

dualschutzzweck im Geiste *Schrickers*<sup>432</sup> 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)<sup>433</sup>.

### 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 lassen<sup>434</sup>. 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.).

## I. 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*<sup>435</sup>, *Calabresi*<sup>436</sup> und *Posner*<sup>437</sup> in den 60er und 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts eine große Vielzahl konkurrierender Ansätze und Anwendungsbereiche ausgebildet hat<sup>438</sup>, ist das Erkenntnisinteresse präziser formuliert darauf gerichtet, *welcher* der zahlreichen ökonomietheoretischen Ansätze insoweit letztlich für das Urheberrecht zu überzeugen vermag<sup>439</sup>. 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 (SERC), 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.)<sup>440</sup>.

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, Grundzüge 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 Ökonomik<sup>441</sup> 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 entwickelt<sup>442</sup>.

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 eingeeengten 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 falsch<sup>443</sup>, geht es doch dem Utilitarismus um Nutzenmaximierung, während es der ökonomischen Analyse des Rechts um Effizienzsteigerung geht<sup>444</sup>. Fraglich ist allein, ob beide nicht gleichwohl in die gleiche Richtung streben, ob das ökonomische Effizienzziel mit anderen Worten nicht aus utilitaristischer Sicht erstrebenswert ist<sup>445</sup>.

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 gemacht<sup>446</sup>.

### 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*<sup>447</sup>. 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 haben<sup>448</sup>. Das zentrale Kriterium dieser normativen Theorie ist damit das Prinzip der Nützlichkeit als ein Angebot zur rationalen Normenbegründung und -bewertung<sup>449</sup>.

Der klassische, hedonistische Utilitarismus bei *Bentham* verfolgte dabei »das größte Glück der größten Zahl«<sup>450</sup>. 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 Eigennutz<sup>451</sup>. 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«<sup>452</sup>. 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.«<sup>453</sup>. 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 Allgemeininteresse<sup>454</sup>, gemeinhin als utilitaristisch bezeichnet wird<sup>455</sup>. 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 Wohlfahrt<sup>456</sup>. Der Zusammenhang zwischen utilitaristischer Nutzenmaximierung zum Wohle aller und effizienzbasierter gesamtgesellschaftlicher Wohlfahrtssteigerung leuchtet intuitiv ein<sup>457</sup>. 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 Gemeinwohlansrichtung 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 Urheberrechtlich 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 Nutzen<sup>458</sup>. 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 sein<sup>459</sup>. 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 Zustimmung<sup>460</sup>. *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 fremd geblieben.«; *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« legitimiere<sup>461</sup>.

Die größte Schwäche des Utilitarismus ist neben der problematischen Quantifizierbarkeit des angestrebten maximalen Gesamtnutzens aller Betroffenen<sup>462</sup> 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 anderen<sup>463</sup>. Individualrechte drohen mit anderen Worten dem Allgemeinwohl zum Opfer zu fallen<sup>464</sup>. 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 Medizinern und Juristen.«. 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 Grenznutzens<sup>465</sup>.

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 gewinnen<sup>466</sup>. Externe Präferenzen definiert er dabei als »Präferenzen, deren Inhalt (...) die Befriedigung oder Frustration der Präferenzen anderer Leute enthält«<sup>467</sup>. 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 Betroffenen<sup>468</sup>, 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 sind<sup>469</sup>. Die dadurch erzielte »Annäherung utilitaristischen Urteilens an die moralischen Intuitionen der Mehrheit«<sup>470</sup> 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 Urheberrechtslehre<sup>471</sup> 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«<sup>472</sup>.

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«) beruht<sup>473</sup>. Auf den gerade im urheberrechtlichen Kontext zu hinterfragenden Inhalt dieser Prämissen wird unten noch einzugehen sein<sup>474</sup>. 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 strebe<sup>475</sup>. 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 wohlherwogenen 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?«<sup>476</sup>. 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 Verzweckung von Menschenleben<sup>477</sup>. 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«<sup>478</sup>. Angesichts dieser Unbestimmtheit des Verzweckungsverbots 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 verschlossen<sup>479</sup>. 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 wollen<sup>480</sup>. 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 Spitze<sup>481</sup>. 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 herleitet<sup>482</sup>, 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 ist<sup>483</sup>. 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 wird<sup>484</sup>. 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 Individualität<sup>485</sup> 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 Schutzeskalation 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 Menschensbild 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 Konzeptionen<sup>486</sup>, 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 beurteilen<sup>487</sup>. 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 sind<sup>488</sup>. 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 Urheberrechts<sup>489</sup>, 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 vermag<sup>490</sup>. 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 an<sup>491</sup>. 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 ist<sup>492</sup>, 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*; *Drexl*, *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 Phänomen<sup>493</sup>. 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.«<sup>494</sup>. Abstrakter gefasst lässt sich zwischen der ökonomischen Analyse im positiven und im normativen Sinne unterscheiden<sup>495</sup>. 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 bedarf<sup>496</sup>. Aus juristischer Sicht ist die ökonomische Analyse des Rechts im normativen Sinne daher der Rechtsphilosophie zuzuordnen<sup>497</sup>. 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 Drexl, 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.; Drexl, 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.«. Drexl, 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 Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 165.

und Rechtfertigung von Recht durch die Rechtswissenschaft bzw. letztlich den Gesetzgeber beitragen<sup>498</sup>. 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-Hypothese<sup>499</sup>) und sein Verhalten sich wandelnden Umständen entsprechend anpasst<sup>500</sup>. 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 wird<sup>501</sup>. 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 gegenüberstehen<sup>502</sup>. 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 anderer<sup>503</sup>. 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 geeignet<sup>504</sup>.

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 Schlechtergestellten<sup>505</sup>. 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 bessergestellt<sup>506</sup>. 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 sein<sup>507</sup>. 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; *Drexler*, 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 Maßnahmen<sup>508</sup>. 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 überwiegt<sup>509</sup>. 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 führen<sup>510</sup>. 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 Utilitarismus<sup>511</sup>. Die erforderliche monetäre Bewertung von Vor- und Nachteilen führt mithin zu einem erheblichen Wertungs- und Messungsproblem<sup>512</sup>.

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 gestoßen<sup>513</sup>. 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 Innovation<sup>514</sup>. 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 initiieren<sup>515</sup>.

### 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) erhellt<sup>516</sup>. 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; Quaadvlieg, 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.

einzugehen<sup>517</sup>, erscheint bereits die Verwendung des »Innovationsbegriffs« nur bedingt übertragbar auf den Bereich des Urheberrechts<sup>518</sup>. 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)<sup>519</sup>. 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 steht<sup>520</sup>, 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 ist<sup>521</sup>. Diese Sichtweise lässt sich freilich mit einem kulturoptimistischeren 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«<sup>522</sup>. 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 Jahrzehnte<sup>523</sup>, dann erweist sich der Innovationsbegriff als denkbar ungeeignet für den Bereich des Urheberrechts.

Andererseits ist der Innovationsbegriff natürlich über die Maßen dehnbar<sup>524</sup>. 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 Terminologie<sup>525</sup> 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 Urheberrecht<sup>526</sup>. 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 entfaltet<sup>527</sup>) 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)<sup>528</sup>. 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 handelt<sup>529</sup>. Öffentliche Güter seien charakterisiert durch ihre »Nicht-Rivalität« und »Nicht-Exklusivität«<sup>530</sup>.

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>; FormularbeginnFormularende *Watt*, 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 ausschließt<sup>531</sup>. Durch eine Nutzung wird dieses immaterielle Gut nicht aufgebraucht und sein Nutzwert für Dritte nicht beeinträchtigt<sup>532</sup>. 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«)<sup>533</sup>.

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 zahlen<sup>534</sup>. 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 wandeln<sup>535</sup>. 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 Güter<sup>536</sup>.

Im Ergebnis führt der Umstand, dass Dritte das Geisteswerk als öffentliches Gut nutzen können, ohne dafür zu zahlen, zu einem Marktversagen<sup>537</sup>. 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 angeboten<sup>538</sup>. Um dem entgegenzuwirken, bedürfe 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 anspornen<sup>539</sup>. 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).

bb) *Verbreitung und Nutzung bestehender Werke*

Zuvor ist jedoch der Blick zu richten auf die von den meisten Vertretern dieses Ansatzes hervorgehobene Kehrseite der Anreizgewährung<sup>540</sup>. 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 mag<sup>541</sup>. Dadurch unterbleiben zusätzliche Nutzungen, obwohl diese aufgrund der Nicht-Rivalität immaterieller Güter den Nutzwert für Dritte an sich nicht schmälern würden<sup>542</sup>. Potentielle Nutzer werden durch das Urheberrecht also ineffizienter Weise daran gehindert, voll von der Nicht-Rivalität immaterieller Güter zu profitieren<sup>543</sup>. 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 suboptimalen Verbreitung bestehender Werke.

Abgesehen davon führt die urheberrechtliche Schutzgewährung zu weiteren Nachteilen. Zum einen entstehen Kosten durch die Errichtung, Durchsetzung und Revision des urheberrechtlichen Schutzsystems<sup>544</sup>. Weitaus bedeutsamer aber noch sind die sogenannten »costs of expression«<sup>545</sup>. 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 auf<sup>546</sup>. Das Urheberrecht schränkt den dafür erforderlichen Zugang zu bestehenden Werken ein und macht etwaige Umgestaltungen oder Bearbeitungen von der Einwilligung des Urhebers abhängig<sup>547</sup>. 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 Regulierung<sup>548</sup>. 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 eingeschränkt<sup>549</sup>.

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 auszubalancieren<sup>550</sup>. 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 auszugehen<sup>551</sup>. 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 optimieren<sup>552</sup>.

## 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 ablehnen<sup>553</sup>. 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 geben<sup>554</sup>. 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 erhielten<sup>555</sup>. *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 Schutzfrist<sup>556</sup>. *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 könnten<sup>557</sup>. Diese Gewinnaussicht genüge in vielen Fällen als Anreiz für kreativ-schöpferisches bzw. verlegerisches Tätigwerden<sup>558</sup>. 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 sprächen<sup>559</sup>.

Letztlich kann dieses von *Plant*, *Breyer* und anderen vorgebrachte »lead-time-Argument« gegen die Notwendigkeit der Anreizschaffung mittels des Urheberrechts nicht überzeugen<sup>560</sup>. 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 benötige<sup>561</sup>. In Zeiten von digitalen Vervielfältigungsmöglichkeiten und Online-Vertriebswegen wird dieser Zeitvorsprung des Erstveröffentlichenden aber marginalisiert und bietet nur unzureichende Gewinnrealisierungschancen für Urheber und Verleger<sup>562</sup>. 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 werden<sup>563</sup>. Das urheberrechtliche Anreizparadigma wird also zumindest durch diesen Einwand nicht erschüttert.

*Palmer* ist in seiner Kritik am Anreizparadigma noch einen Schritt weiter gegangen<sup>564</sup>. Er kritisiert die dem »incentive-access-Ansatz« zugrundeliegende Annahme<sup>565</sup>, dass der »Verkauf von Kopien« typischerweise die einzige Einnahmequelle und damit Anreizmöglichkeit für Urheber und Verwerter darstelle<sup>566</sup>. 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 koppeln<sup>567</sup>. In Anbetracht dieser Alternativen stellt *Palmer* die Notwendigkeit urheberrechtlicher Anreizgewährung ganz grundsätzlich in Frage<sup>568</sup>.

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 hat<sup>569</sup>. 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, berechtigte 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 kämpfen<sup>570</sup>. 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 Programminhalte<sup>571</sup>. 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 zukunftsträchtig eingestuft wird. Inwieweit werbefinanzierte Refinanzierungsmodelle beispielsweise im Zusammenhang mit Internet-Plattformen wie YouTube<sup>572</sup>, MySpace<sup>573</sup> oder Flickr<sup>574</sup> 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 Vergütungsanspruchs<sup>575</sup>) 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 genüge. 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 auszuschließen<sup>576</sup>. Für die weit überwiegende Zahl geistig-schöpferischer Werke bestehen solche Kombinationsmöglichkeiten jedoch nicht. Auch die Koppelungsstrategie bietet damit keinen vollwertigen Ersatz für die urheberrechtsbasierten Aliments- 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 Mäzene<sup>577</sup>.

Als klassisches Beispiel für die staatliche Bereitstellung öffentlicher Güter wird gemeinhin die Landesverteidigung bemüht<sup>578</sup>. 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 Augen<sup>579</sup>. *Shavell/van Ypersele* haben daher versucht zu zeigen, dass die Subventionierung von Werken bzw. Erfindungen durch den Staat einem Urheber- bzw. Patentrechtssystem überlegen sein kann<sup>580</sup>. 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 wählen<sup>581</sup>. 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 Selbstausgaben 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 Verbotrecht, 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 dürfte<sup>582</sup>. 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 Seilschaften<sup>583</sup>. Zugleich ist das Instrument der staatlichen Kulturförderung natürlich überaus anfällig für die Gefahr der Zensur und staatlich gelenkter Kulturproduktion<sup>584</sup>. 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.; *Hugenholtz*, *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?«); *Huus-konen*, *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 Übel<sup>585</sup>. Nichtsdestotrotz sind die staatliche wie private Unterstützung kreativen Schaffens als *ergänzende* Instrumentarien in einem gewissen Umfang durchaus zu begrüßen<sup>586</sup>, 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 Urheberrecht<sup>587</sup>.

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* und *Urberschutz*, 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. Verwerterelbstschutzes. 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 Fall<sup>588</sup>. 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 versagt<sup>589</sup>. 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 Technik<sup>590</sup> – 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 ist<sup>591</sup>. 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 läuft<sup>592</sup>.

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 kurz<sup>593</sup>.

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*<sup>594</sup>. 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 werden<sup>595</sup>. DRM-Systeme und die durch sie ermöglichte, im Vergleich zum analogen Bereich effektivere Preisdiskriminierung<sup>596</sup> 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 schaffen<sup>597</sup>. 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 entrichten<sup>598</sup>. 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 ist<sup>599</sup>. Zugleich ermöglichen es DRM-Systeme erheblich besser als das Urheberrecht, eine die jeweiligen Preisunterschiede ausnutzende Weiterveräußerung erworbener Werkexemplare zu erschweren (sog. »Arbitrage-Geschäfte«<sup>600</sup>). Dadurch lässt sich ein Unterlaufen der differenzierten Preispolitik des Erstanbieters unterbinden, und die Preisdiskriminierung kann im Ergebnis wirksam zur erwünschten Minderung des »deadweight loss« beitragen<sup>601</sup>.

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 f. (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 einstufen<sup>602</sup>. 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 Unrecht<sup>603</sup>) erhofften, stärkeren Anreizwirkung die Frage stellen, ob eine solche tatsächlich notwendig und per se wünschenswert ist<sup>604</sup>. 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«<sup>605</sup>. Diese von *Lunney* mit Blick auf den expandierenden Copyright-Schutz getroffene Aussage lässt sich auf die durch den Einsatz von DRM-Systemen ermöglichte Schutzexpansion übertragen<sup>606</sup>. 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 werden<sup>607</sup>. 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 Unterhaltungsindustrie<sup>608</sup>. 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 vermeiden<sup>609</sup>. 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 ist<sup>610</sup>, 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.«<sup>611</sup>.

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 beseitigt<sup>612</sup>. Auch die »costs of expression«<sup>613</sup>, 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 wird<sup>614</sup>. 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 verabsor-

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.

luriert 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 gezogen<sup>615</sup>.

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 Nutzenmaximierers<sup>616</sup> 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 reagieren<sup>617</sup>. 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 verhalten<sup>618</sup>. 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 bestimmaren Situationen von einer solchen Optimierung Abstand<sup>619</sup>. »Quasi-Rationalität«, so *Englerth*, »unterscheidet sich von Irrationalität dadurch, dass ihre Handlungsfolgen nicht willkürlich und unberechenbar, sondern systematisch und vorhersagbar sind.«<sup>620</sup>. Prognostizierbar sind sie deshalb, weil viele der Abweichungen vom Modell vollständiger Rationalität stabile und empirisch dokumentierte Effekte zu sein scheinen<sup>621</sup>. 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](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 realitätsnäher<sup>622</sup>. 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 erkauf<sup>623</sup>. 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 können<sup>624</sup>.

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](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 hieße 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 unbeding<sup>t</sup> in Kauf zu nehmen.

tiert und welche Rolle das Urheberrecht dabei spielt<sup>625</sup>. Erkenntnisgewinn versprechen in diesem speziellen Zusammenhang eher die Kreativitäts- und Motivationsforschung im Rahmen der empirischen Psychologie<sup>626</sup>. So kann die Kreativitätsforschung etwa Aufschluss geben über die Merkmale kreativer Persönlichkeiten, den kreativen Schaffensprozess, das kreative Produkt und die relevanten Umweltfaktoren<sup>627</sup>. Die Motivationsforschung analysiert indes die einem bestimmten menschlichen Handeln zugrundeliegenden Motivationsquellen und differenziert dabei zwischen intrinsischer und extrinsischer Motivation<sup>628</sup>. 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 schaffen<sup>629</sup>. 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 auszublenden.

zweck; sie finden Erfüllung und Befriedigung in ihr. Dieser Künstlertypus strebt nicht einmal zwingend nach Veröffentlichung und gesellschaftlicher Anerkennung<sup>630</sup>. 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 Werke<sup>631</sup>. Wieder andere sind altruistisch motiviert oder wollen Einfluss nehmen und sind deshalb unter Umständen sogar bereit, für eine Veröffentlichung zu zahlen<sup>632</sup>. In manchen Fällen kann den Urheber auch externer Druck zu seinem Schaffen antreiben. Im akademischen Umfeld spielt hier etwa die »publish-or-perish«-Verhaltensregel hinein<sup>633</sup>.

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 Urheberpersönlichkeitsrechte<sup>634</sup>? 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 Schutzes<sup>635</sup>? 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 wenig<sup>636</sup>. 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 Urberschutzes beschäftigen. Hervorzuheben sind hier die Arbeiten von *Towse*<sup>637</sup>, 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 profitieren<sup>638</sup>. 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*, *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 Kultur-güter 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 ausgewertet<sup>639</sup>. 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 erhält<sup>640</sup>. Gestützt wird dieser Befund durch die von *Kretschmer* ausgewerteten bzw. unternommenen Studien<sup>641</sup>. 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<sup>642</sup>. 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](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](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 verfügt<sup>643</sup>.

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 entfalten<sup>644</sup>. 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 beimessen<sup>645</sup>. 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« geleistet<sup>646</sup>. 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 sind<sup>647</sup>, 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 %<sup>648</sup>. 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 ziehen<sup>649</sup>. Für Deutschland lieferte die Umfrage vergleichsweise höhere Einkommensanteile im Verhältnis zum Gesamteinkommen zu Tage<sup>650</sup>. 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 Gesamteinkommen<sup>651</sup>.

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 Gesamteinkommen<sup>652</sup>.

Auch die oben (unter (1)) bereits erwähnte Zusammenstellung von Auskünften deutschsprachiger Schriftsteller vermittelt einen ersten Eindruck davon, wie sich deren Einkünfte zusammensetzen<sup>653</sup>. 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 Lesungen<sup>654</sup>. *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 Anreizinstrumentarium<sup>655</sup>. 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 stimuliert<sup>656</sup>. 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 vermuten<sup>657</sup>. 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 gelten<sup>658</sup>. 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 stützen<sup>659</sup>. 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 geboten<sup>660</sup>. Kulturpolitisch wirft 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 ließe<sup>661</sup>.

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: Effizienz<sup>662</sup>. Als teleologischer Theorie geht es der ökonomischen Analyse des Rechts darum, dass bei der folgenorientierten Ausgestaltung und Auslegung des Rechts das Ziel der Effizienz realisiert wird<sup>663</sup>. Ökonomische Effizienz soll dabei nicht ein, sondern *das* überragende Ziel sein<sup>664</sup>. 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 hat<sup>665</sup>. Die Frage, ob und warum Recht effizient sein sollte, erhitze die Gemüter<sup>666</sup>. Mittlerweile hat sich diese Debatte deutlich abgekühlt<sup>667</sup>, 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 ist<sup>668</sup>. Er sieht Effizienz heute als wichtiges, aber nicht alleiniges oder vorrangiges Kriterium für die Ausgestaltung des Rechts<sup>669</sup>. Ein absoluter normativer Geltungsanspruch des ökonomischen Effizienzziels wird generell kaum noch erhoben<sup>670</sup>. 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 sonstwie 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 angenommen<sup>671</sup>. 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«<sup>672</sup>.

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 Schwächeren<sup>673</sup>. 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 Gesamtbeachtung sein kann und dass die Aufgabe, das Recht nach Effizienzkriterien auszurichten, dem Gesetzgeber und der Rechtswissenschaft, nicht aber dem Richter obliegt (...).« Siehe aber auch *Drexl*, 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 fortbesteht 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 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. *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 185 f., will der ökonomischen Analyse eine normative Bedeutung ebenfalls nur dann zugestehen, »soweit sie keinen Absolutheitsanspruch erhebt«. *Drexl* 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 Allgemeinheit<sup>674</sup> 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 sozialetisch 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 Konfliktsituation<sup>675</sup>. Ein ungebremstes 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 Menschenrechten<sup>676</sup>.

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 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 gewählt<sup>677</sup>. Zwar steht auch er auf dem Standpunkt, dass das Recht selber zu bestimmen habe, »welche Bedeutung wirtschaftlicher Effizienz im Rahmen des Ausgleichs von Wertekollisionen« zukomme<sup>678</sup>. *Drexl* möchte aber bereits bei der modelltheoretischen Annahme des homo oeconomicus korrigierend eingreifen und den rational-eigennütigen Nutzenmaximierer durch das Menschenbild der jeweiligen nationalen Rechtsordnung (sprich: in unserem Fall das Menschenbild des Grundgesetzes und der Menschenrechte) ersetzen<sup>679</sup>. Davon verspricht er sich, dass mittelbar das Effizienzkriterium »normativ aufgefüllt« werde (deshalb »normative Effizienz«)<sup>680</sup>. Unklar bleibt dabei, wie nach dieser grundlegenden Modifikation des ökonomietheoretischen Verhaltensmodells noch Prognosen über die Folgen von Recht möglich sein sollen<sup>681</sup>. Denn wenn an die Stelle der rationalen »Maximierung individuellen wirtschaftlichen Nutzens ein grundsätzlich offenes Modell autonomer Präferenzen«<sup>682</sup> 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.

lich<sup>683</sup>. 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 erbringen<sup>684</sup>. *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 sein<sup>685</sup>. 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 beansprucht<sup>686</sup> 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 zugeständenermaßen 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 beweisen<sup>687</sup>. 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 eigenützigen Nutzenmaximierung Abstand nehmen. Das Problem der dadurch bedingten Prognoseunschärfe wird ergänzt durch ein prinzipielles Wertungs- und Messungsproblem<sup>688</sup>. 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 nicht<sup>689</sup>. 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 and 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 verstehen<sup>690</sup>. 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 bleiben<sup>691</sup>. 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 entgentritt.

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 vermengt<sup>692</sup>. 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 setzen<sup>693</sup>. 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 gegenüber<sup>694</sup>.

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« begriff (»Das Schutzrecht ist nur Mittel zu dem Zweck, der dem Wettbewerb vorgegeben ist, eine Handlungsbefugnis, die wettbewerbsgerechtes, 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 Urheberrecht 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 marktbasiereten 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. *Drexler*, 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*<sup>695</sup> und *Demsetz*<sup>696</sup> an<sup>697</sup>. 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 Ausschließlichkeitsrechte<sup>698</sup>, erforderlich, wobei unerheblich sei, wie und wem diese originär zugewiesen werden, da sich durch Vertragsabschlüsse und in Abwesenheit von Transaktionskosten<sup>699</sup> ohnehin eine optimale Ressourcenallokation einstelle (Invarianzthese)<sup>700</sup>. 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 nachfolgender 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 anwandte<sup>701</sup>. Nach Auffassung von *Demsetz* sei es die Aufgabe von Property Rights, Externalitäten<sup>702</sup> zu internalisieren<sup>703</sup>. 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 er<sup>704</sup>. 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«<sup>705</sup>. 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 übersteigen<sup>706</sup>. Seinen mit Blick auf das Sacheigentum, d.h.: anhand des Problems der ineffizienten Übernutzung knapper materieller Ressourcen durch mehrere berechnigte Personen und dadurch entstehender negativer externer Effekte (»tragedy of the commons«<sup>707</sup>), 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 Güter<sup>708</sup>.

Heute ist das neoklassische Property Rights-Paradigma gleichermaßen elaboriert wie etabliert<sup>709</sup>. 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 sollten<sup>710</sup>.

Universalistisch meint, dass idealerweise jeder tatsächliche oder potentielle ökonomische Wert einer Ressource Gegenstand eines privaten Property Rights sein sollte<sup>711</sup>. 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 Bearbeitungsmöglichkeiten<sup>712</sup> 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.«<sup>713</sup>.

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.

Berechtigten<sup>714</sup>. 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 beeinträchtigen<sup>715</sup>.

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 könne<sup>716</sup>. 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 verwerten<sup>717</sup>. Um Urheber und Verwerter dieser Marktsignale nicht zu berauben, bevorzugen die Vertreter des marktbasiereten 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«<sup>718</sup>. 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 gegenüber<sup>719</sup>. Während nach *Calabresi/Melamed* bei Vorliegen prohibitiv hoher – also den Transfer von Rechtspositionen verhindernder – Transaktionskosten an sich Liability Rules effizienter sind als Property Rules<sup>720</sup>, 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, 1. 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.

erscheint<sup>721</sup>. 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 marktbasierende 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 überlassen<sup>722</sup>. 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 insuperably 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 transaktionskostenökonomische 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)<sup>723</sup>, 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 hat<sup>724</sup>, 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 ab<sup>725</sup>. 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 potentiellm Nutzer der externe gesellschaftliche Nutzen, den die in Aussicht genommene Werknutzung bei Dritten hervorruft<sup>726</sup>, 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 ziehen<sup>727</sup>. 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 einzufordern<sup>728</sup>. Indem ein potentieller Werknutzer also dazu neigen wird, den Wert einer Werknutzung geringer anzusetzen als er unter Einbeziehung ihres gesamtgesell-

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 auszubleiben<sup>729</sup>. Die unzureichende Internalisierung positiver externer Effekte über den Markt führt daher zu einer suboptimalen Nutzung bestehender Werke<sup>730</sup>. Aus diesem Grund sind Beschränkungen des urheberrechtlichen Schutzes erforderlich, die positiven externen Effekten Rechnung tragen, den externen gesellschaftlichen Nutzen also internalisieren<sup>731</sup>. 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 unterstreichen<sup>732</sup>. Das Transaktionskostenargument hat durch die technische Entwicklung zwar etwas an Bedeutung verloren<sup>733</sup>, denn der Einsatz technischer Schutzmechanismen hat das Potential, zumindest teilweise die Kosten einer Transaktion zwischen (potentiellen) Vertragspartnern zu reduzieren<sup>734</sup>. 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 »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.«).
- 734 *Bell*, 76 N.C. L. Rev. 557, 583 f. (1998).

von zum gegenwärtigen Zeitpunkt auszugehen ist<sup>735</sup>, behält das Transaktionskostenargument prinzipiell seine Relevanz<sup>736</sup>.

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 lassen<sup>737</sup>.

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 agieren<sup>738</sup>. 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 erhebt<sup>739</sup>, 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 Urheberrechtsrechtsinhaber 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«))<sup>740</sup>. Konsumenten sind entgegen der traditionellen neoklassischen Annahme keine Entscheidungssubjekte mit konstanten und stabilen Präferenzen<sup>741</sup>. 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 werden<sup>742</sup>. 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 reagiert<sup>743</sup>. 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.«<sup>744</sup>. 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 kann<sup>745</sup>. Diese These, dass Property Rules insoweit Liability Rules nicht notwendig überlegen sein müssen, geht zurück auf *Ayres* und *Talley*<sup>746</sup>. 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 nicht<sup>747</sup>. 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 Kompensation<sup>748</sup>. 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, I. 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 zahlen<sup>749</sup>.

Inwieweit diese von *Ayres* und *Talley* verfochtene These auch für den Bereich des Urheberrechts Geltung beanspruchen kann, ist umstritten<sup>750</sup>. 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 potentiellm Nutzer werden<sup>751</sup>. Schwierig – wenn nicht sogar unmöglich<sup>752</sup> – 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«<sup>753</sup>. 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, 1. 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, 1. 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 wollen<sup>754</sup>. 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 werde<sup>755</sup>. 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 Forderungensteller und führe zu effizienten Verhandlungen<sup>756</sup>. 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 war<sup>757</sup>. Digitalisierung und Internet haben aber bekanntlich auf bislang kaum absehbare Weise die Rahmenbedingungen für die Produktion, Verwertung und Nutzung von Geisteswerken grundlegend verändert<sup>758</sup>. Verbesserte Vervielfältigungs- und erleichterte Verbreitungsmöglichkeiten erlauben heute nahezu weltweit die massenhafte Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke<sup>759</sup>. 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 bewirkt<sup>760</sup>. 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 Informationszugangs und der Gewährleistung eines hinreichenden Innovationsspielraums – 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, Hugenholtz/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.«.

botsrechts<sup>761</sup> im Fall der Massennutzung in den meisten Bereichen keine umfassende, individuelle Kontrolle und damit faktisch überaus häufig auch keine Untersagung unberechtigter Nutzungshandlungen<sup>762</sup>. 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 Umgehungschutz und den Einsatz von DRM-Systemen setzt<sup>763</sup>, befürwortet das andere Lager den Ausbau von Liability Rule-Elementen, also den verstärkten Einsatz von Zwangslizenzen, vergütungspflichtigen Schrankenregelungen, Geräteabgaben oder weitergehenden, pauschalisierten Nutzungsentgelten<sup>764</sup>. Das von diesem Lager verfolgte Ziel lautet »compensation without control«<sup>765</sup>. 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.; *Hugenholtz*, 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 sollte<sup>766</sup>. 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« entwickelt<sup>767</sup>.

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 Geräteabgabe<sup>768</sup>. 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. Schrickler-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 beabsichtigt<sup>769</sup>. 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 Abgabensystems<sup>770</sup>. 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 haben<sup>771</sup>. Eine solche, durchaus denkbare Entwicklung verdeutlicht, dass es verfrüht wäre, Abgaben als anachronistisches Auslaufmodell zu betrachten<sup>772</sup>.

- 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 könnte<sup>773</sup>. Die viel wichtigere Frage lautet, ob und inwieweit der Ausbau von Vergütungsansprüchen einem Festhalten am Verbotsrechtsparadigma überlegen sein kann<sup>774</sup>. 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 Verbotsrechtsparadigma<sup>775</sup>. 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 wirken<sup>776</sup>. 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 Schrickler 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 sind<sup>777</sup>. 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 werden<sup>778</sup>. 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 – hinausläuft<sup>779</sup>. Zahlreiche Stimmen verweisen in diesem Zusammenhang etwa auf die schädlichen Auswirkungen, die das urheberrechtliche Verbotsrecht auf die Entwicklung neuer Technologien und innovativer Distributionswege<sup>780</sup>, 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.

Mehrwertdienste<sup>781</sup> oder auf das Recherchepotential von Suchmaschinen haben kann<sup>782</sup>. 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 würde<sup>783</sup> oder aber weil er hinsichtlich des urheberrechtlich geschützten Werkes ohnehin keine kommerziellen Interessen mehr verfolgt<sup>784</sup>.

Ein weiteres, überzeugendes Argument, warum unter bestimmten Voraussetzungen ein Vergütungsanspruch günstiger sein kann als ein Verbot, liefert *Hilty*<sup>785</sup>. In seiner Argumentation orientiert *Hilty* sich dabei weniger an den Nutzer- bzw. Allgemeininteressen, denn am monetären Partizipationsinteresse

781 *Hilty*, ZUM 2003, 983, 1003; *Hilty*, Verbot 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 Ausschussrecht 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 Menschheitstraum von der universellen und für alle weltweit zugänglichen Bibliothek aufgrund des digitalen Wandels in greifbare Nähe gerückt ist, scheint er durch das urheberrechtliche Verbotsparadigma also schon wieder beendet zu sein. Es ist wenig nachvollziehbar, wenn auch in Fällen wie diesen am Verbotsparadigma 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 Verbot 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*, Verbot vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schricker II, S. 325 ff.

des Urhebers. Anknüpfend an die BGH-Entscheidung »Elektronischer Presse-  
spiegel« aus dem Jahre 2002<sup>786</sup> argumentiert er, dass ein verwertungsgesell-  
schaftspflichtiger Vergütungsanspruch, an dessen Ausschüttung durch die  
Verwertungsgesellschaft der Urheber zwingend partizipiert, unter bestimmten  
Voraussetzungen eher im Interesse des Urhebers liegt als ein Verbotrecht<sup>787</sup>. Der  
Grund dafür sei darin zu erkennen, dass das Verbotrecht 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 partizipiere<sup>788</sup>. Bei einem obligatorisch durch eine Verwertungsgesellschaft wahrgenommenen Vergütungsanspruch fließe die fortlaufende Nutzungsvergütung 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*, Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 331, der darauf hinweist, dass eine Beteiligung des Urhebers an den Ausschüttungen der Verwertungsgesellschaften natürlich von vornherein flach flächt, 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*, Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 331 f., betont, dass der Urheber auch im Rahmen eines Verbotrechtssystems 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 ist<sup>789</sup>. Im Ergebnis verdient *Hiltys* 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-Ansatz<sup>790</sup>. 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 zutrut (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 anzubieten<sup>791</sup>. 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 unberücksichtigt<sup>792</sup>. 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«<sup>793</sup>, die allein der erleichterten Transaktionsabwicklung dienen, beschreiben lassen<sup>794</sup>, 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 bilden<sup>795</sup>, 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 ist<sup>796</sup> –, 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 investitionsintensive Filmproduktionen.

bb) *Negative Auswirkungen des neoklassischen Ansatzes*

Wie vorstehend im Rahmen der Diskussion um Verbotrecht 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 verliehen<sup>797</sup>. 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 Ausschachtung 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 produzieren<sup>798</sup>. Folge dessen sei die Kommerzialisierung und Konzentration der Werkproduktion sowie die Homogenisierung der erzeugten Inhalte<sup>799</sup>. 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«<sup>800</sup>. *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 würden<sup>801</sup>. 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 *Lunnays* Erwägungen erfolgt ist<sup>802</sup>, 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«<sup>803</sup> 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 Rechtklärung für ein Multimediawerk) zu nutzen wissen<sup>804</sup>. 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 hat<sup>805</sup>.

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 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 betont<sup>806</sup>. 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 Modellannahmen<sup>807</sup>. 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](http://opus.zbw-kiel.de/volltexte/2005/2663/pdf/2004_11online.pdf), S. 37.

807 Zu den Unterschieden auch *Drexel*, 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 1937<sup>808</sup> und »The Problem of Social Cost« aus dem Jahre 1960<sup>809</sup> hat er den Grundstein für den Transaktionskostenansatz gelegt, der dann maßgeblich von *Williamson*<sup>810</sup> als ein Teilgebiet der Neuen Institutionenökonomik fortentwickelt wurde<sup>811</sup>. 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 Transaktionskosten<sup>812</sup> ohnehin eine optimale Ressourcenallokation einstelle (Invarianzthese)<sup>813</sup>.

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.«<sup>814</sup>.

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 realisiert<sup>815</sup>. 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 Allgemeinen<sup>816</sup>. Die Transaktionskostenökonomik nimmt daher das Bestehen von Transaktionskosten zum Ausgangspunkt, effiziente Koordinationsmechanismen zu deren Senkung zu suchen<sup>817</sup>. Sie versucht, die Funktionsfähigkeit des Marktes für Rechtspositionen durch die Erleichterung von Markttransaktionen zu optimieren, indem sie nach der effizientesten Institution zur Transaktionskostenminimierung forscht<sup>818</sup>.

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 Rechtswahrnehmung<sup>819</sup>? Durch staatliche Intervention oder durch private Koordination<sup>820</sup>? 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.

Rules<sup>821</sup>? 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 stehen<sup>822</sup>. Sein Interesse galt dabei allein den Handlungsoptionen zur Transaktionskostensenkung, von denen private Akteure Gebrauch machen können<sup>823</sup>. 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 entstehen<sup>824</sup>. 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. Anpassungskosten<sup>825</sup>.

*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/Furubotm*, *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 ist<sup>826</sup>. 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 können<sup>827</sup>. Zudem müssen Lizenzgeber insbesondere im Fall der Erstverwertung geeignete Lizenznehmer finden<sup>828</sup>. 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 Kontaktabtattung mit dem zu identifizierenden Rechteinhaber zufällt<sup>829</sup>. 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 lassen<sup>830</sup>. 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 unbekannt Autor einen Verlag finden, der sein Werk publiziert.

829 *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten, S. 135.

830 *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 60.

partizipieren<sup>831</sup>. All die genannten Kosten können, je nach ihrer Höhe, mögliche Transaktionen be- oder sogar verhindern<sup>832</sup>.

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«)<sup>833</sup>. 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 Umfeld<sup>834</sup> ist, in dem eine Transaktion stattfindet<sup>835</sup>. 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 entstehen<sup>836</sup>.

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/Diell/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 wurden<sup>837</sup>. 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 Ansatzes<sup>838</sup>.

### 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 gezogen<sup>839</sup>; ebenso werden weitere Fälle von Marktversagen, also Konstellationen, in denen der Markt alleine nur suboptimale, unvollkommene Ergebnisse hervorbringt<sup>840</sup>, 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)<sup>841</sup> oder dem Bestehen von Marktmacht ergeben können<sup>842</sup>.

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 vernachlässigt<sup>843</sup>. Insbesondere bei einer staatlichen Regulierung der Transaktionskosten<sup>844</sup>, durch welche gesamtwirtschaftlich gesehen wiederum neue und nicht zu unterschätzende Interventionskosten entstehen<sup>845</sup>, 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 Operationalisierbarkeit<sup>846</sup>. 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 Schranken ausgestaltung, 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 lässt<sup>847</sup>. 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 lassen<sup>848</sup>. 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 lässt<sup>849</sup>. 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 wird<sup>850</sup>. Die Transaktionskostenökonomik erlaubt insofern allenfalls Aussagen über Tendenzen und sich abzeichnende Muster hinsichtlich der Auswirkungen des DRM-Einsatzes<sup>851</sup>. Vor diesem methodologischen Hintergrund überrascht es nicht, dass die Auswirkungen von DRM und Internet auf die Höhe der Transaktionskosten kontrovers beurteilt werden<sup>852</sup>. 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 reduzieren<sup>853</sup>. 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 Mausclick 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 werde<sup>854</sup>.

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 könne<sup>855</sup>. Auf diese negativen Effekte, die durch eine technische, aber ebenso auch durch eine gesetzliche oder vertragliche Schutzexpansion entstehen, wurde bereits verschiedentlich verwiesen<sup>856</sup>. 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 wird<sup>857</sup>, dann ist im digitalen Umfeld auch in Zukunft mit signifikanten Such-, Informations- und Verhandlungskosten vor allem zu Lasten Nutzungswilliger zu rechnen<sup>858</sup>. 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 Relevanz<sup>859</sup>.

- 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 Informationsökonomik<sup>860</sup>. Gegenstand der Informationsökonomik ist insbesondere die Beschäftigung mit Konstellationen, in denen bei (potentiellen) Vertragspartnern eine asymmetrische Informationsverteilung besteht, beide also deshalb auf unterschiedlichen »Informationsstufen« stehen<sup>861</sup>. 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 *Stiglitz*, verwechselt werden. *Stiglitz*, 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 entwerfen<sup>862</sup>, könnte sie nun in ähnlicher Weise herangezogen werden, um insbesondere eine urheberrechtliche Nutzerschutzdoktrin zu entwickeln. Auch dem Urheberrecht 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 haben<sup>863</sup>. 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 »freeridern« eindämmen, um den Markt für Informationen nicht unverhältnismäßig zu beeinträchtigen<sup>864</sup>. Wenn die Voraussetzungen für ein Marktversagen als Konse-

862 *Drexler*, 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 *Drexler*, 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 *Drexler*, 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 sind<sup>865</sup>, 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 werden<sup>866</sup>. (6.) Irreführende Angaben müssen verboten werden, da durch sie die Informationskosten erhöht werden; konkrete und nachprüfbar 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 anzustreben<sup>867</sup>.

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 Informationsökonomik<sup>868</sup> 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 *Drexl*, 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, *Drexl*, 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 worden<sup>869</sup>. 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 werden<sup>870</sup>. Diese in vielen Fällen anzunehmende Informationsasymmetrie haben manche Gesetzgeber (wie namentlich der deutsche) zum Anlass genommen, zugunsten der Urheber Schutzvorschriften im Urhebervertragsrecht zu etablieren<sup>871</sup>. 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 Rechtseinräumung 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 bezeichnet<sup>872</sup>. 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. zugrundegelegen 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 erfüllt<sup>873</sup> 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 einzusetzen<sup>874</sup>. 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 Gegenmacht<sup>875</sup>. 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.; *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*, 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 Verhandeln mit Verwerterkonzernen zu bieten und so das bestehende Gegenmachtskonzept zu bewahren.«. *Becker*, ZUM 1995, 231, 237, formuliert das Gegenmachtskonzept 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.«.

fertigen<sup>876</sup>. 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 *Drexl*, 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 will<sup>877</sup>. Die durch DRM-Systeme bewirkten Nutzungsbeschränkungen und Inkompatibilitäten können daher zu erheblichen Such- und Informationskosten seitens der Nutzer führen<sup>878</sup>. 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 Natur<sup>879</sup>. 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 Qualitätsunsicherheit<sup>880</sup>, ist spätestens in letzterem Fall an eine effektive Sanktionierung von Verstößen gegen die gesetzliche Kennzeichnungspflicht zu denken<sup>881</sup>. 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 auftreten<sup>882</sup>. 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 Konditionenwettbewerb<sup>883</sup>.

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. *Drexl*, 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*«<sup>884</sup>). Aus Sicht der Informationsökonomik kann dem UrhG dann die Funktion zufallen, als ein Gesetz zur Sicherung der Qualität von Nutzungsbedingungen zu dienen<sup>885</sup>. Alternativ könnte man auch von der Etablierung bzw. Erhaltung digitaler Nutzerfreiheiten durch das Urheberrecht sprechen<sup>886</sup>. 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 werde<sup>887</sup>, 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 Geschäftsbedingungen<sup>888</sup>. Nach der grundlegenden informationsökonomischen Analyse von *Adams* scheitert ein wirksamer Konditionenwettbewerb hier u.a. an beschränkten Informationszugangs- und Informationsverarbeitungsmöglichkeiten<sup>889</sup>. 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 sei<sup>890</sup>. 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 Informationsasymmetrie<sup>891</sup>. 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 verwerfen, 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 des 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 *Drexel*, 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; *Drexel*, 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 einzutreten<sup>892</sup>. 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 Erfahrungsgut<sup>893</sup> 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 sind<sup>894</sup>. 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 zieht<sup>895</sup>. 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](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 erwünscht<sup>896</sup>. 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 erschweren<sup>897</sup>. 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 Vordergrund<sup>898</sup>, 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.«<sup>899</sup>.

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 oligopolistisch<sup>900</sup> oder sogar monopolistisch strukturiert ist. Er erstickt vollends, wenn für ein angebotenes Werk keine nahen Substitute bestehen<sup>901</sup>. 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 abschließen<sup>902</sup>. In diesem Fall geht der Anbieter nicht davon aus, dass der Konsument mit ihm als – einem von anderen Anbietern unterscheidbaren – Vertragspartner weitere Verträge abschließt<sup>903</sup>. 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 lassen<sup>904</sup>. 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 werden<sup>905</sup>. Sodann muss er die qualitativ schlechten Nutzungsbedingungen auch dem richtigen Anbieter zuordnen können<sup>906</sup>. 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 verweigern<sup>907</sup>. Der Umfang und die Schnelligkeit, mit der diese Konsumentenabwanderung als Reaktion auf die jeweilige Qualität erfolgt, hängen wiederum von der Wirkung von »informational intermediaries« ab<sup>908</sup>. 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 beschleunigen<sup>909</sup>. 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 können<sup>910</sup>.

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 wird<sup>911</sup>. Moderne DRM-Systeme versprechen gerade, dass der Konsument von den technischen Schutzmechanismen zu meist gar nichts bemerkt<sup>912</sup>. 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 geführt<sup>913</sup>. 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](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 gefunden<sup>914</sup>. In einigen Ländern – wie zum Beispiel besonders ausgeprägt in Frankreich – ist eine regelrechte Anti-DRM-Bewegung entstanden<sup>915</sup>. 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 haben<sup>916</sup>. Unter anderem in Reaktion auf diese Konsumverweigerung ist besonders in der Musikindustrie teilweise ein intensives Überdenken des DRM-Einsatzes zu

· verfügbar unter: <http://rights.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 *Hugenholz 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](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](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](http://www.INDICARE.org/tiki-read_article.php?articleId=105) sowie *Hugenholz 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](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).«.

beobachten<sup>917</sup>. 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 funktionieren<sup>918</sup>. 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«<sup>919</sup>. 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 werden<sup>920</sup>.

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](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, erstreckt<sup>921</sup>. Es besteht insofern berechtigte 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 besteht<sup>922</sup>.

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 Erwerbsentscheidungen<sup>923</sup>. 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](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 Vorverständnis<sup>924</sup>. 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 werden<sup>925</sup>. 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](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 sein<sup>926</sup>. 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 werde<sup>927</sup>. Die durch die Konditionenvereinheitlichung erhoffte Konzentration auf den Hauptleistungswettbewerb habe insofern eine wettbewerbsfördernde Wirkung<sup>928</sup>. Ungeachtet der fragwürdigen wettbewerbstheoretischen Prämissen dieser These, die hier nicht vertieft werden sollen<sup>929</sup>, 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 Guts<sup>930</sup>. 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 behindern<sup>931</sup>. *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 Nutzen<sup>932</sup>. Die Gründe für prohibitiv hohe »switching costs« sind vielfältig. Ausgelöst werden können sie durch die notwendige Anschaffung neuer Hard- und Software<sup>933</sup>, den zeitlichen Aufwand für die Eingewöhnung in ein anderes Systemumfeld<sup>934</sup> oder mangelnde Systemkompatibilität<sup>935</sup>. 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 Netzwerkeffekt<sup>936</sup>) 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 »Systemträchtigkeit« 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.

bezeichnet<sup>937</sup>. 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 herausführt<sup>938</sup>. 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 liefern<sup>939</sup>. Vorteilhaft ist eine gesetzliche AGB-Kontrolle danach insoweit, als die AGB-Qualitätssicherung unmittelbar und mit verzögerungsfreier Durchsetzungskraft vonstatten geht<sup>940</sup>. 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 ausgereifere 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 kann<sup>941</sup>. 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 Erwerbentscheidungen 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 unterbleibt<sup>942</sup>. 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

bekanntem 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 Nutzen<sup>943</sup>. 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 Nutzer- schutzvorschriften 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 denken<sup>944</sup>. 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: Rechtsunkenntnis, § 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 ebensowenig 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 scheitern<sup>945</sup>. 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 soll<sup>946</sup>. 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 hat<sup>947</sup>. 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 Sicherungskopie<sup>948</sup>. Auf der Basis eines theoretisch urheberzentrierten und faktisch verwerterzentrierten Paradigmas konzentrieren sich die Schutzbemühungen bislang vielmehr einseitig auf die Interessen der Urheber bzw. Rechteinhaber<sup>949</sup>. 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 Programmebeobachtung (§ 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 getragen<sup>950</sup>. Die wohl herrschende Meinung erkennt in den Schrankenbestimmungen dabei bislang keine Nutzerrechte<sup>951</sup>. 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 vertretenen 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 Ausnahme<sup>952</sup>. 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 Privatkopie<sup>953</sup> 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 möglich<sup>954</sup>). Der Schutz der Nutzerinteressen im digitalen Umfeld kann langfristig nur dann wirklich erfolgreich sein, wenn er von einem europäischen und internationalen Harmonisierungsprozess begleitet wird<sup>955</sup>. 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 Schrankenschranke 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; *Senftleben*, *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](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](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

stiften<sup>956</sup>. 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 ist<sup>957</sup>. Der prinzipiell also berechtigte 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 Ansätzen<sup>958</sup>. 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 lässt<sup>959</sup>. Eine Folgenevaluierung auf der Basis einer kardinal messbaren Kosten-Nutzen-Gegenüberstellung ist daher realistischerweise kaum zu bewältigen. Denkbar wäre allenfalls eine qualitative Prognosentscheidung, 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 Informationskosten<sup>960</sup>. 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 Mittelressourcen, aber auch mit der gezielten, eigeninteressierten Einflussnahme durch organisierte Interessenverbände<sup>961</sup>. 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 haben<sup>962</sup>, 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 Verwertungsektoren 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 lassen<sup>963</sup>. 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 unwahrscheinlich<sup>964</sup>. 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 verschaffen<sup>965</sup>. 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 sein<sup>966</sup>.

#### 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 Erklärungs Bemühungen die Informationsdefizite und auch die Grenzen der Informationsverarbeitung bei den beteiligten Akteuren ernst nimmt<sup>967</sup>.

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 Rechtsinhaber 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 entfernt<sup>968</sup>. In Anbetracht der Tatsache, dass sich die Bedingungen der Werkerschöpfung, 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 Probleme<sup>969</sup> 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 herauskristallisiert<sup>970</sup>:

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. Verwerterschutz. 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 zugrundelegen<sup>971</sup>.

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 Ansätze<sup>972</sup>. 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 ableiten<sup>973</sup>. 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 *Posner* 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 soll<sup>974</sup>. 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 Transaktionskostenhöhe<sup>975</sup> und die Eruiierung etwaiger Informationsasymmetrien<sup>976</sup>. Zwar wurde in der vorstehenden Untersuchung versucht, mittels der Berücksichtigung empirischer Studien punktuell Abhilfe zu schaffen<sup>977</sup>, vollständig beheben ließ sich das Operationalisierungsproblem damit freilich nicht. Es wartet insofern noch viel empirische Arbeit auf dieses interdisziplinäre Forschungsgebiet<sup>978</sup>.

Der erwähnte dritte Kritikstrang knüpft derweil an der Fokussierung auf das Effizienzziel an und kritisiert die Vernachlässigung metaökonomischer Wert- und Zielvorstellungen<sup>979</sup>. 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 Schwächeren<sup>980</sup>. 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<sup>bis</sup> RBÜ)<sup>981</sup>. 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 auszuarbeiten<sup>982</sup>.

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 realistischerweise nicht geben<sup>983</sup>. 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 erleichtern<sup>984</sup>.

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 ist<sup>985</sup>. 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 vielversprechend<sup>986</sup>. Die Wahrscheinlichkeit, dass es zu einem solch radikalen Paradigmenwechsel kommt, ist indes gering. Auch wenn zuletzt etwas Bewegung in die rechtspolitische Diskussion gekommen ist<sup>987</sup>, wird sich das auch internationalrechtlich festgezurrte, urheberzentrierte Verbotsrechtsparadigma<sup>988</sup> voraussichtlich schlicht deshalb mit großer Hartnäckigkeit halten, weil der Verbotsrechtscharakter traditionell als die Essenz des Urheberrechts verstanden wurde<sup>989</sup>. Einsteilen 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 aufrechtzuerhalten<sup>990</sup>. 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 angefachte 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 Verbotsrecht. Näher zu *Hilts* Auseinandersetzung mit der Frage Verbotsrecht versus Vergütungsanspruch oben unter Kap. 4 C. 4. b) aa) (2).

988 S. *Hilty*, Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch, in: FS Schrickler II, S. 325, 339 ff., zur Frage, inwieweit die in gewissen Konstellationen plausibel erscheinende Transformation von derzeit bestehenden Verbotsrechten 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 ist<sup>991</sup>, lässt sich heute für die Etablierung einer urheberrechtlichen Nutzerschutzdoktrin fruchtbar machen<sup>992</sup>. Ausgangspunkt dieses Erklärungsansatzes ist die im Allgemeinen festzustellende Informationsasymmetrie zwischen Verwertern und Nutzern. Entgegen einer weit verbreiteten Annahme, wonach das Problem ausufernder 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 Gefahr<sup>993</sup>. 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 Marktbeteiligten<sup>994</sup>. 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 *Drexl*, 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 vorteilhaft<sup>995</sup>. Ohne staatliche Intervention könnten die Rechteinhaber auch weiterhin nahezu nach Belieben die vertraglichen und technischen Nutzungsbedingungen diktieren<sup>996</sup>. Eine gesetzliche Sicherung der Qualität von Nutzungsbedingungen erscheint mithin erforderlich, damit Nutzer auch in Zukunft eine gewisse Entscheidungsfreiheit darüber behalten, wann, wo, wie und wie oft sie ihre legal erworbenen digitalen Inhalte hören, sehen, lesen oder abspeichern können. Eine entsprechende nutzerschützende Regulierung kann sich freilich nicht allein auf eine informationsökonomische Rechtfertigung berufen. Durchsetzungsstarker Nutzerschutz kann in gewissen Konstellationen auch von einem überragenden, explizit grundrechtlich verbürgten Allgemeininteresse bzw. kultur- und demokratietheoretischen Erwägungen getragen sein. Auf diese wird nunmehr näher einzugehen sein.

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

## II. Kulturpolitische Rechtfertigung im Sinne Fishers

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

### I. Inhalt und normzweckrelevantes Programm

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

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

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

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

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