

be extended from the life of the author plus fifty years to the life of the author plus seventy years? Because the additional time is necessary to encourage additional creativity? Because authors deserve greater rewards for their labors? Because the culture would be worse off if works like «Steamboat Willie» were released to the public domain?«. Auch wenn diese Argumentation gewiss etwas idealistisch sein mag – welcher Urheberrechtsgesetzgeber argumentiert streng dogmatisch und fernab jeder Lobbybeeinflussung? –, so ist sie von der Tendenz her sicher richtig und unterstützenswert.

### 3. Zusammenfassung

Im Ergebnis liefert *Fishers* Zielvorstellung einer attraktiven und gerechten Kultur somit eine bereichernde, sowohl urheber- als auch nutzerorientierte Antwort auf die Frage nach dem Warum des Urheberrechts.

### III. Demokratietheoretische Rechtfertigung im Sinne Netanel

Eine eigenständige und zumindest in der deutschen Lehre bislang wenig rezipierte<sup>1016</sup> Rechtfertigung des Urheberrechts bietet der demokratietheoretische Erklärungsansatz von *Netanel*.

#### 1. Inhalt und normzweckrelevantes Programm

Die von *Netanel* zur Blüte gebrachte demokratietheoretische Rechtfertigung des Urheberrechts versteht urheberrechtliche Regulierung nicht als Folge, sondern als konstitutive Bedingung für eine erstrebenswerte demokratische Zivilgesellschaft<sup>1017</sup>: Indem das Urheberrecht eine Vielzahl kreativer und kommunikativer Aktivitäten sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht ermögliche und fördere, unterstütze es den für eine demokratische Zivilgesellschaft unerlässlichen, herrschaftsfreien öffentlichen Diskurs bzw. die Meinungs- und Pressefrei-

1016 Die große und verdienstvolle Ausnahme bildet insoweit die Arbeit von *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 271 ff. *Stallberg* hat sich eingehend und auf sehr luzide Art und Weise mit dem von *Netanel* entwickelten Ansatz auseinandergesetzt.

1017 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288 f., 341 ff. (1996), weiterentwickelt hat *Netanel* diese demokratietheoretische Rechtfertigung des Urheberrechts in *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217 ff. (1998) und *Netanel*, 53 Vand. L. Rev. 1879 ff. (2000). In eine ähnliche Richtung argumentierten vor ihm bereits beispielsweise *Coombe*, 69 Tex. L. Rev. 1853 ff. (1991); *Elkin-Koren*, 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 345, 410 (1995). Angedeutet findet sich eine Berücksichtigung des demokratiefördernden Potentials des Urheberrechts auch in der Rechtsprechung des US-amerikanischen Supreme Courts. So erinnert der Supreme Court

heit<sup>1018</sup>. Das Ziel einer demokratisch organisierten Gesellschaftsform verleihe dem Urheberrecht damit seine Legitimität.

*Netanel*s Bemühungen für eine demokratie-basierte Rechtfertigung des Urheberrechts sind dabei zu verstehen als eine Gegenreaktion auf die in seinen Augen überstürzte urheberrechtliche Schutzexpansion der vergangenen Jahre. Das von ihm verfolgte »democratic paradigm« ist daher erklärtermaßen der Versuch, der seiner Ansicht nach dominierenden, von ihm als »neoklassisch« bezeichneten effizienzorientierten Property Rights-Theorie etwas entgegenzusetzen<sup>1019</sup>. Er möchte den Kritikern der Schutzexpansion ein kohärentes und überzeugendes Gegenkonzept an die Hand geben<sup>1020</sup>. Den Vertretern des neoklassischen Property Rights-Ansatzes sei es nämlich nur deshalb gelungen, das Urheberrecht auf einen Mechanismus zur Erreichung von Allokationseffizienz zu reduzieren (und zwar unter Außerachtlassung von »fundamental, nonmonetizable interests in expressive diversity and informed citizenship«), weil es bislang an einer systematischen Durchdringung der demokratiefördernden Funktionen des Urheberrechts gefehlt habe<sup>1021</sup>. Dem möchte *Netanel* abhelfen und führt diesen Wirkungszusammenhang daher einer näheren Analyse zu. Zu diesem Zweck unterscheidet *Netanel* zwei demokratiefördernde Funktionen, die »Produktionsfunktion« und die

etwa in der Entscheidung *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 558 (1985) daran: «it should not be forgotten that the Framers intended copyright itself to be the *engine of free expression*.« (Hervorhebung durch den Verf.); dass die Verknüpfung des Urheberrechts mit der Förderung von Meinungsfreiheit und Demokratie nicht gänzlich neu ist, räumt *Netanel*, 106 Yale L. J: 283, 288 (1996), selber ein. Sein Verdienst ist es aber, wie auch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 271, zu Recht feststellt, diese »demokratie-basierte Rechtfertigung« (*Stallberg*) in systematischer Form in einer Reihe von Beiträgen ausgearbeitet und zumindest in der US-amerikanischen Literatur einer breiten Rezeption zugeführt zu haben, s. beispielsweise *Balkin*, 79 N.Y.U. L. Rev. 1, 33, Fn. 56 (2004); *Fisher*, *Theories of Intellectual Property*, in: *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Hg. v. *Munzer*, S. 168, 172; *Tushnet*, 114 Yale L. J. 535, 538 ff. (2004) oder *Yoo*, 53 Vand. L. Rev. 1933, 1953 ff. (2000).

1018 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288 und 341 ff. (1996). *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 271, fasst diese Kernaussage des demokratie-basierten Rechtfertigungsansatz dahingehend zusammen, dass aus der Sicht dieses Ansatzes »das Urheberrecht die kommunikativen Grundlagen schaffe, auf die ein demokratisch regiertes Gemeinwesen angewiesen sei.« – Die Anknüpfung an die Meinungsfreiheit und Pressefreiheit ist auch am ehesten der Aufhänger, unter dem in Europa eine vergleichbare Diskussion über die verfassungs- und menschenrechtlichen Implikationen des Urheberrechts geführt wird, siehe statt vieler hierzu etwa *Geiger*, *Droit d’auteur et droit du public à l’information*; *Geiger*, *Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts*, in: *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Hg. v. *Hilty/Peukert*, S. 143 ff. und *Geiger*, *IIC* 2006, 371, 382 ff.

1019 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288 f. (1996): »neoclassicism cannot serve as the basis for copyright doctrine because copyright’s primary goal is not allocative efficiency, but the support of a democratic culture«.

1020 *S. Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 289 (1996).

1021 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 289 (1996).

»Strukturfunktion«<sup>1022</sup>, denen er später noch eine weitere hinzugefügt hat, die sich im Einklang mit den beiden anderen Funktionstitulierungen und im Anschluss an *Stallberg* am besten als »Symbolfunktion« bezeichnen lässt<sup>1023</sup>.

Bevor *Netanel* die einzelnen Funktionen näher erläutert, legt er zunächst das von ihm normativ zugrundegelegte Demokratieverständnis offen<sup>1024</sup>. Dieses ist geprägt vom Konzept einer lebendigen, partizipativen und pluralistischen Zivilgesellschaft<sup>1025</sup>, die stattfindet in freiwilligen, nichtstaatlichen Vereinigungen. In diesem öffentlichen staatsfreien Raum vermöchten die Bürger ihre politischen, ästhetischen und sozialen Ziel- und Wertvorstellungen zu entwickeln und zu diskutieren, um ihn auf diese Weise zur Quelle politisch wirksam werdender Kommunikationsströme, sprich: des öffentlichen Diskurses zu machen<sup>1026</sup>. Eine partizipative und pluralistische Zivilgesellschaft sei deshalb Grundvoraussetzung eines demokratischen Gemeinwesens, weil in ihrem Bereich geistige Unabhängigkeit, Befähigung zur Kritik, Selbstbestimmung, soziales Verantwortungsgefühl, die Kunst der Argumentation und politisches Bewusstsein informierter und »mündiger Bürger« gedeihen könnten<sup>1027</sup>. *Netanel* betont dabei, dass die demokratische Zivilgesellschaft nicht gänzlich unabhängig von der Regierung sei. Staatliche Intervention könne erforderlich werden, um Machtungleichgewichte oder Marktmacht zu korrigieren oder um mittels erzieherischer Maßnahmen die Voraussetzungen zu schaffen, damit der Wähler sich als mündiger, geistig unabhängiger Bürger informiert einbringen könne<sup>1028</sup>.

Auf der Grundlage dieses Demokratieverständnisses versteht *Netanel* das Urheberrecht sodann als ein Mittel, mit dem der Staat mit Bedacht und gezielt den Marktmechanismus zur Förderung einer demokratischen Zivilgesellschaft ein-

1022 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288 (1996): »(...) copyright serves two democracy-enhancing functions. The first is a *production function*. Copyright provides an incentive for creative expression on a wide array of political, social, and aesthetic issues, thus bolstering the discursive foundations for democratic culture and civic association. The second function is *structural*. Copyright supports a sector of creative and communicative activity that is relatively free from reliance on state subsidy, elite patronage, and cultural hierarchy.« (Hervorhebung durch den Verf.).

1023 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 272 ff. (1998); *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 279.

1024 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 341 ff. (1996).

1025 Später hat *Netanel*, 53 Vand. L. Rev. 1879, 1881, 1885 (2000), derweil stärker das »Free Speech Principle« und das »Free Press Principle« zur Illustration seines Demokratieverständnisses herangezogen, kritisch dazu *Yoo*, 53 Vand. L. Rev. 1933, 1953 ff. (2000).

1026 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 342 f. (1996); *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 272 ff., der sich intensiv – und mit dem Vorschlag für ein konsensfähiges »Minimalkonzept der Demokratie« über *Netanel* hinausgehend – mit dem Demokratiekonzept beschäftigt, kommentiert dieses Demokratieverständnis unter Anlehnung an *von Hayek* zustimmend wie folgt (S. 278 u. 293): »Dies ist einleuchtend: Wenn in einer Demokratie die Regierung durch die Meinung der Bürger angeleitet werden soll, setzt dies sinnvollerweise voraus, dass diese Meinung *regierungsunabhängig* entstehen kann.« (Hervorhebung im Original).

1027 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 342 ff. (1996).

1028 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 344 ff. (1996).

setzt<sup>1029</sup>. Dies gelinge ihm auf eine quantitative und eine qualitative Art und Weise<sup>1030</sup>. So sei das Urheberrecht sowohl die notwendige (aber nicht unbedingt hinreichende) Bedingung für die Schaffung und Verbreitung von Geisteswerken (*Produktionsfunktion*, dazu unter (a)) als auch zugleich für die Unabhängigkeit und den pluralistischen Charakter des Schaffens- und Verbreitungsprozesses (*Strukturfunktion*, dazu unter (b))<sup>1031</sup>.

### a) *Produktionsfunktion*

Die »Produktionsfunktion« könne das Urheberrecht erfüllen, weil es kreatives Schaffen *und* dessen Verbreitung stimuliere.<sup>1032</sup> *Netanel* hält also prinzipiell am aus dem ökonomietheoretischen Kontext bereits vertrauten Anreizparadigma fest<sup>1033</sup>. Er betont dabei aber den Anreiz zur Verbreitung von Geisteswerken stärker als den Produktionsanreiz, stellt also die über das Urheberrecht erfolgende Förderung der *öffentlichen Kommunikation* stärker in den Vordergrund<sup>1034</sup>.

Aus Sicht von *Netanel* seien die dergestalt generierten Kommunikationsströme nun in dreifacher Hinsicht von essentieller Bedeutung für eine demokratische Zivilgesellschaft. So lieferten nämlich Geisteswerke zu politischen, sozialen, kulturellen oder ästhetischen Fragen erstens zivilgesellschaftlichen Vereinigungen und Gruppierungen ihre Existenzgrundlage. Diese seien für ihre Entstehung, ihre Selbstvergewisserung und ihr Tätigwerden – zumal dort, wo der Dialog von Angesicht zu Angesicht nicht möglich sei – notwendigerweise auf den werkvermittelten Austausch von Informationen und Ideen angewiesen: »The millions of fixed works of authorship that are regularly broadcast, distributed, and transmit-

1029 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 347 (1996).

1030 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 339 (1996).

1031 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288 f., 347 ff. (1996).

1032 Zur Produktionsfunktion *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 347 ff. (1996).

1033 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 347 f (1996), s.a. S. 293: Without copyright, creative expression would likely be both underproduced and, no less importantly, underdisseminated.<; ausführlicher und bereits mit kritischen Untertönen *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 248 ff. (1998), dort im Ergebnis aber davor zurückschreckend, das Anreizparadigma über Bord zu werfen (S. 250: «while suggested possibilities for doing without copyright certainly merit empirical study, an across-the-board jettisoning of copyright and its incentive rationale hardly seems warranted at present.<»). Zuletzt hat *Netanel*, 54 Stan. L. Rev. 1, 28 f. (2001) sich nichtsdestotrotz teilweise – mit Blick auf die durch Digitalisierung und Internet ausgelösten Konsequenzen für die Schaffung und Verbreitung von Werken – vom Anreizparadigma distanziert. Diese Relativierung seiner Position wird noch zu vertiefen sein.

1034 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 279, hat vollkommen zu Recht angemerkt, dass es eigentlich zu kurz greift, wenn *Netanel* diese beiden Aspekte, die Produktion von Geisteswerken und deren Zirkulierung, lediglich als *Produktionsfunktion* bezeichnet. Richtigerweise wäre von der Produktions- und Verbreitungsfunktion zu sprechen.

ted every day across (...) communicative systems are the lifeblood of civic association.«<sup>1035</sup>.

Zweitens mehr die Produktion und die Verbreitung von Geisteswerken die Bildung und den Wissensstand der Bürger. Diese seien auf den Zugriff auf die Informationen, das Wissen und die Ziele anderer angewiesen, damit sie als Bürger ihre Interessen artikulieren, sich in zivilgesellschaftlichen Gruppierungen engagieren und am öffentlichen Diskurs abwägend beteiligen könnten<sup>1036</sup>. Das Urheberrecht könne dieses Bedürfnis befriedigen, indem es Urhebern und Verwertern einen Anreiz setze, entsprechende Informationen zu produzieren und zu verbreiten. *Netanel* weist aber auch darauf hin, dass ein zu starker Schutz auch den gegenteiligen Effekt haben könne, dass das Urheberrecht dann also den Zugang zu Informationen unterbinde, Bearbeitungen übermäßig erschwere und dadurch die Bildung der Bürger behindere<sup>1037</sup>.

Die öffentliche Kommunikation befördernde Produktions- und Verbreitungsfunktion des Urheberrechts sei drittens für die demokratische Zivilgesellschaft auch deshalb von großer Relevanz, weil sie die Voraussetzung für Kritik, Urteilsbildung und Diskussion sei. *Stallberg* hat die »Produktionsfunktion« des Urheberrechts, deren Bedeutung für die demokratische Zivilgesellschaft *Netanel* anhand der drei vorstehend erläuterten Gesichtspunkte zu illustrieren sucht, treffend dahingehend zusammengefasst, dass sie darauf hinauslaufe »zunächst Kommunikation zu produzieren, zweitens dadurch das Wissen (...) zu vermehren und drittens das kritische Potential der Zivilgesellschaft zu entfachen.«<sup>1038</sup>.

Zu ergänzen bleibt ein für den Stellenwert des von *Netanel* verfolgten Ansatzes überaus wichtiger Gesichtspunkt. So möchte *Netanel* die konstitutive Rolle des Urheberrechts für eine demokratische Zivilgesellschaft nicht allein in den Fällen annehmen, in denen sich urheberrechtlich geschützte Geisteswerke auf sachliche und allgemein verständliche Art und Weise mit Themen von politischer oder gesellschaftlicher Relevanz beschäftigen. Er argumentiert, viele Werke hätten auch in Ermangelung einer expliziten politischen Botschaft<sup>1039</sup> erhebliche politische und gesellschaftliche Implikationen. Literatur und Kunst etwa nähmen auf kraftvolle Art und Weise Einfluss auf die Wahrnehmungen, Einstellungen und Denkmodi der Mitglieder einer Gesellschaft. Dies sei auch der Grund dafür, warum totalitäre Regime bestimmte, auf den ersten Blick harmlos erscheinende Kunststile oder Musikrichtungen verböten. Damit stellt er die Behauptung auf, dass jede Form kreativ-künstlerischen Ausdrucks – also auch Werke der Populär-

1035 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 348 (1996), der in diesem Zusammenhang *Tocqueville*, *Democracy in America*, Bd. 2, S. 112 mit der (zu seiner Zeit und ihrer geringeren Medienvielfalt gewiss noch zutreffenden) Bemerkung zitiert: »hardly any democratic association can do without newspapers«.

1036 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 348 f. (1996).

1037 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 349 (1996).

1038 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 280.

1039 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 350 (1996), spricht zwar wörtlich von »ideological message«, gemeint sein dürfte in diesem Zusammenhang aber wohl – wie auch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 285, zu Recht vermutet – »political message«.

kultur<sup>1040</sup> oder gänzlich abstrakte Kunst, die nur um ihrer selbst willen geschaffen wird (sog. »l'art pour l'art«) – unabhängig von einem unmittelbaren politischen Aussagegehalt für eine demokratische Zivilgesellschaft gleichermaßen von Bedeutung sei. Auf diese nicht unproblematische Annahme wird im Rahmen der kritischen Würdigung noch einzugehen sein. Zunächst aber verdient die zweite von *Netanel* behauptete Aufgabe des Urheberrechts unsere Aufmerksamkeit: die Strukturfunktion.

## b) Strukturfunktion

Mit der Strukturfunktion ergänzt *Netanel* die Produktionsfunktion um eine qualitative Dimension und hebt seinen Ansatz damit endgültig vom rein effizienzorientierten Anreizparadigma ökonomietheoretischer Prägung ab. Danach fördere das Urheberrecht den demokratischen Charakter des öffentlichen Diskurses<sup>1041</sup>. Dies werde auf zweierlei Art und Weise erreicht: zum einen durch eine relativ herrschaftsfreie, marktbasierende Anreizstruktur, die Autonomie, Pluralismus und Vielfalt begünstige; zum anderen dadurch, dass der Kontrolle über Geisteswerke in der Hand Privater staatliche Grenzen gesetzt würden, um damit denjenigen genügend Freiraum zu geben, die bestehende Werke nutzen wollen, um sie zu bearbeiten oder um damit zu unterrichten oder zu lehren<sup>1042</sup>.

Eine herrschaftsfreie Sphäre für die Schaffung und Verbreitung von Geisteswerken werde dabei im Einzelnen geschaffen durch Zuweisung urheberrechtlicher Verwertungsrechte an den Urheber und die damit verbundenen, *marktbasieren* Einkunftsöglichkeiten für Urheber und Verwerter. Durch diese marktbasierende Lösung werde ein beachtliches Maß an Unabhängigkeit von staatlicher oder privater Subventionierung und damit Einflussnahme erzielt. In Abwesenheit urheberrechtlicher Regulierung entstünde für viele Kreative nämlich umgekehrt eine Situation der finanziellen Abhängigkeit von staatlichen Fördergeldern oder den Mitteln privater Mäzene, was zu Lasten von Autonomie, Pluralismus und kul-

1040 Zur Populärkultur *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 350 (1996): »It is part entertainment, but as it entertains, it often reveals contested issues and deep fissures within our society, just as it may reinforce widely held beliefs and values. To be understood by their audiences, films, songs, and television programs must deal in the currency of prevailing practices, ideologies, and stereotypes, and in so doing must either reinforce or challenge them. Even seemingly innocuous cartoon characters, like Bart Simpson and Mickey Mouse, may be used to subvert (or reinforce) prevailing cultural values and assumptions--and with greater social impact than the most carefully considered Habermasian dialogue. The words, images, and sounds of commercial entertainment have a profound influence on our social mores and collective sense of reality. As such, the realm of popular culture serves, to a considerable extent, as both a resource and a playing field for the exercise of democratic culture and civic association.«.

1041 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 352 ff. (1996).

1042 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288, 352 ff. (1996).

turreller Vielfalt ginge und damit der Qualität des öffentlichen Diskurses in einer demokratischen Zivilgesellschaft abträglich sei<sup>1043</sup>.

*Netanel* ist sich dabei bewusst, dass die urheberrechtlichen Verwertungsrechte *allein* Pluralismus und Vielfalt nicht zu garantieren vermögen. Auch eine markt-basierte Lösung könne nicht verhindern, dass es zu einer auf Marktmacht und Medienkonzentration gestützten, hierarchisch organisierten Struktur des öffentlichen Diskurses komme. Er räumt daher ein: »the democratic character of public discourse may well depend upon some measure of state subsidy and regulation to disseminate information and give a voice to persons and views that might otherwise receive insufficient attention in an unregulated media market.«<sup>1044</sup>.

Als zusätzliches und weitaus bedeutenderes Korrektiv zur Aufrechterhaltung von Pluralismus und Vielfalt aber beschreibt *Netanel* die notwendige Beschränkung der privaten Kontrolle von Geisteswerken. Die *Beschränkung des Urheberrechts* versteht *Netanel* daher als grundlegenden und *integralen* Bestandteil der urheberrechtlichen Strukturfunktion<sup>1045</sup>. So habe die urheberrechtliche Schutzexpansion zu einer noch nie dagewesenen Kontrolle über die Verwendung bestehender Werke geführt. Vielfach seien potentielle Urheber nicht in der Lage oder nicht willens, die Lizenzgebühren zu entrichten, die die Rechteinhaber von ihnen für kreativ-schöpferische bzw. bearbeitende Nutzungen (»transformative uses«) verlangten. Die ausgedehnten Kontrollmöglichkeiten in der Hand der Urheber- bzw.

1043 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 358 (1996): «Without legal protection against ruinous copying, authors and publishers would be unduly dependent on state or private beneficence, with its attendant vitiating of critical autonomy and expressive diversity.«. *Netanel* belegt seine These mit Beispielen aus der Geschichte (S. 353 ff.): «Prior to the first modern copyright statutes in the eighteenth century, writers and artists were heavily dependent on royal, feudal, and church patronage for their livelihoods. This dependency undermined expressive autonomy and thwarted the development of a vital, freethinking intelligentsia. (...) The patronage system also served to embed public discourse firmly within the hierarchical order of medieval and early modern Europe. During the Middle Ages, literature and art were commonly commissioned and controlled for purposes of public mystification. They were designed to impress upon their audience the dominant status of the patron, whether it be king, noble, or church. Later, within the framework of late Renaissance neoclassicism, the patronage system fostered a view of the arts as a «gentleman's calling,« tailored to aristocratic tastes and far removed from common social experience and creative sensibility.«. *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288, 360 (1996), weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass auch heute ein rein privatwirtschaftliches Mäzenatentum in Abwesenheit des Urheberrechts zu ähnlich problematischen Konsequenzen führen würde: »Like their aristocratic and ecclesiastic antecedents, corporate patrons are notorious for supporting expression that furthers their own objectives at the expense of artistic autonomy and diversity. As numerous studies have concluded, corporations regularly eschew avant-garde or controversial expression, tending rather to support cultural production that reflects mainstream interests and tastes, as befits a vehicle of public relations.«.

1044 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288, 359 (1996), der im Ergebnis aber gleichwohl daran festhalten möchte, dass wie schädlich die Konsequenzen des Marktmodells auch sein mögen, diese stets das kleinere Übel darstellten im Vergleich zu den Auswirkungen, die ein rein staatliches Anreiz- und Belohnungssystem hervorrufen würden.

1045 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 362 f. (1996).

v.a. der Rechteinhaber (seine Kritik zielt primär auf die großen Medienkonzerne) hätten daher das Problem der marktbasierter Hierarchie des öffentlichen Diskurses verschärft. Da potentielle Urheber darauf angewiesen seien, für ihr Schaffen auf bestehende Bilder, Sounds und Texte zurückgreifen zu können, untergrabe die Kontrolle der Medienkonzerne über diese die Demokratisierung des öffentlichen Diskurses. Daher müsse ein dem »democratic paradigm« Rechnung tragendes Urheberrecht insbesondere die Kontrolle der Rechteinhaber über die Zulässigkeit von Bearbeitungen begrenzen, um auf diese Weise zumindest in einem gewissen Umfang den Einfluss der Medienkonzerne auf den öffentlichen Diskurs zu reduzieren. Durch eine Beschränkung des Bearbeitungsrechts der Rechteinhaber gewinnen nachfolgende Urheber einen größeren Spielraum, um beispielsweise im Wege der Parodie »mainstream assumptions« herauszufordern oder um durch subversive Reformulierungen bestehender Werke zur Steigerung der kulturellen Vielfalt beizutragen. Eine entsprechende urheberrechtliche Regulierung könne und müsse daher dazu beitragen, um autonome und vielfältige Beiträge zum öffentlichen Diskurs zu ermöglichen<sup>1046</sup>.

Schlussendlich betont *Netanel*, dass im Rahmen eines demokratietheoretischen Erklärungsmodells wie dem seinen die *public domain* von ebenso zentraler Bedeutung sei wie der urheberrechtliche Schutz geistiger Werke selbst. Allgemein sind der Urheberschutz und dessen Beschränkungen für ihn gleichwertig, da sich nach seinem Verständnis sowohl in der Schutzgewährung, als auch in den Schutzzgrenzen (also beispielsweise den Schranken oder der begrenzten Schutzdauer) letztlich nur »copyright's democracy-enhancing principles« manifestieren<sup>1047</sup>. Beides dient daher im Rahmen einer demokratiebasierter Rechtfertigung der quantitativen und qualitativen Förderung des für eine Demokratie unerlässlichen öffentlichen Diskurses. Diese Konsequenz des demokratietheoretischen Erklärungsansatzes ist von allerhöchster Relevanz für die in dieser Arbeit verfolgte Rechtfertigung eines gleichberechtigt neben dem Urheberschutz stehenden originären Nutzerschutzes. Denn wenn auf Grundlage eines demokratietheoretischen Erklärungsansatzes beide Schutzrichtungen interpretiert werden können als Ausfluss desselben Rechtfertigungsgedankens, dann ergibt sich daraus auch zwanglos die Begründung für ein Modell, in dem der Urheber- und der Nutzerschutz gleichberechtigt auf die gleiche Stufe gestellt werden.

### c) *Symbolfunktion*

In einem späteren Beitrag hat *Netanel* der Produktions- und Strukturfunktion noch eine weitere Funktion hinzugefügt. So führe das Urheberrecht auch insofern zu einer Konsolidierung und Stärkung der demokratischen Zivilgesellschaft, als

1046 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 364 (1996).

1047 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 363 (1996).

dass es auf symbolische Weise dem Wert individueller Ausdrucksformen huldigt<sup>1048</sup>. Es belohne den Urheber (und nicht etwa die Kulturindustrie) für seine individuelle Kreativität und seinen persönlichen Beitrag zum öffentlichen Diskurs. Aufgrund der normativen Kraft des Rechts würden dadurch gesellschaftliche Wertvorstellungen geprägt, konkret also der Wert des Individuums bekräftigt und die Erwünschtheit von individuellen Beiträgen zum öffentlichen Diskurs unterstrichen. Auf diese Weise würden im Gegenzug die Neigung zu unkritischem Gehorsam gegenüber politischen oder kulturellen Autoritäten untergraben und die persönliche Freiheit zu Lasten autoritärer Herrschaftsformen gestärkt<sup>1049</sup>.

Ob es tatsächlich zu diesen von *Netanel* erhofften Wirkungen kommt und das Urheberrecht eine entsprechende normative Kraft entfaltet, hängt – wie *Netanel* selber einräumt<sup>1050</sup> – natürlich nicht zuletzt davon ab, ob das Urheberrecht tatsächlich dem Urheber und seinen individuellen Beiträgen zum öffentlichen Diskurs Respekt erweist oder ob es nicht doch eher der genialischen Schöpferpersönlichkeit und einem selbstbezogenen Individualismus huldigt. Ganz abgesehen davon muss man sich fragen, ob *Netanel* mit der von ihm behaupteten Symbolfunktion des Urheberrechts die normative Kraft des Rechts nicht möglicherweise überstrapaziert. Diese Fragen werden im Rahmen der nachfolgenden kritischen Würdigung näher zu untersuchen sein.

1048 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 272 ff. (1998), spricht von der »symbolic potency« oder der »symbolic force« des Urheberrechts. Im Anschluss an *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 282, soll diese von *Netanel* etwas vage beschriebene Funktion daher im Einklang mit *Netanels* übriger Terminologie als »Symbolfunktion« bezeichnet werden.

1049 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 229, 272 ff. (1998): «To the extent that copyright law does in fact carry a certain symbolic potency and to the extent it effectively affirms the value of individual expression reflected in Enlightenment and republican thought, it may undermine notions of uncritical obedience to political and cultural authority.» (S. 273), s.a. «in recognizing the positive social contribution of an individual's expressive autonomy and achievement, copyright reaffirms the worth of the individual. In so doing, it lends support to a regime of personal liberty, striking at the core of authoritarian government.» (S. 229). Letztere Aussage hat *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 282, zu der kritischen Bemerkung veranlasst, die Symbolfunktion beziehe sich also nicht auf «die Demokratie selbst, sondern nur (auf) ihre inhaltliche Verbindung mit dem Liberalismus.« *Stallbergs* Kritik liegt dabei in der Feststellung zugrunde, »dass die Verbindung von Demokratie und Liberalismus keine notwendige ist« (a.a.O., S. 273, Fn. 782). Nach *von Hayek*, *The Constitution of Liberty*, S. 103, seien beide Begriffe folgendermaßen zu unterscheiden: »Liberalism is a doctrine about what the law ought to be, democracy a doctrine about the manner of determining what will be the law«. *Stallberg* ist in seiner Kritik darin zuzustimmen, dass *Netanel* insoweit tatsächlich ausnahmsweise die Begründungsebene wechselt und durch Verwendung eines liberalistisch-individualistischen Rechtfertigungsarguments inkonsistenterweise den Boden seines kollektivistischen Erklärungsansatzes verlässt.

1050 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 229, 274 ff. (1998).

## 2. Kritische Würdigung

Die Kritik am demokratietheoretischen Rechtfertigungsansatz lässt sich unterscheiden in eine theorieimmanente Kritik, die sich insbesondere mit der Fragwürdigkeit von Theorieannahmen beschäftigt, die *Netanel* seinem Erklärungsansatz zugrundegelegt hat (dazu unter a)), und die Kritik, die auf die problematische Operationalisierbarkeit dieses Ansatzes abzielt (dazu unter b)).

### a) Kritik an Theorieprämissen

Die Gründe für die konzeptionellen Schwächen des demokratietheoretischen Ansatzes sind in den auch in methodologischer Hinsicht problematischen Antworten zu suchen, die *Netanel* auf die Frage nach der Interaktion von Urheberrecht, Geisteswerken und Demokratie gibt. So muss *Netanel*, um die von ihm behauptete Produktions-, Struktur- und Symbolfunktion des Urheberrechts begründen und mit Leben füllen zu können, mit Mutmaßungen darüber arbeiten, welche Relevanz Geisteswerke für die Demokratie haben und welche Rolle das Urheberrecht für deren Zusammenspiel besitzt<sup>1051</sup>.

Das Kernproblem des demokratiebasierten Rechtfertigungsansatzes von *Netanel* besteht dabei darin, dass mit ihm mehr gerechtfertigt werden soll, als sich mit ihm strenggenommen rechtfertigen lässt. So möchte *Netanel* Geisteswerken urheberrechtlichen Schutz zukommen lassen, weil diese der Förderung des öffentlichen Diskurs dienen und damit einer demokratischen Zivilgesellschaft förderlich seien. Er stellt also Vermutungen darüber an, wie Geisteswerke in eine demokratisch organisierte Gesellschaft nicht nur hineinwirken, sondern sie seiner Ansicht nach sogar konstituieren<sup>1052</sup>. Dafür muss er darlegen, welche Werke aus welchen Gründen von einer solchen kommunikations- und damit demokratiefördernden Bedeutung sind und welche nicht. Weil er damit aber vor einem unlösbaren Problem steht – nicht alle Geisteswerke sind für eine Demokratie gleichermaßen von Bedeutung, die Übergänge aber zwischen noch und kaum noch relevant sind flie-

1051 Ähnlich bereits *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 290 ff.

1052 Zu den notwendigerweise dabei auftretenden Komplikationen *Yoo*, 53 Vand. L. Rev. 1933, 1960 ff. (2000) und *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 291: »Eine Demokratie-basierte Rechtfertigung muss geistige Werke in hochkomplexe Kommunikationsprozesse einbetten; sie muss die Frage beantworten, welche Art von Kommunikationsleistungen für eine Demokratie erforderlich ist. Das führt notwendigerweise zu undifferenzierten Aussagen, die ihr den Vorwurf der Unbestimmtheit einbringen.«.

ßend<sup>1053</sup>–, entzieht er sich dieser Differenzierung und erklärt pauschal sämtliche Werke für demokratierelevant<sup>1054</sup>. Während das für diejenigen Geisteswerke noch einleuchten mag, die sich tatsächlich explizit auf sachliche und allgemein verständliche Art und Weise mit Themen von politischer oder gesellschaftlicher Relevanz auseinandersetzen, wird der demokratietheoretische Rechtfertigungsansatz überstrapaziert, wenn er undifferenziert auch für solche Geisteswerke gelten soll, die keinen oder nur einen verschwindend geringen politischen Aussagegehalt aufweisen<sup>1055</sup>; man denke etwa an gänzlich abstrakte, »verstiegene« Kunst, die nur um ihrer selbst willen geschaffen wird und vom »gemeinen Bürger« nur begrenzt nachvollzogen werden dürfte. Um der Klarheit willen: Es soll hier nicht behauptet werden, Werke der Populärkultur oder der abstrakten Kunst besäßen keinerlei Bedeutung für eine demokratische Zivilgesellschaft. Die von *Netanel* bemühte (und vorstehend referierte) Argumentation hat durchaus etwas für sich. Ihm ist zumindest darin zuzustimmen, dass es vermutlich kein Zufall ist, dass totalitäre Regime versuchen, den Bereich des kreativen Schaffens unter ihre Kontrolle zu bringen bzw. zumindest staatlich zu lenken. Dennoch ändern seine teilweise sehr konstruiert anmutenden und letztlich spekulativen Behauptungen, etwa zur Demokratierelevanz von Comicfiguren wie *Bart Simpson* oder *Mickey Mouse*, nichts daran, dass die Legitimationskraft seines Ansatzes für große Bereiche der Populärkultur, aber ebenso auch für Teile der mitunter ohnehin nur einer kulturellen Elite zugänglichen, gesellschaftlich also nur begrenzt wirksamen »Hochkultur« doch deutlich nachlässt. Es lässt sich schlechterdings nicht leugnen, dass nicht alle Geisteswerke gleichermaßen wichtig sind für eine demokra-

- 1053 Vergleichbare Probleme kennen wir auch aus dem Verfassungsrecht, wo die Grundrechtsdogmatik vor einem ähnlichen Problem steht bei der Bestimmung des Schutzzumfangs der Meinungs- oder Kunstfreiheit. Weil sich auch dort nicht präzise sagen lässt, welche Meinungsäußerungen bzw. Tatsachenbehauptungen für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung konstitutiv sind bzw. was Kunst ist und was nicht, werden die Meinungs- und Kunstfreiheit ebenfalls sehr weit verstanden, siehe etwa BVerfGE 67, 213, 225 – Anachronistischer Zug.
- 1054 So auch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 294: »Eine Demokratie-basierte Rechtfertigung (...) muss begründen, welche Inhalte wichtig sind und welche nicht. Darin liegt indes eine unlösbare Schwierigkeit. Einerseits scheint klar, dass nicht jeder kommunikative Gehalt eine derartige Relevanz (für den demokratischen Prozess, Einf. durch den Verfasser) besitzt. Andererseits ist aber ebenso klar, dass dies von vornherein nicht entschieden werden kann.«.
- 1055 Auch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 294, kritisiert, dass es einen gewichtigen Unterschied machen dürfte, »ob es sich um Werke handelt, die das politische Handeln direkt oder indirekt thematisieren. Dass z.B. künstlerische und populäre Kommunikation wichtig ist, heißt ja noch nicht, dass sie einer politischen Kommunikation ebenbürtig ist.«; ähnlich bereits *Yoo*, 53 Vand. L. Rev. 1933, 1960 (2000).

tische Zivilgesellschaft<sup>1056</sup>. Entsprechend kann das »democratic paradigm« dann allerdings auch nur den Schutz für bestimmte Werke mit einem mehr oder minder ausgeprägtem politischen Aussagegehalt überzeugend rechtfertigen.

Nicht minder problematisch als *Netanels* Aussagen zur Bedeutung von Geisteswerken in einer demokratischen Zivilgesellschaft sind seine Annahmen zur Rolle des Urheberrechts. Für die von ihm angenommene *Produktionsfunktion* des Urheberrechts etwa greift *Netanel* auf das letztlich wohl unvermeidliche, aber in seiner Bedeutung vielfach überschätzte Anreizparadigma zurück. Dessen Schwächen wurden bereits oben in Kap. 4 C. I. 3. b) aa) (3) eingehend problematisiert, auf die dortigen Ausführungen wird hier daher ausdrücklich verwiesen. Problematischer aber noch ist, dass mit der Produktionsfunktion nicht allein behauptet wird, das Urheberrecht diene der Schaffung von Geisteswerken, sondern vor allem auch deren Verbreitung<sup>1057</sup>. Hier kann man sich natürlich die Frage stellen, ob das Urheberrecht nicht gerade deren weitestmögliche Verbreitung verhindert. Auch *Weinreb* fragt: »Why should it be taken for granted, (...), that copyright does not reduce access by as much or more than it increases production?«<sup>1058</sup>. Zwar wäre es umgekehrt gewiss ebenso falsch, sich auf den Standpunkt zu stellen, die Abwesenheit des Urheberrechts führe zur weitestmöglichen Verbreitung von Geisteswerken. Ein gewisses (aber möglicherweise geringeres) Maß an Aliments- und Amortisationsschutz mittels des Urheberrechts dürfte in der Tat unverzichtbar für die Schaffung und Verbreitung von Geisteswerken sein. Auch belegen Phänomene wie die Open Source- oder Free-Culture-Bewegung, dass auch und gerade für eine innovationsfördernde Verwendung des Bestehenden bzw. allgemein eine stärkere Verbreitung und einen in geordneten Bahnen verlaufenen, offeneren Zugang zu bestehenden Werken der Einsatz des Urheberrechts erforderlich scheint. Dies zeigt sich konkret an den verschiedenen Open-Source- oder auch den Creative-Commons-Lizenzen, die auf die Existenz des Urheberrechts angewiesen sind. Die durch Digitalisierung und Internet drastisch gesunkenen Kosten der Schaffung und Verbreitung von Geisteswerken führen aber gleichwohl natürlich dazu, dass das von *Netanel* bemühte Argument, das Urheberrecht fördere den öffentlichen Diskurs, indem es die Verbreitung von Geisteswerken ermögliche, die ohne das Urheberrecht nicht erfolgen würde, zunehmend an Überzeugungskraft verliert<sup>1059</sup>. *Netanel* hat auf diese Entwicklung in einem späteren

1056 Dies scheint *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 351, Fn. 312 (1996) grundsätzlich auch anzuerkennen: »While artistic speech does make a certain contribution to democratic governance, it may be that political speech (...) has a greater and more direct importance for democratic governance and thus should be treated differently in the First Amendment context.«. *Netanel* zieht aus dieser Erkenntnis aber nicht erforderlichen Konsequenzen für sein Rechtfertigungsmodell, verzichtet also auf eine stärkere Differenzierung und nimmt auch nicht den Anspruch zurück, eine universalistisch gültige Erklärung für das Urheberrecht zu bieten.

1057 Oben wurde bereits kritisiert, dass die Bezeichnung »Produktionsfunktion« daher an sich zu kurz greift, s.a. *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 279.

1058 *Weinreb*, 111 Harv. L. Rev. 1149, 1233, Fn. 340 (1998).

1059 Ähnlich *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 280.

Beitrag reagiert und seine Position relativiert<sup>1060</sup>. So erkennt er nunmehr an, dass »Internet and other digital technologies (...) have spawned a vast sector of authors who do not rely on the copyright incentive (and, equally important, do not rely on publishers who rely on the copyright incentive) to create and disseminate original expression.«<sup>1061</sup>. *Netanel* folgert: »From all appearances, even if Congress were to repeal the Copyright Act, the Internet would continue to offer a surfeit of speech and wide diversity of opinion.«<sup>1062</sup>. Aus dieser Erkenntnis zieht *Netanel* die Schlussfolgerung, dass das eigentliche Problem, welches es durch das Urheberrecht zu lösen gilt, nicht ein quantitatives, sondern ein qualitatives ist. Denn wenn ein nicht geringer Teil der Werke auch ohne urheberrechtlichen Anreiz geschaffen wird, dann sei es die Aufgabe des Urheberrechts, für die Schaffung und Verbreitung solcher Werke zu sorgen, die in qualitativer Hinsicht über die diejenigen hinausgingen, die auch ohne die Aussicht auf urheberrechtlichen Schutz (bzw. ohne die Absicht, selbigen in Anspruch zu nehmen) geschaffen würden. Konkret hat *Netanel* mit dieser modifizierten Lesart seines Ansatzes solche »nachhaltigen« Werke im Blick, »that require a sufficiently material commitment of time and money such that far fewer would be created without some protection against competitor free-riding and massive home copying.«<sup>1063</sup>. Weiter führt *Netanel* diesen Gedanken nicht aus, auch wenn man gerne erfahren würde, ob er daraus etwa auch die Forderung nach einer entsprechenden Verschärfung der Schutzvoraussetzungen oder ähnliche, den urheberrechtlichen Schutz zurückführende bzw. besser fokussierende Maßnahmen ableiten möchte. Letztlich bleibt die von ihm wie vorstehend modifizierte Produktionsfunktion also vage und unbestimmt. *Netanel* scheint sich der zunehmenden Angreifbarkeit des von ihm ursprünglich wesentlich stärker betonten Arguments, das Urheberrecht diene der Schaffung und Verbreitung von Geisteswerken und damit dem für eine Demokratie unerlässlichen öffentlichen Diskurs, durchaus bewusst zu sein, was vermutlich auch der Grund dafür sein dürfte, warum er in nachfolgenden Beiträgen zum selben Thema die von ihm postulierte Strukturfunktion immer stärker in den Vordergrund gestellt hat<sup>1064</sup>.

Auch die *Strukturfunktion* ist aber nicht frei von fragwürdigen Annahmen. Das Kernargument der von *Netanel* propagierten Strukturfunktion lautet, dass mittels der staatsfreien Anreizstruktur des Urheberrechts der Rahmen geschaffen werde, für ein pluralistisches und vielfältiges Werkschaffen, das unabhängig sei von ei-

1060 *Netanel*, 54 Stan. L. Rev. 1, 28 f. (2001).

1061 Bestes Beispiel dafür sind frei zugängliche Blogs, die gerade jene kritischen und pluralistischen Äußerungen hervorbringen, auf die *Netanel* mit Blick auf ihre demokratiefördernde Wirkung so großen Wert legt.

1062 *Netanel*, 54 Stan. L. Rev. 1, 29 (2001).

1063 *Netanel*, 54 Stan. L. Rev. 1, 29 (2001); *Netanel* knüpft damit an *Ginsburgs*, 95 Colum. L. Rev. 1466, 1499 (1995), Vorstellung an von »sustained works of authorship (...) not simply conversations, data of the day, or pirated postings«.

1064 Vgl. *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 288, 347 ff. (1996) mit *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 246 ff. (1998) und *Netanel*, 54 Stan. L. Rev. 1, 28 f. (2001).

ner Förderung – und damit einer potentiellen Einflussnahme – durch den Staat bzw. private Mäzene. Mit diesem qualitativen Argument möchte *Netanel* auch jene Kritik am Anreizparadigma abwehren, die weniger auf die zweifelhafte Anreizwirkung als solche gerichtet ist, als vielmehr auf die Art der Werke, die durch die Aussicht auf urheberrechtlichen Schutz produziert wird. *Netanel* hat diesen denkbaren Einwand selber gesehen und eingeräumt, dass die meisten Werke, von denen Urheber und Verwerter sich eine Vergütung versprechen, auf kommerzielle Unterhaltung abzielen, dass also anreizinduzierte Werke überwiegend nicht darauf ausgerichtet seien, Informationen über die Regierungsgeschäfte zu vermitteln oder systematische Analysen über drängende Fragen des öffentlichen Interesses zu liefern: »It may well be, indeed, that the sort of information and opinion that is arguably most critical for democratic governance is precisely that which would be produced – by elected officials, government agencies, political partisans, non-profit watchdogs, special interest groups, and Internet e-mailers – even without the copyright incentive.«<sup>1065</sup>. Nichtsdestotrotz möchte *Netanel* seine Argumentation mit der Begründung aufrechterhalten, dass auch die kommerzielle Werkverwertung eine entsprechende qualitätsvolle Informationsvermittlung und Nachrichtenverbreitung nicht ausschlieÙe, vielmehr werde ebendiese mitunter gerade erst durch die urheberrechtsbasierte Marktlösung ermöglicht. Deren Vorzug sei, dass sie Urheber und Verwerter in die Lage versetze, unabhängig von staatlicher Kontrolle und politischer Einflussnahme zum öffentlichen Diskurs beizutragen<sup>1066</sup>. Soweit die idealisierende Sichtweise *Netanels*. In der Praxis ist natürlich auch das Marktmodell nicht frei von Schwächen. Auch hier können Marktmacht, finanzielle Abhängigkeiten, asymmetrische Informationsverteilung, Marktzutrittsbarrieren und ähnliche Defizite ein Ausmaß von Kontrolle und Einflussnahme seitens der Medienkonzerne eröffnen, die ebenfalls zu einer Hypothek für die Qualität des öffentlichen Diskurses werden können. Vergleichbare Skepsis gegenüber der urheberrechtsbasierten Marktlösung hegt auch *Weinreb*; er fragt: »Why should it be supposed that the market is a less insistent and narrow-minded master than privat patronage?«<sup>1067</sup>.

Zustimmung verdient *Netanel* daher gerade vor diesem Hintergrund darin, dass er die Strukturfunktion des Urheberrechts als eine gleichermaßen schutzbegründende wie schutzbegrenzende begreifen möchte. Es leuchtet unmittelbar ein, dass der Kontrolle über Geisteswerke in der Hand Privater mittels des Urheberrechts Grenzen gesetzt werden müssen, um damit denjenigen genügend Freiraum zu lassen, die bestehende Werke nutzen wollen, um sie zu bearbeiten oder um damit zu informieren, zu unterrichten oder zu lehren. Der große Vorzug des demokratietheoretischen Erklärungsmodells von *Netanel* liegt dabei darin, dass er sowohl den Schutz als auch dessen Grenzen als Ausfluss desselben Rechtfertigungsprinzips begreift. Dies eröffnet in der Folge die Möglichkeit, sowohl den urheberrechtlichen Schutz des Urhebers, als auch den des Nutzers als letztlich diskurs-

1065 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 250 (1998).

1066 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 250 f. (1998).

1067 *Weinreb*, 111 Harv. L. Rev. 1149, 1233, Fn. 340 (1998).

und damit demokratiefördernd zu verstehen. Auf diese Weise lässt sich ohne Weiteres das in dieser Arbeit verfolgte bipolare Normzweckkonzept, das den Nutzerneben den Urheberrechtsschutz gleichberechtigt auf eine Stufe stellt, demokratietheoretisch rechtfertigen<sup>1068</sup>.

Hinsichtlich der von *Netanel* darüber hinaus verfolgten *Symbolfunktion* bleibt schließlich festzustellen, dass sie letztlich den wohl schwächsten Argumentationsstrang des demokratietheoretischen Erklärungsmodells darstellt. Von geringer Überzeugungskraft ist die Symbolfunktion dabei allerdings nicht aus dem Grund, den *Stallberg* annimmt. *Stallberg* schießt nämlich, indem er die Symbolfunktion rundheraus für inkompatibel mit einer demokratiebasierten Rechtfertigung erklärt<sup>1069</sup>, mit seiner Kritik über das Ziel hinaus.

Konkret wirft *Stallberg* *Netanel* vor, dass dieser mit der Symbolfunktion eine Sichtweise normativ einholen wolle, die sein kollektivistisches »democratic paradigm« eigentlich nicht zulasse, nämlich eine individualistische Begründung des Urheberrechts<sup>1070</sup>. Er argumentiert, die Symbolfunktion lasse sich nur dann plausibel begründen, »wenn das Urheberrecht *tatsächlich* den Wert des Individuums betone.«. Dies sei aber nur dann der Fall, »wenn im Hintergrund stets eine *individualistische* Rechtfertigung mitliefe.«<sup>1071</sup>. Diese Kritik verfehlt aus zweierlei Gründen weitgehend ihr Ziel. Problematisch ist an *Stallbergs* Kritik zum einen, dass er *Netanels* Ansatz in diesem Zusammenhang verkürzt darstellt. So legt *Netanel* gerade Wert darauf, dass das Urheberrecht nicht etwa selbstzweckhaft dem Wert des Individuums Respekt erweise. Vielmehr argumentiert *Netanel*, dass das Urheberrecht dem Urheber und *seinen individuellen Beiträgen zum öffentlichen Diskurs* huldige und damit mittels einer normativen Wertungsentscheidung deren gesellschaftliche Erwünschtheit bekräftige<sup>1072</sup>. Das ist ein entscheidender Unterschied, weil mit dieser Argumentation das Urheberrecht nicht mittels eines selbstzweckhaften Individualismus gerechtfertigt wird, sondern auf der Basis gesellschaftlich verankerter Zielvorstellungen (sprich: einer kollektivistischen Herangehensweise). Berechtigt ist *Stallbergs* Kritik nur insoweit als *Netanel* zur Untermauerung dieses Rechtfertigungsgedankens vereinzelt die Begründungsebene wechselt und eine liberalistisch-individualistische Rechtfertigung bemüht<sup>1073</sup>. Damit verlässt *Netanel* in der Tat auf inkonsistente Art und Weise den Boden einer demokratiebasierten, kollektivistischen Rechtfertigung. Dies ändert gleichwohl nichts daran, dass mittels einer präziseren, durchgängigen Anknüpfung an die diskurs- und demokratiefördernde Bedeutung der individuellen Bei-

1068 Siehe im Einzelnen zur Frage der Operationalisierbarkeit des »democratic paradigm« noch nachfolgend unter b).

1069 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 283 und 293.

1070 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 283.

1071 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 283 (Hervorhebungen jeweils im Original).

1072 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 272 ff. (1998).

1073 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 229 (1998).

träge eine widerspruchsfreie Konzeption des demokratiebasierten Rechtfertigungsmodells möglich bleibt.

Fehl geht *Stallberg* auch mit seiner Kritik, die Symbolfunktion lasse sich nur auf Basis einer individualistischen Rechtfertigung konstruieren, weil nur dann, wenn das Urheberrecht aus moralischen Rechten des Individuums folge, es dieses überhaupt symbolisieren könne<sup>1074</sup>. Hier stellt sich die schwierige Frage, welchem Rechtfertigungsmodell das Urheberrecht denn tatsächlich Ausdruck verleiht und anhand welcher Kriterien über die einmal unterstellte Symbolwirkung eines Gesetzes überhaupt zu entscheiden ist. *Netanel* scheint sich, was das betrifft, selber nicht sicher zu sein. So räumt er ein, dass man prinzipiell auch der Auffassung sein könne, das Urheberrecht erweise eher der genialischen Schöpferpersönlichkeit und einem selbstbezogenen Individualismus Referenz<sup>1075</sup>. Auch verweist er auf das Problem sog. »legal transplants«<sup>1076</sup>. Dieses trete dann auf, wenn bestimmte rechtliche Vorstellungen oder Regelungen aus einer Rechtsordnung in eine andere »verpflanzt« würden. Solche »Transplantationen« seien mit dem Risiko verbunden, dass rechtliche Regelungen oder Dogmen in der Rechtsordnung, in die sie verpflanzt würden, gänzlich anders rezipiert würden als in der Rechtsordnung, aus der sie stammten<sup>1077</sup>. Anders formuliert: Der symbolische Aussagegehalt eines Gesetzes hängt stets vom Empfängerhorizont der Normadressaten ab. Vor diesem Hintergrund erweist sich aber *Stallberg's* Kritik, die Symbolfunktion lasse sich stringenterweise nur konstruieren, wenn das Urheberrecht individualistisch gerechtfertigt sei, als Trugschluss. Wenn es nämlich auf den Empfängerhorizont der Normadressaten anzukommen scheint, dann entscheidet nicht die abstrakte urheberrechtstheoretische Rechtfertigung – die einem Gesetz üblicherweise nicht »auf die Stirn geschrieben« steht – sondern die konkrete, für den Normadressaten unmittelbar wahrnehmbare materiell-rechtliche Konzeption des Gesetzes über dessen Symbolgehalt. Solange sich die vom Gesetzgeber gewählte Ausgestaltung des Urheberrechts aber auch so interpretieren lässt, dass mit ihm tatsächlich dem Urheber und seinen individuellen Beiträgen zum öffentlichen Diskurs Respekt erwiesen werden soll, lässt sich die von *Netanel* behauptete Symbolwirkung konsistent – d.h. ohne Rückgriff auf individualistische Argumentationsmuster – auf der Grundlage einer kollektivistischen Herangehensweise konstruieren. *Stallberg* irrt also, wenn er die Symbolfunktion für inkomp-

1074 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 283.

1075 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 229, 274 ff. (1998).

1076 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 229, 274 f. (1998).

1077 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 229, 274 f. (1998), nennt als Beispiel den lange vergeblichen Versuch, China von einer Umsetzung westlich geprägter Immaterialgüterrechte zu überzeugen. Einer der Gründe für diese lange missglückte Transplantation seien die dortigen kulturphilosophischen Vorstellungen gewesen, wonach der Akt des Vervielfältigens eine Ehrerweisung und keine Verletzung der Rechte des Urhebers sei. Dazu sei angemerkt, dass diese Anrufung von *Konfuzius*, auf den diese Denktradition zurückgehen soll, vielfach nicht mehr als eine rechtspolitisch instrumentalisierte Schutzbehauptung sein dürfte.

tibel mit *Netanels* kollektivistisch grundiertem, demokratietheoretischen Paradigma hält<sup>1078</sup>.

Das eigentliche Problem mit der *Netanelschen* Symbolfunktion ist ein ganz anderes. So verbindet *Netanel* nämlich auf methodologisch fragwürdige Weise mit der Symbolfunktion überzogene Erwartungen an die normative Kraft des Urheberrechts. Zur Erinnerung: Die Kernaussage der von *Netanel* umschriebenen Symbolfunktion lautet, dass das Urheberrecht zu einer Konsolidierung und Stärkung der demokratischen Zivilgesellschaft führt, weil es auf symbolische Weise dem Wert individueller Ausdrucksformen huldigt<sup>1079</sup>. Indem es den Urheber für sein Werkschaffen und seinen individuellen Beitrag zum öffentlichen Diskurs belohne, würden aufgrund der normativen Prägekraft des Rechts gesellschaftliche Wertvorstellungen dahingehend beeinflusst, dass der Wert des Individuums bekräftigt und die Erwünschtheit von individuellen Beiträgen zum öffentlichen Diskurs unterstrichen würde. Mit diesen empirisch nicht belegten (und letztlich wohl auch kaum belegbaren) Aussagen erliegt *Netanel* vollends Spekulationen über den tatsächlich gewiss komplexeren Wirkungszusammenhang von Urheberrecht und gesellschaftlicher Wirklichkeit. Der Wunsch nach dem Bestehen einer solchen Interaktion von Recht und Wirklichkeit scheint hier der Vater dieses reichlich konstruierten Gedankenganges zu sein.

Die von *Netanel* behauptete Symbolfunktion des Urheberrechts ist daher zu verwerfen. Im Ergebnis können daher letztlich nur die Produktionsfunktion, die in ihrem normzweckrelevanten Programm jedoch kaum über herkömmliche ökonomietheoretische Argumentationsmuster hinausgeht und dadurch auch deren Schwächen teilt, und die Strukturfunktion einer kritischen Betrachtung standhalten.

## b) Problem der Operationalisierbarkeit

Es ist unbestreitbar, dass sich der demokratietheoretische Erklärungsansatz *Netanels* nur in begrenztem Maße operationalisieren lässt. So gibt weder das »democratic paradigm« allgemein noch deren wichtigste Theoriekomponente, nämlich die Strukturfunktion, konkreten Aufschluss darüber, wie idealtypischerweise das Urheberrecht im Einzelnen beschaffen sein sollte, damit es den öffent-

1078 Etwas überzogen ist *Stallbergs* Würdigung der *Netanelschen* Rechtfertigungsbemühungen im Übrigen auch insofern, als er das Fehlen einer Letztbegründung für die Demokratie kritisiert, s. *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 272 ff. Zuzustimmen ist seiner Kritik zwar insoweit, als er bei *Netanel* die Festlegung auf ein bestimmtes Rechtfertigungsmodell für eine demokratische Gesellschaftsform vermisst (auch wenn letzterem natürlich zugute zu halten ist, dass er immerhin sein durch die Vorstellung einer pluralistischen und partizipativen Zivilgesellschaft geprägtes Demokratieverständnis skizziert). Dass *Netanel* andererseits in einer urheberrechtstheoretischen Abhandlung nicht *en passant* die Frage nach dem Warum der Demokratie erschöpfend beantwortet, ist allzu verständlich und möglicherweise etwas viel verlangt.

1079 *Netanel*, 51 Vand. L. Rev. 217, 272 ff. (1998).

lichen Diskurs und damit die demokratische Zivilgesellschaft fördern kann<sup>1080</sup>. Letztlich darf man beim Vorwurf der mangelnden Operationalisierbarkeit und Unbestimmtheit aber auch nicht aus den Augen verlieren, dass er sich nahezu gegenüber jeder rechtstheoretischen Begründung des Urheberrechts erheben lässt. *Yoo* hat ganz in diesem Sinne in Erwiderung auf *Netanel* treffend bemerkt: «The problem here is not the general difficulty of translating a general theory into specific answers. If that were the source of my criticism, it would apply with equal force to every theory with which I am familiar.»<sup>1081</sup>.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die Summe der Schlussfolgerungen, die sich nichtsdestotrotz aus dem demokratietheoretischen Paradigma für die Ausgestaltung des Urheberrechts ziehen lassen, ergeben diese doch eine erkleckliche Ausbeute. Namentlich aus der Produktions- und der Strukturfunktion leiten sich zahlreiche Gestaltungsvorgaben ab. So führt etwa die Produktionsfunktion zur Notwendigkeit von Verwertungsrechten, während die Strukturfunktion zusätzlich die Notwendigkeit von Schutzbeschränkungen zu rechtfertigen vermag. Im Einzelnen kann der demokratietheoretische Begründungsansatz den urheberrechtlichen Schutz insoweit überzeugend rechtfertigen, wie er Werke betrifft, die einen explizit politischen Gehalt aufweisen und insofern zum öffentlichen Diskurs einer demokratischen Zivilgesellschaft unmittelbar beitragen. Zumindest für diese Werke liefert das demokratietheoretische Erklärungsmodell eine zusätzliche und intuitiv einleuchtende Rechtfertigung<sup>1082</sup>. Für Werke, die nicht allgemein verständlich sind und nur um ihrer selbst willen erschaffen worden sind, wird der demokratiebasierte Ansatz hingegen eher überstrapaziert<sup>1083</sup>. Namentlich aus der Strukturfunktion lässt sich zudem – wie oben bereits gesehen – Honig ziehen für die Rechtfertigung eines bipolaren Normzweckkonzepts, das Urheber- und Nutzerschutz auf eine Stufe stellt. Fruchtbar machen lässt sich

1080 Ähnlich kritisch *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 282, 286, 290 ff., 295.

1081 *Yoo*, 53 Vand. L. Rev. 1933, 1959 (2000). Siehe in diesem Zusammenhang auch *Netanels*, 106 Yale L. J. 283, 291 f. (1996), eigenen methodologischen Anspruch: »Like any jurisprudential framework, the democratic paradigm raises certain issues and points in certain directions; it does not lead mechanically to particular doctrinal results. My focus (...), therefore, will be to highlight a few possible, logically consistent applications of the paradigm, not to insist that a democratic copyright must necessarily resemble my description in every detail.«

1082 Dass eine besondere Stärke der demokratietheoretischen Lesart darin besteht, »dass sie es versteht die Intuition einzuholen, geistige Werke besäßen als Kommunikation besonderer Art ebenfalls eine besondere gesellschaftliche Bedeutung«, betont besonders *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 290, 295. Generell gründe die Überlegenheit des demokratietheoretischen Ansatzes gegenüber einer rein ökonomischen Sichtweise darauf, dass seine »moralische Prämisse, nämlich das Postulat eines demokratischen Herrschaftssystems, höchst überzeugend« sei. Diese schwer in Frage zustellende, normative Ausgangsprämisse verleihe (S. 295) »der plausiblen Intuition Ausdruck, dass geistige Werke nicht ein Gut unter vielen sind, sondern als Kommunikation eine besondere Bedeutung besitzen.«

1083 Siehe dazu auch schon die vertieften Ausführungen oben unter a).

der demokratietheoretische Begründungsansatz außerdem zwanglos für die Rechtfertigung von Schrankenregelungen, die im Interesse der Allgemeinheit an umfassender und rascher Berichterstattung die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Rundfunkkommentaren und Zeitungsartikeln erlauben, sofern letztere politische Tagesfragen betreffen<sup>1084</sup>. Das Gleiche gilt für Schrankenregelungen, die die Vervielfältigung und Verbreitung von Reden über Tagesfragen erlauben – sofern diese bei öffentlichen Versammlungen oder im Rundfunk gehalten worden sind (so im deutschen Recht § 48 Abs. 1 UrhG) –, oder für Schranken (wie § 50 UrhG), die dem Informationsinteresse der Allgemeinheit und damit der Ermöglichung eines öffentlichen Diskurses dadurch Rechnung tragen, dass sie die Berichterstattung über Tagesereignisse insofern erleichtern, als sie die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Werken, die im Verlauf dieser Ereignisse wahrnehmbar werden, in einem durch den Zweck gebotenen Umfang für zulässig erklären. Diese Liste diskurs- bzw. bildungsfördernder Schranken ließe sich fortsetzen. Nahezu sämtliche Schrankenregelungen<sup>1085</sup>, aber auch die begrenzte Schutzdauer, die dogmatische Unterscheidung von schutzunfähiger Idee und schutzfähiger Formgebung lassen sich auf diese Weise demokratietheoretisch rechtfertigen.

Nicht demokratietheoretisch gerechtfertigt werden können aber Urheberpersönlichkeitsrechte. Argumentativer Anknüpfungspunkt für sie könnten allenfalls das für die Produktionsfunktion vorausgesetzte Anreizparadigma oder die Symbolfunktion sein<sup>1086</sup>. Die Symbolfunktion aber ist vorstehend aus guten Gründen verworfen worden, und das Anreizparadigma dürfte endgültig überfordert werden, wenn mit ihm behauptet werden soll, dass Werke nur aufgrund der Aussicht

1084 Siehe insoweit im deutschen Recht etwa § 49 Abs. 1 UrhG, dazu Dreier-Schulze-Dreier, UrhG, § 49, Rn. 1.

1085 Im deutschen Recht namentlich § 46 (Sammlungen für Kirchen, Schul- oder Unterrichtgebrauch), § 47 (Schulfunksendungen), § 48 (Öffentliche Reden), § 49 (Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare), § 50 (Berichterstattung über Tagesereignisse), § 51 (Zitate), § 52 (Öffentliche Wiedergabe), § 52a (Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung), § 53 (Vervielfältigungen, v.a. wenn sie dem eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, dem Schulunterricht oder zur eigenen Unterrichtung über Tagesfragen dienen) UrhG.

1086 Eine Anknüpfung an den Liberalismus scheidet aus, da die inhaltliche Verbindung von Demokratie und Liberalismus keine notwendige ist, s. *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 273, Fn. 782, und weil mit ihr im Rahmen eines kollektivistischen Ansatzes inkonsistenterweise individualistische Argumentationsmuster bemüht würden. Wie sich im Verlauf dieser Arbeit noch zeigen wird, ist im Rahmen einer kollektivistischen Rechtfertigung der Rückgriff auf den Liberalismus allenfalls in Gestalt des *Ordo*-Liberalismus zulässig, da dieser der Freiheitsausübung des einzelnen Individuums ausgehend vom sog. Freiheitsparadoxon *Platons* in Gestalt einer Rahmenordnung (dem *Ordo*) Grenzen setzt und dadurch das individuelle Freiheitsstreben gesellschaftlich einbettet. Aus Sicht des Ordoliberalismus ist die Aufgabe des Urheberrechts dann nicht mehr allein die Freiheitssicherung des Einzelnen, sondern auch im Allgemeininteresse die Gewährleistung einer freiheitermöglichenden Rahmenordnung, dazu noch näher nachfolgend.

auf ideellen Interessenschutz geschaffen würden. Dass monetäre Anreize in bestimmten Bereichen die Werkproduktion stimulieren, kann mit gewissen Einschränkungen noch bejaht werden. Aber dass ein Kreativer ein Geisteswerk nur deshalb schafft, weil er weiß, dass er dafür später unter Umständen einen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Entstellungsschutz in Anspruch nehmen kann, erscheint doch etwas weit hergeholt. Zuzugestehen ist freilich, dass sich auch diese Frage letztlich nur aufgrund (bislang fehlender) empirischer Studien mit einiger Sicherheit beantworten ließe. Aus dieser empirischen Not befreit uns *Stallberg*, indem er eine interessante Argumentation dafür liefert, warum sogar der bewusste Verzicht auf Urheberpersönlichkeitsrechte demokratietheoretisch plausibel sein kann. Er geht dabei von der Annahme aus, dass es das Ziel einer Demokratie sei, »jene kommunikativen Gehalte politisch wirksam werden zu lassen, die als *richtig* gelten«<sup>1087</sup>. Dies werde nur dann »gewährleistet, wenn die Überzeugungskraft einer Meinung allein von ihrem Inhalt und nicht auch von ihrem Kommunikator ausgeht.«<sup>1088</sup>. *Stallberg* behauptet daher, dass es für den Prozess der Meinungsbildung in gewisser Weise vorteilhaft sei, wenn eine Namenszurechnung unterbleibe, weil die Meinungsbildung dann nicht nur ebenso gut, sondern sogar besser funktioniere<sup>1089</sup>. Aus dieser Erkenntnis leitet er sodann die – wie er es nennt – »moralische Unmöglichkeit« des Namensnennungsrechts ab<sup>1090</sup>. Ein weiteres Argument, warum Urheberpersönlichkeitsrechte einen eher störenden Fremdkörper in einer demokratietheoretischen Urheberrechtskonzeption darstellen, ergibt sich auch daraus, dass insbesondere persönlichkeitsrechtlich basierte Bearbeitungsrechte ein Hindernis darstellen können für die kreativschöpferische Partizipation potentieller Werknutzer. Damit können sie aus demokratietheoretischer Sicht eine Gefahr werden für die erstrebenswerte Autonomie,

1087 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 287, 294 (Hervorhebung im Original). Insoweit lässt sich freilich kritisieren, dass diese Annahme nicht zwingend ist. Mit der Forderung nach Demokratie wird ja zunächst einmal nur eine Aussage darüber getroffen, auf welche Art und Weise die eine Gesellschaft betreffenden Entscheidungen (wie etwa gesetzgeberische Akte) zustande kommen sollen. Dahingehende inhaltliche Vorgaben, dass nur bestimmte, also »richtige« kommunikative Inhalte politisch wirksam werden sollen, ergeben sich aus dem insoweit wertungsneutralen Demokratieprinzip an sich nicht.

1088 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 294 f.

1089 Mit dieser Argumentation wandelt *Stallberg* gedanklich interessanterweise auf den Spuren *Foucaults*, denn *Foucault* wertet ein Werk nicht mehr als individuelle Entäußerung, sondern reduziert es auf seine objektive Funktion als kultureller Diskursbeitrag, bei dem die Zuweisung an einen Urheber als individuelles Subjekt allenfalls noch einen den Diskurs ordnenden Bedeutungsgehalt hat, s. *Foucault*, Was ist ein Autor?, in: *Schriften zur Literatur*, Hg. v. *Defert/Ewald*, S. 244; Dazu *Kammler*, Diskursanalyse, in: *Neue Literaturtheorien*, Hg. v. *Bogdal*, S. 32 ff., insb. 46; Krit. *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 85, der anknüpfend an die markenrechtliche Unterscheidungs- bzw. Herkunftsfunktion davon spricht, dass der Autor bei dieser werk- bzw. objektbezogenen Betrachtungsweise *Foucaults* »zur werkidentifizierenden Marke« werde.

1090 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 287.

Vielfalt und Lebendigkeit des öffentlichen Diskurses<sup>1091</sup>. Aus diesem Grund hat *Netanel* sich auch im Zusammenhang mit der von ihm verfolgten Strukturfunktion für eine Beschränkung der Bearbeitungsrechte ausgesprochen<sup>1092</sup>.

Nach alledem scheint für die Rechtfertigung der Urheberpersönlichkeitsrechte der Rückgriff auf individualistische Rechtfertigungsmuster unvermeidbar, vorausgesetzt man geht – wie hier – von deren notwendiger Berücksichtigung im Rahmen des Urheberrechts aus. Auf die aus dieser Erkenntnis sich ergebenden Konsequenzen wird nachfolgend im Rahmen des Plädoyers für ein integratives Rechtfertigungsmodell noch einzugehen sein (s. Kap. 4 D.).

### 3. Zusammenfassung

Es bleibt festzuhalten, dass das demokratietheoretische Erklärungsmodell *Netanels* trotz nicht unerheblicher Schwächen im Einzelnen dennoch eine überzeugende Rechtfertigung für bestimmte Bereiche des Urheberrechts liefert. Indem es die Aufgabe des Urheberrechts darin erkennt, die Quantität und vor allem die Qualität solcher werkvermittelter Kommunikationsströme zu fördern, die zum öffentlichen Diskurs und damit zum Gelingen einer demokratischen Zivilgesellschaft beitragen, bereichert das demokratietheoretische Paradigma die Diskussion um die Frage nach dem Warum des Urheberrechts um eine unverbrauchte und intuitiv einleuchtende Sichtweise<sup>1093</sup>. Es ist dabei weniger die Produktionsfunktion, die in ihrem Rückgriff auf das Anreizparadigma die Schwächen herkömmlicher ökonomietheoretischer Argumentationsmuster teilt, noch die vorstehend als letztlich zu weit hergeholt und spekulativ verworfene Symbolfunktion, als vielmehr die von *Netanel* propagierte Strukturfunktion des Urheberrechts, die grundsätzlich zu überzeugen vermag. Mit ihr wird einerseits die Vorteilhaftigkeit der relativ staatsfreien Anreizstruktur betont, die durch das marktbasiertere Urheberrechtsmodell ermöglicht wird und die den Bereich des kreativen Werkschaf-

1091 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 362 f., 378 (1996): «From the democratic perspective, a broad derivative right poses an unacceptable burden on expressive diversity. Given copyright owners' propensity to private censorship and systematic ability to demand supracompetitive license fees, copyright owners' expansive control over transformative uses unduly stifles the creative reformulation of existing expression, serving in the process to bolster cultural and market-based hierarchy.»

1092 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 362 f. u. 376 ff. (1996), dazu bereits oben. *Netanel* plädiert in diesem Kontext für die teilweise Umstellung auf Zwangslizenzen.

1093 Ähnlich *Yoo*, 53 Vand. L. Rev. 1933, 1962 (2000): «Netanel has advanced an innovative project that brings a fresh approach to the analysis of copyright law. By emphasizing democratic theory, his work adds a new perspective to the largely economic-oriented debate that has dominated copyright law in recent years. Just as importantly, Netanel's work offers an analytical framework that easily and forthrightly confronts the sensitive tradeoffs inherent in such complex policy decisions. At its utmost, it even has the potential of providing a common ground on which the various strands of copyright scholarship can come together.»

fens weitgehend vor staatlicher Einflussnahme bewahrt und so die notwendige (wenngleich nicht hinreichende) Bedingung für Pluralismus und Vielfalt schafft. Andererseits unterstreicht die Strukturfunktion aber auch auf einleuchtende Weise die Notwendigkeit von Beschränkungen des urheberrechtlichen Schutzes. Denn nur wenn – vereinfacht gesagt – denjenigen genügend Freiraum bleibt, die bestehende Werke nutzen wollen, um sie zu bearbeiten oder um damit zu informieren, zu unterrichten oder zu lehren, können Autonomie, Vielfalt und Pluralismus einer demokratischen Zivilgesellschaft gedeihen. Das Bemerkenswerte daran ist, dass sich bei einer demokratiebasierten Herangehensweise somit die schutzbegründende wie die schutzbegrenzende Funktion des Urheberrechts aus demselben Rechtfertigungsgedanken speisen: Förderung der Quantität und vor allem der Qualität des öffentlichen Diskurses zur Konsolidierung und Verstärkung der demokratischen Zivilgesellschaft. Auf diese Weise lässt sich daher prinzipiell auch ein sowohl urheber- als auch nutzerschützendes Normzweckmodell ohne Weiteres demokratietheoretisch rechtfertigen.

Deutliche Schwächen des demokratietheoretischen Erklärungsansatzes liegen zum einen in den teils problematischen Mutmaßungen *Netanels* zum empirisch ungeklärten Zusammenspiel von Urheberrecht, Geisteswerken und demokratischer Zivilgesellschaft<sup>1094</sup>. Zum anderen leidet dieser Ansatz darunter, dass sein Rechtfertigungspotential in zweierlei Hinsicht beschränkt ist. So lassen sich erstens – wie oben gesehen – Urheberpersönlichkeitsrechte demokratietheoretisch nicht rechtfertigen, und zweitens soll auch hinsichtlich der Verwertungsrechte bzw. der Beschränkungen mit dem demokratietheoretischen Ansatz mehr gerechtfertigt werden, als sich mit ihm eigentlich rechtfertigen lässt. Denn an sich kann das »democratic paradigm« sein Rechtfertigungspotential nur in den Fällen voll entfalten, in denen es um Werke geht, die einen explizit politischen Gehalt aufweisen und deshalb zum öffentlichen Diskurs einer demokratischen Zivilgesellschaft unmittelbar beitragen. Überstrapaziert werden dürfte der demokratietheoretische Rechtfertigungsansatz daher dann, wenn er undifferenziert auch für solche Geisteswerke gelten soll, die nur einen verschwindend geringen oder nur indirekten politischen Aussagegehalt aufweisen oder die nicht allgemein verständlich sind. Es soll damit nicht behauptet werden, Werke der Populärkultur oder der abstrakten Kunst besäßen keinerlei Bedeutung für eine demokratische Zivilgesellschaft. Aber es lässt sich auf der anderen Seite nicht leugnen, dass nicht alle Geisteswerke gleichermaßen wichtig für eine demokratische Zivilgesellschaft sind. Entsprechend kann das »democratic paradigm« allerdings auch nur den Schutz (bzw. dessen Beschränkung) für bestimmte Werke mit einem mehr oder minder ausgeprägtem politischen Aussagegehalt überzeugend rechtfertigen und insofern nicht mehr (aber auch nicht weniger) als ein zusätzliches Argument für einen thematisch letztlich breiter anzulegenden urheberrechtstheoretischen Rechtfertigungsansatz liefern. In diesen, nachfolgend zu entwickelnden Ansatz sind dann auch solche Aspekte miteinzubeziehen, die über die unbestreitbar

1094 Diesen Aspekt stellt *Stallberg*, *Urheberrecht und moralische Rechtfertigung*, S. 290 ff., 295 f., ins Zentrum seiner Kritik.

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

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

Das Urheberrecht steht vor der schwierigen Aufgabe, auch im digitalen Zeitalter ein Instrument zu bleiben, das eine gewisse Kontrolle über kreative Inhalte gewährt und zugleich kreatives Schaffen ermöglicht. Bewältigt werden kann diese Herausforderung nur dann, wenn Klarheit über die Ziele und Zwecke urheberrechtlicher Regulierung besteht. Kollektivistisch-konsequentialistische Erklärungsmodelle haben insoweit den Vorzug, dass sie eine explizite normative Werttheorie anbieten, aus der sich ergibt, welche Werte, Zwecke und Ziele mittels des Urheberrechts idealerweise realisiert werden sollten. Sie rechtfertigen das Urheberrecht damit, dass dieses die Erreichung oder Wahrung einer bestimmten Gesellschaftskonzeption fördert<sup>1095</sup>. Einen absoluten normativen Geltungsanspruch können sie damit zwar freilich nicht erheben, aber sie können einen gewinnbringenden Ausgangspunkt, eine Diskussionsgrundlage bieten. Denkbare Ziele einer kollektivistisch-konsequentialistischen Rechtfertigung des Urheberrechts sind, wie gesehen, beispielsweise die Maximierung ökonomischer Effizienz oder die Optimierung kultur- oder demokratietheoretischer Zielvorstellungen.

##### *1. Notwendigkeit freiheitssichernder Spielregeln im Geiste des Ordoliberalismus*

Wie die Untersuchung gezeigt hat, kann eine allein effizienzorientierte Sichtweise nicht überzeugen. Sie führt zu einer Vernachlässigung metaökonomischer Ziel- und Wertvorstellungen. Normative Bedeutung kann eine ökonomietheoretische Rechtfertigung des Urheberrechts daher nur dann erlangen, wenn sie nicht mit einem absoluten Geltungsanspruch verknüpft und stattdessen in metaökonomische Erwägungen eingebunden ist. Im Geiste des Ordoliberalismus sollte das maßgebliche Gestaltungskriterium für eine gleichermaßen effiziente wie gerechte urheberrechtliche Rahmenordnung insofern letztlich die Zweckdienlichkeit der Marktwirtschaft für außerökonomische Kriterien sein<sup>1096</sup>. Deshalb kann die Aufgabe nur lauten, ein prinzipiell effizienzorientiertes Urheberrecht in den Dienst von metaökonomischen, wertenden Zielvorstellungen zu stellen (ökonomische Effizienz im Dienste metaökonomischer Werte und Ziele). Die Notwendigkeit einer solchen Rahmenordnung (ordoliberalistisch gesprochen: dem Ordo) wird be-

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

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