrechts, UFITA 123 (1993), 5 ff.
- Wandtke, Artur-Axel*, Zu einigen theoretischen Grundlagen des Urheberrechts in der DDR – Historischer Einblick, in: Historische Studien zum Urheberrecht in Europa. Entwicklungs-

- linien und Grundfragen, Hg. v. Elmar Wadle, Berlin 1993, S. 225 ff. (zit.: Wandtke, Zu einigen theoretischen Grundlagen des Urheberrechts in der DDR, in: Historische Studien zum Urheberrecht in Europa, Hg. v. Wadle)
- Wandtke, Artur-Axel*, Doppelte Lizenzgebühr im Urheberrecht als Modell für den Vermögensschaden von Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet? GRUR 2000, 942 ff.
- Wandtke, Artur-Axel*, Copyright und virtueller Markt in der Informationsgesellschaft – oder das Verschwinden des Urhebers im Nebel der Postmoderne? GRUR 2002, 1 ff.
- Wandtke, Artur-Axel*, Einige Aspekte zur Urheberrechtsreform im Dritten Reich, UFITA 2002/II, 451 ff.
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried*, Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. Ergänzungsband zum Praxiskommentar zum Urheberrecht, München 2003 (zit.: Wandtke-Bullinger-Bearbeiter, Praxiskommentar zum Urheberrecht)
- Wassall, Gregory H./Alper, Neil O.*, Toward a Unified Theory of the Determinants of the Earnings of Artists, in: Cultural Economics, Hg. v. Ruth Towse/Abdul Khakee, Berlin, Heidelberg 1992, S. 187 ff. (zit.: Wassall/Alper, Toward a Unified Theory of the Determinants of the Earnings of Artists, in: Cultural Economics, Hg. v. Towse/Khakee)
- Watrin, Christian*, Staatsaufgaben: Die Sicht Walter Euckens und Friedrich A. von Hayeks, in: Freiheit und wettbewerbliche Ordnung. Gedenkbild zur Erinnerung an Walter Eucken, Hg. v. Bernhard Külp/Viktor Vanberg, Freiburg, Berlin, München 2000, S. 323 ff. (zit.: Watrin, Staatsaufgaben: Die Sicht Walter Euckens und Friedrich A. von Hayeks, in: Freiheit und wettbewerbliche Ordnung, Hg. v. Külp/Vanberg)
- Watt, Richard*, Copyright and Economic Theory. Friends or foes? Cheltenham, Northampton 2000 (zit.: Watt, Copyright and Economic Theory)
- Weber, Max*, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie, Hg. v. Johannes Winckelmann, 1. Halbband, 5. Aufl., Tübingen 1976 (zit.: Weber, Wirtschaft und Gesellschaft)
- Weber, Max*, Wissenschaft als Beruf, in: Politik und Gesellschaft, Hg. v. Daniel Lehmann, Frankfurt am Main 2006, S. 1016 ff.
- Weimann, Robert*, Das Ende der Moderne? Versuch über das Autoritätsproblem in unserer Zeit, in: Postmoderne – globale Differenz, Hg. v. Robert Weimann/Hans Ulrich Gumbrecht, Frankfurt am Main 1991, S. 9 ff.
- Weinreb, Lloyd L.*, Copyright for Functional Expression, 111 Harv. L. Rev. 1149 ff. (1998)
- Weizsäcker, Carl Christian von*, Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftslehre, Eugen von Böhm-Bawerk-Vorlesung gehalten am 02.12.1980 an der Universität Innsbruck, 34 Kyklos, S. 345 ff. (1981)
- Wellershoff, Dieter*, Die Auflösung des Kunstbegriffs, Frankfurt am Main 1976
- Welsch, Wolfgang*, Unsere postmoderne Moderne, 6. Aufl., Berlin 2002
- Werder, Michael*, Eigentum und Verfassungswandel. Eine Untersuchung der anthropologischen Bedingtheit der Eigentumsordnung und ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung, Diessenhofen 1978 (zit.: Werder, Eigentum und Verfassungswandel)
- Wiebe, Andreas*, Information als Naturkraft – Immaterialgüterrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 1994, 233 ff.
- Wiebe, Andreas*, Zum Funktionswandel des Urheberrechts im digitalen Umfeld, in: Informatik – Wirtschaft – Recht. Regulierung in der Wissensgesellschaft, Festschrift für Wolfgang Kilian zum 65. Geburtstag, Hg. von Jürgen Taeger/Andreas Wiebe, Baden-Baden 2004, S. 603 ff. (zit.: Wiebe, Zum Funktionswandel des Urheberrechts im digitalen Umfeld, in: FS Kilian)
- Williamson, Oliver E.*, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, 22 Journal of Law and Econ., 233 ff. (1979)
- Williamson, Oliver E.*, The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach, 87 The American Journal of Sociology, 548 ff. (1981)

- Williamson, Oliver E.*, Transaktionskostenökonomik, Münster, Hamburg 1993
- Wissenschaftlicher Rat der Dudenredaktion (Hg.)*, Duden. Das große Fremdwörterbuch, Hg. vom Wissenschaftlichen Rat der Dudenredaktion, 3. Aufl., Mannheim 2003
- Woll, Artur*, Freiheit durch Ordnung: Die gesellschaftspolitische Leitidee im Denken von Walter Eucken und Friedrich A. von Hayek, ORDO Bd. 40 (1989), 87 ff.
- Yen, Alfred C.*, The Legacy of Feist: Consequences of the weak connection between Copyright and the Economics of Public Goods, 52 Ohio St. L. J. 1343 ff. (1991)
- Yoo, Christopher S.*, Copyright and Democracy: A Cautionary Note, 53 Vand. L. Rev. 1933 ff. (2000)
- Zippelius, Reinhold*, Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch, 4. Aufl., München 2003

