ABHANDLUNGEN ZUM URHEBER- UND KOMMUNIKATIONSRECHT
des Max-Planck-Instituts für
Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München
Herausgegeben von Josef Drexl
Reto M. Hilty
Gerhard Schricker Joseph Straus
Joseph Straus
Band 53

Gerd Hansen
Warum Urheberrecht?
Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes
Nomos Stämpfli Verlag C. H. Beck

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://www.d-nb.de abrufbar. Zugl.: München, Univ., Diss., 2008 ISBN 978-3-8329-4195-6 (Nomos Verlag Baden-Baden) ISBN 978-3-7272-2755-4 (Stämpfli Verlag AG Bern) Die Schriftenreihe ist bis Band 51 beim Verlag C.H. Beck, München erschienen. 1. Auflage 2009 © Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für Katja

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

Otto von Gierke¹

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

Vorwort

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

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

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

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

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

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

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

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

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

München, im Oktober 2008

Gerd Hansen

Inhaltsverzeichnis

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

	IV.	Gemeinnutz vor Eigennutz – Urheberrecht im Nationalsozialismus	32
	V.	Zurückschwingen des Pendels zu einem individualistischen Ansatz in der Nachkriegszeit	34
	VI.	Wiederannäherung an nutzen- und nutzerorientierte Recht- fertigung seit den 80er Jahren	35
D.	Z	usammenfassung	38
		oitel: genwärtige Legitimationskrise des Urheberrechts	40
A.	E	rosion des urheberzentrierten Paradigmas	40
	I.	Schwächung des urheberzentrierten Paradigmas durch Urheberrechtsharmonisierung	42
	II.	Aufweichung des urheberzentrierten Paradigmas durch Erosion der Schutzrechtsgrenzen	46
	III.	Infragestellung des urheberzentrierten Paradigmas durch Philosophie der Postmoderne	49
В.		iskrepanz von urheberzentriertem Paradigma und itsächlichem Verwerterschutz	63
	I.	Urheberzentriertes Paradigma und faktisch verwerterzentriertes Urheberrechtsverständnis	63
	II.	Verwerter- bzw. werkorientierte Schutztendenzen	67
C.		ernachlässigung des Nutzerschutzes und der Akzeptanzverlust es Urheberrechts	69
	I.	Einseitige Stärkung der Rechteinhaber und Vernachlässigung des Nutzerschutzes	69
	II.	Akzeptanzverlust durch Sanktionierung alltäglichen Nutzerverhaltens	74
D.	Z	usammenfassung	79
	•	oitel:	
		fertigung des Urheberrechts im Allgemeinen und einer rschutzdoktrin im Besonderen	81
Α.	V	orüberlegungen zur Unterscheidung der Begründungsansätze	83

В.	Indiv	idualistische Rechtfertigungsansätze	87
		rstellung der individualistisch konzipierten Rechtfertigungs-	00
		ianten	88
	1.	Naturrechtliche Rechtfertigung	88
		Arbeitstheoretische Rechtfertigung	88
		Personalistische Rechtfertigung	91
	4.	Liberalistische Rechtfertigung	92
		itische Würdigung	93
	1. 2.	Naturrechtliche und ontologische Rechtfertigung Arbeitstheoretische Begründung mit der individuellen	93
	_	Schöpferleistung	97
	3.	\mathcal{E}	100
	4.	Liberalistische Rechtfertigungsvariante	102
	III. Zw	rischenergebnis zu individualistischen Rechtfertigungsansätzen	103
C.	Kolle	ktivistisch-konsequentialistische Rechtfertigungsansätze	106
	I. Ök	onomietheoretische Rechtfertigungsansätze	107
	1.	Grundlagen der ökonomietheoretischen Betrachtung	109
		a) Utilitarismus als philosophische Grundlage	109
		aa) Begriffsbestimmung und Inhalt	110
		bb) Kritische Würdigung	113
		cc) Zusammenfassung	119
		b) Die Unterscheidung zwischen ökonomischer Analyse im	
		positiven und im normativen Sinne	121
		c) Das ökonomische Verhaltensmodell	123
		d) Das ökonomische Effizienzziel	123
	2.	Mehrebenenansatz	126
		a) Inhalt und normzweckrelevantes Programm	126
	_	b) Kritische Würdigung	126
	3.	Traditioneller Ansatz der Anreiz- und Nutzungsoptimierung	129
		a) Inhalt und normzweckrelevantes Programm	129
		aa) Unmittelbarer Anreiz zur Schaffung neuer Werke	129
		bb) Verbreitung und Nutzung bestehender Werke	132
		b) Kritische Würdigung	134
		aa) Kritik an Theorieprämissen	134
		(1) Erforderlichkeit des Urheberrechts angesichts	125
		alternativer Anreizmechanismen	135
		(2) Erforderlichkeit des Urheberrechts angesichts	1.42
		technischer Schutzmöglichkeiten (2) Zweifel en der engenemmenen Apreizwirkung	143
		(3) Zweifel an der angenommenen Anreizwirkung des Urheberrechts	150
		(4) Kritik am ökonomischen Effizienzziel	162
		(T) MITTIN WILL OKOHOMISCHOIL EMIZIOIZZIOI	102

		bb) Methodologische Kritik	Problem der Operationa-	
		lisierbarkeit		167
		cc) Zusammenfassung		169
4.	Rei	in marktbasierter, neoklassisch	er Property Rights-Ansatz	170
	a)	Inhalt und normzweckrelevar	ntes Programm	170
	b)	Kritische Würdigung		178
		aa) Kritik an Theorieprämis	sen	178
		(1) Versagen des Markt	mechanismus	178
		(2) Property oder Liabi	lity Rule? Verbotsrecht oder	
		Vergütungsansprucl	1?	183
		α) Bringen Liabili	ty Rules effizienzsteigernde	
			ebenso gut in Gang wie	
		Property Rules	?	183
		β) Vorzugswürdig	keit von Liability Rules im	
		digitalen Zeital	ter	185
		bb) Negative Auswirkungen	des neoklassischen Ansatzes	197
	c)	Zusammenfassung		199
5.		ue Institutionenökonomik mit	Transaktionskostenökonomik	
	unc	d Informationsökonomik		200
	a)	Inhalt und normzweckrelevar	ntes Programm der	
		Transaktionskostenökonomik		201
		aa) Theoretische Grundlage		201
		bb) Begriff, Typologie und I	Erfassung der Transaktions-	
		kosten		203
	b)	Kritische Würdigung der Tra		206
		aa) Kritik an Theorieprämis		206
		bb) Verbleibende Erforderlie		
		aktionskostensenkung ar		208
	c)	Zwischenergebnis zur Transa		211
	d)	Inhalt und normzweckrelevar	ntes Programm der	
		Informationsökonomik		211
		aa) Informationsökonomisch		
		urhebervertragsrechtlich		214
		bb) Informationsökonomisch	ne Rechtfertigung des	
		Nutzerschutzes		215
	e)	Kritische Würdigung der Info		224
		aa) Kritik an Theorieprämis		224
	_	bb) Vorteilhaftigkeit gesetzl		233
	f)	Zusammenfassung zur Neuer		242
6.		sümee bezüglich ökonomiethe	oretischer Rechtfertigungs-	
	ans	sätze		243
Ku	lturp	politische Rechtfertigung im S	inne Fishers	251
1.		nalt und normzweckrelevantes	Programm	251
2.	Kri	itische Würdigung		253

II.

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

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

	3.	Neubestimmte Regelungszwecke als Gestaltungsauftrag	
			354
	4.	Erweiterte Regelungszwecke und die Chance auf	
		Akzeptanzsteigerung des Urheberrechts	356
	5.		358
II.	Nut	zerschützende Gestaltungsoptionen im Einzelnen	358
	1.	Gesetzliche Normzweckverankerung in § 1 UrhG	
			362
	2.		368
		a) Notwendigkeit einer stärker differenzierten bzw.	
			369
		b) Differenzierung anhand der Amortisations- bzw.	
			370
		c) Formulierungsvorschlag für eine fünfjährige Schutzfrist	
			370
	3.		381
		a) In den USA diskutierte Regulierungsvorschläge für die	
			381
		b) Eine Beschränkung der Schadensersatzansprüche auch in	
		Deutschland bzw. Europa?	383
		c) Plädoyer für einen Ausschluss des Unterlassungs- und	
		Beseitigungsanspruchs im Falle bearbeitender Nutzungen	
		von orphan works	385
		d) Vereinbarkeit mit verfassungs-, europa- und	
		internationalrechtlichen Vorgaben	387
		e) Zusammenfassung	388
	4.	Auslegung und Ausgestaltung der Schranken im Lichte eines	
			390
		,	390
		aa) Das überholte Dogma der engen Schranken-	
		6 6	391
		bb) Schrankenauslegung im Lichte der vorgeschlagenen	
			398
		b) Stärker nutzerorientierte Ausgestaltung der	
			101
		aa) Allgemeine Überlegungen zu einer nutzerfreund-	
			101
			104
		(1) Vor- und Nachteile eines abschließenden	
		C	105
		(2) Formulierungsvorschlag für eine den Schranken-	
	_		107
	5.	Nutzerschützende Gestaltungsoptionen hinsichtlich technischer	113
		Nutzungerectriktionen	LIZ

		 Verschärfte und international einheitliche Informations- pflichten 	415
		 Etablierung bzw. Erhaltung digitaler Nutzerfreiheiten aa) Optionen unmittelbarer Technikgestaltung bb) Optionen mittelbarer Nutzerschutzdurchsetzung 	417 420 422
E.	R	esümee bezüglich des vorgeschlagenen Normzweckmodells	427
	I.	Zulässigkeit, Umfang und Bedeutung einer Normzweck- erweiterung	427
	II.	Gestaltungsoptionen zur Verwirklichung des Nutzerschutz- paradigmas	429
		Vorschlag für eine Normzweckklausel und eine neue Gesetzesbezeichnung	430
		 Formulierungsvorschlag für eine Verkürzung bzw. Flexibilisierung der Schutzdauer Schutz für die Nutzer von »orphan works« Normzweckorientierte Auslegung und Ausgestaltung der 	431 432
		SchrankenOptionen des Nutzerschutzes im Hinblick auf technische Nutzungsrestriktionen	433 435
	-	pitel:	
Zu	san	nmenfassung und Ausblick	438
A.	Z	usammenfassung	438
	I.	Bestandsaufnahme	438
	II.	Relativierung des Urheberschutzkonzepts bei historischer Betrachtung	439
	III.	Ursachen der gegenwärtigen Legitimationskrise	440
	IV.	Die Rechtfertigung des Urheberrechts im Allgemeinen und eine Nutzerschutzdoktrin im Besonderen	er 442
	V.	Umfang und Konsequenzen der vorgeschlagenen Normzweckerweiterung	445
В.	A	usblick	447
Lit	tera	aturverzeichnis	451