

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 verharrte 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 schlechthinige 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 Erinnerung 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 Rechtes, 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 quasi-naturgesetzlichen 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 Schöpfertums«³⁹⁵) das Urheberschutzrecht 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 *Schöpferparadigmas* 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.

Vielsprechender 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 *Brocker*, 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 (österr. 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 handele 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 »Ausübung 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 – schöngestige 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 *Rehbinder*, 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 sollte, 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 kreativschöpferische 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.