1. Kapitel: Problemanalyse

Die Problemanalyse enthält ein analytisches und ein normatives Element.[3] Ein *vorhandener* Zustand wird mit einem *angestrebten* Zustand verglichen und diesem gegenüber als negativ bewertet.[4] Das Recht ist das Mittel des Gesetzgebers, diesen angestrebten Zustand zu erreichen. Bewirkt das Recht, was es bezweckt, und bezweckt es, was es bewirkt,[5] wird die Aufgabe gelöst. Fallen der angestrebte und der vorhandene Zustand auseinander, wird die Aufgabe nicht gelöst. Eine ungelöste Aufgabe bedeutet ein Problem.[6]

Zunächst wird der *abstrakt* angestrebte Zustand bestimmt (unten A.). Sodann werden *konkret* vorhandene Zustände analysiert und am Maßstab *konkret* angestrebter Zustände als negativ bewertet (unten B.).

A. Zweck des Urheberrechts

Der *abstrakt* angestrebte Zustand ist der Zustand, den das Urheberrecht abstrakt bezweckt. Die Frage nach dem abstrakten Zweck des Urheberrechts ist die Frage nach dessen Grund.[7] Da eine Gesamtdarstellung aller in der Literatur vertretenen Begründungsansätze den Rahmen der Problemanalyse sprengen würde, werden nur die wesentlichen erörtert. Die Rechtfertigungsansätze des Urheberrechts können in individualistische und utilitaristische unterschieden werden.[8] Als *individualistisch* werden

3 *Noll*, S. 81.
4 *Noll*, S. 82.
5 *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 126.
6 Duden, Bd. 7, S. 3014.
7 *Kur*, in: *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 24; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 9; allgemein auch *Fikentscher*, S. 364.
8 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479 ff.; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 8; ähnlich *Stieper*, S. 13 f. (personalistisch/utilitaristisch); *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 22 ff. („personnaliste"/„utilitariste"); *ders.*, IIC 2006, 371, 378 („natural law"/„utilitarian"); *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 143 (deontologisch/utilitaristisch); *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 48; *ders.*, UFITA 2007/I, 109, 109; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 85; *Bischoffshausen*, S. 126; *Schack*, in:

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Begründungsansätze bezeichnet, die den Urheber in den Mittelpunkt stellen und seinen individuellen Interessen den Vorrang vor den Interessen der Gesellschaft einräumen.[9] *Utilitaristische* Rechtfertigungsansätze sind solche, die am allgemeinen Nutzen der Gesellschaft ausgerichtet sind und die individuellen Interessen des Urhebers zurücktreten lassen.[10]

Zunächst werden die individualistischen Rechtfertigungsansätze dargelegt, die das deutsche und französische Droit d'auteur-Denken maßgeblich geprägt haben[11] (unten I.). Es folgen die dem anglo-amerikanischen Copyright-System zugrunde liegenden[12] utilitaristischen Begründungsansätze

---

Depenheuer/Peifer, Geistiges Eigentum, S. 124 (jeweils individualistisch/kollektivistisch).

9 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 48; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 85; *Bischoffshausen*, S. 127 f.; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 8; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 124; siehe auch *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 142.

10 *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 124; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 9. Der Begriff „utilitaristisch" wird hier also weiter verstanden als im Sinne des von Jeremy Bentham begründeten klassischen Utilitarismus, der auf „das größte Glück der größten Zahl" ausgerichtet ist, *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 85; *Bischoffshausen*, S. 125.

11 *Hilty*, GRUR Int. 2003, 201, 203; *Ohly*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 289; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 5; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 10; *Schricker*, in: *Schricker*, Einl., Rdnr. 11; *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 109; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 83; *Bischoffshausen*, S. 124; *Stieper*, S. 13; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 32; *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 45; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 19; *Benhamou/Farchy*, S. 10. Siehe etwa § 11 S. 1 UrhG („Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes") und Art. L. 111-1 Abs. 1 CPI („L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous").

12 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 33; *ders.*, GRUR Int. 2003, 201, 203; *Ohly*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 288; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 5; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 9; *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 109; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 83; *Bischoffshausen*, S. 124; *Stieper*, S. 13 f.; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 19; *Benhamou/Farchy*, S. 9. Siehe etwa Art. I, Section 8, Clause 8 U.S. Constitution („To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors […] the exclusive Right to their respective Writings […] "). Zu den Unterschieden von Droit d'auteur und Copyright *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 33 f.; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 19; ausführlich *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Deuxième Partie.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(unten II.). Als Zwischenergebnis wird ein abstrakt angestrebter Zustand („normative Effizienz“) bestimmt (unten III.).

I. Individualistische Begründungsansätze

Das deutsche und französische Urheberrecht beruht im Wesentlichen auf vier Begründungsansätzen, die individualistisch geprägt sind: der Theorie vom geistigen Eigentum (unten 1.), der Theorie vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht (unten 2.), der dualistischen und der monistischen Theorie (unten 3.).[13] Nach der ersten Theorie ist das Urheberrecht in erster Linie ein Verwertungsrecht *(droit patrimonial)*, nach der zweiten primär ein Persönlichkeitsrecht *(droit moral)*, nach der dritten ein Verwertungs- und Persönlichkeitsrecht und nach der vierten ein einheitliches Recht mit verwertungs- und persönlichkeitsrechtlichen Befugnissen.[14]

1. Theorie vom geistigen Eigentum

Die Theorie vom geistigen Eigentum geht in Frankreich vor allem auf Louis d’Héricourt zurück, der bereits 1725 – also vor Wallburton und Blackstone[15] – dem Urheber ein *propriété* an seinem Werk zugestehen wollte.[16] Ende des 18. Jahrhunderts wurde sie von Isaac René Guy Le Chapelier und Joseph Lakanal aufgegriffen und in den ersten beiden französischen Urheberrechtsgesetzen von 1793 und 1795 verankert.[17] Im 19.

---

13 *Bischoffshausen*, S. 127; *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 23 ff.; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 33 ff.; *Ulmer*, UrhR[3], §§ 16 u. 17; ähnlich *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 598 (ohne monistische Theorie).

14 Vgl. *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 28, 30 u. 31; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 44 ff.; *Ulmer*, UrhR[3], S. 107, 110, 112 u. 113.

15 Von Albert Osterrieth stammt die von *Ulmer*, UrhR[3], S. 55, übernommene These, William Wallburton und William Blackstone hätten als erste die Locke’sche Arbeitstheorie für das „geistige Eigentum“ fruchtbar gemacht. Dabei entwickelten Wallburton und Blackstone ihre Theorie vom geistigen Eigentum erst 1747 bzw. 1762 und nahmen auch nicht ausdrücklich auf Locke Bezug, *Oberndörfer*, S. 63 ff. u. 113.

16 Vgl. *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 10; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 25; *Strowel*, Droit d’auteur et copyright, Rdnr. 62.

17 Vgl. *Caron*, Droit d’auteur et droits voisins, Rdnr. 29.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Jahrhundert von Eugène Pouillet weiterentwickelt,[18] liegt sie noch heute dem französischen Urheberrecht zugrunde,[19] das im Code de la propriété intellectuelle unter dem Titel „La propriété littéraire et artistique" geregelt ist. In Deutschland wurde sie insbesondere von Johann Stephan Pütter, Johann Gottlieb Fichte sowie Georg Wilhelm Friedrich Hegel vertreten und im ersten preußischen Urheberrechtsgesetz von 1837 verankert.[20] Da die Theorie vom geistigen Eigentum materielles und immaterielles Eigentum dem Grundsatz nach gleichbehandelt,[21] sind ihr Schutzbeschränkungen

18 *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 12 u. 30; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 30; *Gautier*, Propriété littéraire et artistique, Rdnr. 16; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 25, Fn. 204; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 73.

19 *Ulmer*, UrhR[3], S. 59; *Stieper*, S. 15; *Gautier*, Propriété littéraire et artistique, Rdnr. 16; *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 56; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 59; siehe auch *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 40-1 („Un large courant de la doctrine, héritier en cela de la philosophie des Lumières et des proclamations des législateurs de 1791 er 1793 précédemment évoquées, voit dans le droit d'auteur, un droit naturel: non pas un droit que la puissance publique concède à son titulaire mais un droit qui résulte […] de l'acte de création"); *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 9 („Que le droit d'auteur relève du droit naturel, cela relève de l'évidence"); *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 30 („il est raisonnable d'envisager effectivement de droit d'auteur comme un droit de propriété. Mais – nous en convenons volontiers – comme un droit de propriété spécifique").

20 *Ulmer*, UrhR[3], S. 57 f.; *Hubmann*, ZUM 1988, 4, 6; *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 26 f.; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 38 ff.; *Luf*, S. 16; *Bischoffshausen*, S. 132; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 127 u. 129, Fn. 31.

21 Siehe etwa *Pütter*, § 20 („Diese sind gleich ursprünglich unstreitig ein wahres Eigenthum ihres Verfassers […]. Nur dem Verfasser einer jeden Schrift oder nach seinem Tode seinen Erben, oder wem das Eigenthum von selbigen rechtmäßig übertragen ist, kommt es zu, nach freier Willkür zu bestimmen, ob und wie eine solche Schrift zum Druck befördert werden solle"); siehe auch *Bischoffshausen*, S. 134; *N. Beier*, S. 59; *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 599.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wie die Zwangslizenz wesensfremd.[22] Allenfalls werden Schutzfristen vertreten,[23] die aber mindestens die Lebensdauer des Urhebers erreichen.[24]

Die Theorie vom geistigen Eigentum wird in Anlehnung an John Lockes Arbeitstheorie[25] arbeits- bzw. handlungsbasiert begründet,[26] nämlich mit einem derivativ-individualistischen (unten a)) und einem originär-individualistischen Argument (unten b)).[27] Ergänzt wird die individualistische Begründung durch ein utilitaristisches Argument (unten c)).

---

22 Siehe auch *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 34 („Ces décisions sont prises par le *législateur*, il s'agit de décisions *politiques*, se fondant donc sur des considérations d'ordre ‚utilitariste'", Hervorh. d. Verf.).

23 So etwa *Hegel*, Anm. zu § 64; dazu eingehend *Bauer*, Hegel-Studien 41 (2006), 51, 63 f.; *Stengel*, ARSP 90 (2004), 38, 44; und *Le Chapelier*, Rapport II, S. 118 (5 Jahre p.m.a.); anders dagegen ausdrücklich *Fichte*, UFITA 106 (1987), 155, 158 („[S]o muß freilich jeder Schriftsteller seinen Gedanken eine gewisse Form geben, und kann ihnen keine andere geben als die seinige, weil er keine andere hat; aber er kann durch die Bekanntmachung seiner Gedanken gar nicht Willens sein, auch diese *Form* gemein zu machen: denn Niemand kann seine Gedanken sich zueignen, ohne dadurch daß er ihre Form verändere. Die letztere also bleibt auf immer sein *ausschliessendes Eigentum*", Hervorh. i. Orig.); siehe auch *Bischoffshausen*, S. 134 f.; *N. Beier*, S. 58 f.; *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 599;.

24 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 77 („Eine postmortale Schutzdauer ist zwar nicht moralisch notwendig, aber moralisch möglich. Anders verhält es sich allerdings bei einer *kürzeren Schutzdauer*, die die Lebenszeit des Urhebers unterschreitet. Da diese letztlich darauf hinausliefe, das Recht an der eigenen Person […] bereits während der Existenz dieser Person zu beschränken, untergräbt dies das derivativ-formale Argument", Hervorh. i. Orig.). Ebenso wäre eine kürzere Schutzdauer mit dem originär-individualistischen Argument unvereinbar, weil damit die Belohnung des Urhebers entwertet würde, *Bischoffshausen*, S. 134.

25 Ausführlich zur Locke'schen Arbeitstheorie *Oberndörfer*, S. 20-62, der überzeugend darlegt, dass Locke seine Theorie auf immaterielle Gegenstände gerade nicht anwenden wollte; zust. auch *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 89, Fn. 357; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480, Fn. 8; *Stieper*, S. 14.

26 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 23; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 9; *Ulmer*, UrhR[3], S. 106; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 20; *Ohly*, JZ 2003, 545, 548; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 24; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 146.

27 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 114 f. („derivativ-formales" und „originär-materiales" Argument einer handlungsbasierten Rechtfertigung).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Derivativ-individualistisches Argument

Das derivativ-individualistische Argument wird von d'Héricourt[28], Le Chapelier[29], Pouillet[30], Pütter[31], Fichte[32] und – leicht abgewandelt – auch

28 „[U]n manuscrit […] est en la personne de l'auteur un bien qui est lui tellement propre, […] parce que, comme nous l'avons fait observer, c'est le *fruit du travail* qui lui est personnel, […] un auteur est constamment propriétaire et par conséquent seul maître de son ouvrage", zitiert nach *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 114 [Hervorh. d. Verf.]; zur arbeitstheoretischen Argumentation *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 146; siehe auch *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 24.

29 „La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage, *fruit de la pensée* d'un écrivain", *Le Chapelier*, Rapport I, S. 16 [Hervorh. d. Verf.]; zur arbeitstheoretischen Argumentation *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 146; siehe auch *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 24.

30 „Mais si nous dégageons de cette première impression, si nous recherchons la propriété dans ses origines, nous découvrons bientôt que le droit de l'auteur *procède de la même source, le travail*", *Pouillet*, S. 28 [Hervorh. d. Verf.]; zur arbeitstheoretischen Argumentation *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 146; siehe auch *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 24.

31 „Diese sind gleich ursprünglich unstreitig ein wahres Eigenthum ihres Verfassers, so wie ein jeder das, was seiner Geschicklichkeit und *seinem Fleiße sein Daseyn* zu danken hat, als *sein Eigenthum* ansehen kann; es sei nun, dass es in einem eigenen, ganz von neuem *ausgearbeiteten* Werke bestehe, oder […] in] anderen *Früchten besonderen Fleißes*", *Pütter*, § 20 [Hervorh. u. Anm. d. Verf.]; zur arbeitstheoretischen Argumentation *Oberndörfer*, S. 105; *Gergen*, UFITA 2009/III, 715, 726.

32 Bei *Fichte*, UFITA 106 (1987), 155, 163, ist das Urheberrecht ein „natürliches, angeborenes, unzuveräußerndes Eigenthumsrecht", das auf dem Verarbeiten fremder Gedanken beruht (a.a.O., S. 158): „Jeder hat seinen *eignen Ideengang*, seine besondere Art sich Begriffe zu machen, und sie unter einander zu verbinden […]. Alles was wir uns denken Sollen, müssen wir uns nach der Analogie unsrer übrigen Denkart denken; und bloß durch dieses *Verarbeiten fremder Gedanken*, nach der Analogie *unsrer Denkart*, werden sie die unsrigen" [Hervorh. d. Verf.]; zur arbeitstheoretischen Argumentation *Oberndörfer*, S. 104.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von Hegel[33] vertreten. Es lautet wie folgt:[34] Der Mensch habe von Natur aus „Eigentum" an sich selbst. Deshalb habe er ein natürliches Recht an seiner Arbeitskraft. Nun müssten alle Gegenstände, mit denen er seine Arbeit vermische, als „Früchte" seiner Arbeit ebenfalls von einem ihm zustehenden Naturrecht geschützt sein. Das Argument ist nicht überzeugend. Widerlegbar sind sowohl die Prämisse als auch die Deduktion. Das Naturrecht ist eine Leerformel, die vom jeweiligen Gesetzgeber mit verschiedenen materiellen Inhalten gefüllt werden kann.[35] Das Sollen lässt sich nicht erkennen, sondern wir müssen uns dafür entscheiden.[36] Zudem entziehen naturrechtliche A-priori-Begründungen die Rechtfertigung eines Gesetzes dem demokratischen Diskurs[37] und schließen unzulässig von einem Sein (Naturzustand) auf ein Sollen (Naturrecht).[38] Auch die Deduktion begegnet Bedenken. So ist der Schluss aus „meine" Arbeitskraft („mein" als

---

33 „Kenntnisse, Wissenschaften, Talente usf. sind freilich dem freien Geiste *eigen* und ein Innerliches desselben, nicht ein Äußerliches, aber ebensosehr kann er ihnen durch die *Äußerung* ein äußerliches Dasein geben und sie veräußern"; denn diese „*Äußerung* [… hat] immer leicht irgendeine *eigentümliche Form*, so daß sie [die Urheber] das daraus erwachsende Vermögen als ihr *Eigentum* betrachten und für sich das Recht solcher Produktionen daraus behaupten können", *Hegel*, Anm. zu §§ 43 u. 69 [Hervorh. u. Anm. d. Verf.]. Zur Hegel'schen Begründung geistigen Eigentums durch Äußerung des Innerlichen *Bauer*, Hegel-Studien 41 (2006), 51, 59; *Stengel*, ARSP 90 (2004), 38, 40 f.; *Jacob*, S. 39; zu den naturrechtlichen Wurzeln seiner Rechtsphilosophie *Brooks*, S. 167 ff.; zum arbeitstheoretischen Einfluss *Oberndörfer*, S. 104; siehe auch *Stengel*, ARSP 90 (2004), 38, 41 („labour plays a crucial role in Hegel's theory").

34 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 64 f.; *ders.*, UFITA 2007/I, 109, 117.

35 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 95; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 752; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 32; *Vivant*, RIDA 174 (1997), 61, 83; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 32; *ders.*, IIC 2006, 371, 3789; *Fechner*, S. 124; *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 602; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 107; *Bischoffshausen*, S. 138; allgemein *Seelmann*, § 8, Rdnr. 22; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 78; *ders.*, Das Wesen des Rechts, S. 90 f.

36 *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 107; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 96; *Bischoffshausen*, S. 137.

37 *Ohly*, JZ 2003, 545, 548; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 106; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 32.

38 *Ohly*, JZ 2003, 545, 548; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 96; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 42; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 106; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 34; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 48; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 78.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Identitätsbestimmung) auf „mein" Gegenstand („mein" als Besitzrelation) nicht zwingend.[39] Außerdem können in der Realität nur Gegenstände mit Gegenständen vermengt werden; Arbeit ist aber kein Gegenstand, sondern eine Handlung.[40] Schließlich bleibt unklar, weshalb der vorhandene Stoff, in den der Urheber „auf den Schultern von Giganten"[41] seine eigene Arbeit mischt, durch ein Urheberrecht geschützt, und nicht statt dessen seine auf das Werk verwandte Arbeit – wie grundsätzlich die Leistung unbestellter Arbeiten – verloren[42] oder zumindest sein Recht auf die darin enthaltene Arbeit begrenzt sein soll.[43]

b) Originär-individualistisches Argument

Das originär-individualistische Argument wird von Lakanal[44] und Le Chapelier[45] verwendet.[46] Ihm liegt folgender (vereinfachter) Gedankengang zugrunde:[47] Ein Mensch verdient unsere Anerkennung für eine verdienstvolle Handlung. Die Handlung ist verdienstvoll, wenn das Verdienst ein

39 *Oberndörfer*, S. 121.

40 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 82; *ders.*, UFITA 2007/I, 109, 127; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 99, Fn. 412; *Oberndörfer*, S. 123 f.; *Jacob*, S. 25.

41 So *Isaac Newton* in einem Brief an *Robert Hooke* („If I have seen further it is by standing on the shoulders of giants"), *Ohly*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, S. 100, Fn. 4.

42 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 99; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 146, *Oberndörfer*, S. 124; *Jacob*, S. 24.

43 *Oberndörfer*, S. 124; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 146; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 99; *Jacob*, S. 24.

44 „Par quelle fatalité faudrait-il que l'homme de génie, qui consacre ses veilles à l'instruction de ses concitoyens, n'eût à se promettre qu'une gloire stérile, et ne pût revendiquer *le tribut légitime d'un si noble travail*", zitiert nach *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 116 [Hervorh. d. Verf.].

45 „Cependant comme il est *extrêmement juste* que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelques fruits de leur travail", *Le Chapelier*, Rapport I, S. 16 [Hervorh. d. Verf.].

46 Ähnlich *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 146; siehe auch *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 24.

47 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 123.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eigenes[48] und ein autonomes[49] ist. Die schöpferische Arbeit ist ein eigenes und autonomes Verdienst. Somit ist schöpferische Arbeit eine verdienstvolle Handlung. Die so verdiente Anerkennung besteht in der Verleihung eines Urheberrechts. Auch dieses Argument kann nicht überzeugen. Soweit die Grundannahme – wie ausdrücklich bei Lakanal[50] – naturrechtlich begründet wird, gelten dieselben Einwände wie beim derivativ-individualistischen Argument. Auch die Deduktion ist nicht stichhaltig: Das eigene und autonome Verdienst kann nicht im gesellschaftlichen Wert eines Werkes begründet sein; der Wert ist ein rein soziales Phänomen, das von gesellschaftlichen Faktoren (zeitgenössischer Geschmack, Bedürfnisse, Präferenzen etc.) geprägt wird und diesen, nicht aber dem Urheber anhaftet;[51] zudem ist der Satz „wenn Wert, dann Recht" ein Zirkelschluss, da der Wert letztlich abhängig von der jeweiligen Rechtsordnung ist.[52] Mühe, Unbehaglichkeit und Qualität können zwar ein eigenes und autonomes Verdienst begründen, Mühe und Qualität allein sind aber nicht zwingend anerkennenswert[53] und ein auf Unbehaglichkeit beruhendes Verdienst führte zu dem widersinnigen Ergebnis, dass nur solche Werke anerkannt würden, die dem Urheber keine Freude bereiteten.[54] Zudem stellt sich die Frage, weshalb die Anerkennung in Form einer Rechtsverleihung erfolgen muss, wo doch auch Auszeichnungen, Preise, Danksagungen, Titelverleihungen etc. denkbar sind.[55] Schließlich führte das originär-individualisti-

48 Nur wenn das Verdienst dem Menschen selbst anhaftet, kann es seinen intrinsischen Wert widerspiegeln, *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 119; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 95.

49 Der Mensch kann seine natürlichen Fähigkeiten, Gaben und Talente nicht „verdienen", *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 119; *ders.,* Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 96, jeweils mit Verweis auf *Rawls*, A theory of justice, S. 86 ff., 273 ff.

50 „De toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, c'est sans contredit celle des produits du génie; et quelque chose doit étonner, c'est qu'il eut fallu *reconnaître* cette propriété, assurer son exercice par une *loi positive*", zitiert nach *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 116 [Hervorh. d. Verf.].

51 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 121 f.; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, 2006, S. 93.

52 *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 740 f.

53 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 130; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, 2006, S. 91.

54 *Oberndörfer*, S. 123; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 92.

55 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 99; *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 131; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 100 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sche Argument zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass ein gewöhnliches Werk als verdienstvoller als ein außergewöhnliches bewertet werden müsste.[56] Denn letzteres ist kein autonomes Verdienst, weil sich das Genie seine außergewöhnlichen Fähigkeiten, Gaben und Talente nicht „verdienen" kann.[57] Allenfalls erscheint ein Anspruch auf eine „gerechte" Belohnung intuitiv plausibel. Dazu bedarf es aber nicht zwingend eines Ausschließlichkeitsrechts.

c) Utilitaristisches Argument

Allgemein gilt die Theorie vom geistigen Eigentum als ein individualistischer Begründungsansatz des Urheberrechts.[58] Dabei gerät in Vergessenheit, dass so wichtige Vertreter wie d'Héricourt, Le Chapelier und Hegel das geistige Eigentum auch utilitaristisch begründeten.

Nach d'Héricourt wird das Ausschließlichkeitsrecht des Verlegers von der *propriété* des Urhebers abgeleitet.[59] Die *privilèges*, die dem Verleger die erworbene *propriété* sichern, seien auch ein Mittel, die Urheber zu neuen Schöpfungen anzureizen und den gesellschaftlichen Nutzen zu mehren:

> „[C]es sortes de privilèges ne sont pas seulement des marques de sa bonté et de la protection […], mais une justice qu'il [le roi] leur rend pour les *animer*

56 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 132 („Denn beides verhält sich asymmetrisch: Je gewöhnlicher das geistige Werk, je leichter also seine Zurückführung auf egalitäre Bedingungen, desto größer die moralische Autonomie seines Urhebers. Umgekehrt sind Werke, die ihre Existenz einem besonderen Talent des Urhebers verdanken und so den Bestand gleichgebender Fähigkeiten verblassen, in geringerem Maße jener moralischen Autonomie zu verdanken"); *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 107.

57 Vgl. *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 119; *ders.,* Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 96, jeweils mit Verweis auf *Rawls*, A theory of justice, S. 86 ff., 273 ff.

58 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 8; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 89; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 127 ff.; *Bischoffshausen*, S. 128 ff.; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 145; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 59.

59 *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 114 („D'Héricourt soutient que c'est la vente de son manuscrit par l'auteur au libraire qui rend ce dernier propriétaire de l'œuvre, non le privilège, qui n'est qu'une autorisation d'imprimer").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> *au travail pour* la gloire de son royaume, et *l'utilité de son peuple* […,] pour mettre ses grands hommes en état d'appliquer leurs talents au *profit de la société* […]; et pour cela il faut absolument qu'ils puissent en transmettre la propriété et la jouissance à qui il leur plaît […]. Il est aisé de sentir que les auteurs ne pouvant plus vendre leurs ouvrages, ni trouver dans leurs travaux les secours qui leur sont nécessaires, il se décourageront et ne travailleront plus, ce qui fera tomber les sciences et renaître des siècles ténébreux qui ont précédé la naissance de l'imprimerie."[60]

Als mit der französischen Revolution die *privilèges* des Ancien Régime abgeschafft werden und die Theaterautoren ein neues Ausschließlichkeitsrecht fordern, greift Le Chapelier, der Berichterstatter des ersten französischen Urheberrechtsgesetzes von 1791, auf die individualistisch-utilitaristische Argumentation von d'Héricourt zurück. Anders als es französische Lehrbücher nahelegen,[61] die ihn zumeist nur mit den berühmten Worten „La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et […] la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain" zitieren,[62] möchte Le Chapelier unter das „heiligste" Eigentum nur *unveröffentlichte* Werke fassen.[63] Bereits veröffentlichte Werke unterlägen dem Grundsatz der Gemeinfreiheit *(propriété publique)*:[64]

> „Il semble que, *par la nature des choses*, tout est fini pour l'auteur et pour l'éditeur quand le public s'est de cette manière saisi de sa production; cependant on a considéré qu'il était juste de faire jouir un auteur de son travail, et de lui conserver pendant sa vie, et à ses héritiers quelques années après sa mort, le droit de disposer de l'ouvrage; mais c'est une *exception* qui, dans notre ancien régime, était consacrée par des privilèges royaux; qui, en Angleterre, est l'objet d'un acte tutélaire; qui, dans notre nouvelle législation, sera

60 Zitiert nach *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 114 [Hervorh. u. Anm. d. Verf.].

61 *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 816; *Ginsburg*, RIDA 147 (1991), 124, 158; *dies.*, 64 Tul. L. Rev. 991, 1006; siehe auch *Davies*, S. 136.

62 *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 11; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 29; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 8; ebenso *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 113; anders *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 116, der aber den von Le Chapelier aufgestellten Grundsatz der Gemeinfreiheit nicht zitiert. Siehe auch *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 68; *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 816, Fn. 8.

63 *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 816, Fn. 8; *Ginsburg*, RIDA 147 (1991), 124, 158; *dies.*, 64 Tul. L. Rev. 991, 1007; *Kéréver*, RIDA 141 (1989), 3, 3; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 21; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 68; siehe auch *Davies*, S. 136 ff.

64 *Ginsburg*, RIDA 147 (1991), 124, 158; *dies.*, 64 Tul. L. Rev. 991, 1007; zum Begriff der Gemeinfreiheit im Allgemeinen und der *propriété publique* im Besonderen *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, S. 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

> l'objet d'une loi positive, et cela sera beaucoup plus sage. Sortez du *principe*, mettez l'exception à sa place, et vous n'avez plus de base pour votre législation, et vous méconnaissez qu'un ouvrage publié est *de sa nature* une propriété publique."[65]

Den Grundsatz der Gemeinfreiheit begründet Le Chapelier nicht nur naturrechtlich, sondern auch utilitaristisch:

> „Le perfectionnement de l'art tient à la concurrence, elle excite l'émulation, elle développe les talents, elle entretient des idées de gloire, elle réunit l'intérêt à l'amour-propre et tourne au profit du public ces deux sentiments qui, quand ils sont séparés, ne sont pas toujours assez vifs chez les hommes pour les exciter à de pénibles travaux. […] C'est à la concurrence, c'est à la liberté que nous devrons cette perfection du théâtre."[66]

Auch das Urheberrecht rechtfertigt er zusätzlich utilitaristisch.[67] Mit der (abgeleiteten) *propriété* erhielten die Theatercompagnien *(comédiens)* einen Wettbewerbsvorteil, der sie in die Lage versetze, die Autoren zu neuen literarischen Produktionen anzureizen:

> „Telles sont les raisons qui nous décident pour la pétition des auteurs dramatiques. L'intérêt des comédiens eût été d'y consentir et de se joindre aux auteurs pour solliciter notre décret […;] ils auront un *avantage décidé sur leurs concurrents*; ils seront à la place où ils doivent être, *encourageant les productions littéraires* par les charmes dont ils les parent."[68]

Insgesamt sind die ersten beiden französischen Urheberrechtsgesetze damit auch utilitaristisch geprägt.[69] Aber nicht nur in Frankreich wurde die Theorie des geistigen Eigentums individualistisch-utilitaristisch begrün-

---

65 *Le Chapelier*, Rapport II, S. 117 [Hervorh. d. Verf.].

66 *Le Chapelier*, Rapport II, S. 116.

67 *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 816, Fn. 8; vgl. auch *Hesse*, S. 116 f., wonach Le Chapelier die Autoren als „servants of the public good, […] as contributors to ‚public property' and guardians of the public claim to the nation's cultural commons" darstellte.

68 *Le Chapelier*, Rapport II, S. 118 [Hervorh. d. Verf.].

69 *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 27; *ders.*, GRUR Int. 2004, 815, 816; *Ginsburg*, RIDA 147 (1991), 130 („Les discours devant les Assemblées révolutionnaires, les textes de lois, les décisions des tribunaux interprétant les lois, indiquent tous que pour le moins un fort courant d'utilitarisme sous-tend les décrets français de 1791 et 1793"); *dies.*, 64 Tul. L. Rev. 991, 995; *Kéréver*, RIDA 141 (1989), 3, 4 („Ainsi donc le droit d'auteur né de la Révolution française, loin d'être d'essence personnaliste, est surtout inspiré par des considérations juridico-économiques"); *Dreier*, in: *Dreyfuss/Zimmerman/First*, Expanding the Boundaries of Intellectual Property, S. 299 f. („Their goal was to give artists

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

det. Auch Hegel rechtfertigte das geistige Eigentum des Urhebers, genauer: den Vorbehalt des geistigen Eigentums bei Übertragung des Sacheigentums, zusätzlich utilitaristisch:[70]

> „Da nun der Unterschied in das seiner Natur nach Teilbare, in den äußerlichen Gebrauch fällt, so ist die Zurückbehaltung des einen Teils bei Veräußerung des anderen Teils des Gebrauchs nicht der Vorbehalt einer Herrenschaft ohne *utile*. – Die bloß negative, aber allererste Beförderung der Wissenschaften und Künste ist, diejenigen, die darin arbeiten, gegen *Diebstahl* zu sichern und ihnen den Schutz ihres Eigentums angedeihen zu lassen; wie die allererste und wichtigste Beförderung des Handels und der Industrie war, sie gegen die Räuberei auf den Landstraßen sicherzustellen."[71]

Inwieweit utilitaristische Rechtfertigungsansätze überzeugen, kann hier noch offen bleiben. An dieser Stelle ist entscheidend, dass d'Héricourt, Le Chapelier und Hegel die Theorie des geistigen Eigentums jedenfalls *auch* utilitaristisch begründeten und von einer *rein* individualistischen Argumentation absahen. Hegel bezeichnete ein rein deontologisches oder rein konsequentialistisches Denken sogar ausdrücklich als unvernünftig.[72]

d) Zwischenergebnis

Damit kann die Theorie vom geistigen Eigentum, zumindest in ihrer rein individualistisch-arbeitsbasierten Argumentation, nicht überzeugen.[73] In-

---

adequate benefits from the proceeds of the exploitation of their works, so that they could afford to create new works for the instruction and enlightenment of the public"); siehe auch *Goldstein*, S. 139 („The historical foundations of French copyright law are remarkably similar to those of American copyright law").

70 *Bauer*, Hegel-Studien 41 (2006), 51, 60; *Weisser-Lohmann*, S. 12 f.; *Drahos*, S. 82; siehe auch *Jacob*, S. 33; *Hughes*, 77 Geo. L. J. 287, 338 f. (1988).

71 *Hegel*, § 69 Anmerkung [Hervorh. i. Orig.].

72 *Hegel*, § 118 Anmerkung („Der Grundsatz: bei den Handlungen die Konsequenzen verachten, und der andere: die Handlungen aus den Folgen beurteilen und sie zum Maßstabe dessen, was recht und gut sei, zu machen – ist beides gleich abstrakter Verstand"). Zum Unterschied zwischen Verstand und Vernunft bei Hegel *Gröschner/Dierksmeier/Henkel/Wiehart,* S. 239; zum deontologisch-konsequentialistischen Denken Hegels *Moyar*, S. 167 ff.

73 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 145; *Oberndörfer*, S. 131; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 200; *ders.*, UFITA 2007/I, 109, 134; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 97; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 106.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tuitiv einleuchten mag allenfalls ein Anspruch auf eine „gerechte" Belohnung. Dazu bedarf es aber nicht zwingend eines Ausschließlichkeitsrechts.

2. Theorie vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht

Die – anknüpfend an Überlegungen Immanuel Kants[74] – von Johann Caspar Bluntschli, Felix Dahn, Karl Gareis und schließlich Otto von Gierke Mitte bis Ende des 19. Jahrhunderts entwickelte Theorie vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht argumentiert, dass das Werk Bestandteil der Urheber-Persönlichkeit sei[75] bzw. zwischen Urheber und Werk ein „geistiges Band"[76] bestehe. Danach ist zwar der Schutzbereich auf „die Zugehörigkeit des Geisteswerkes zu der Persönlichkeitssphäre des Urhebers" begrenzt;[77] ebenso wird das Urheberrecht befristet, weil es „durch den Tod des Urhebers die sprudelnde Quelle seiner Lebenskraft" einbüße.[78] Schutzbeschränkungen wie die Zwangslizenz werden indes nicht vertre-

74 *Kant*, UFITA 106 (1987), 137-144, hatte ein Verlegerrecht begründet und dieses von einem „ius personalissimum" des Urhebers abgeleitet; das Urheberrecht systematisch begründet hat er nicht, *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 156; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 75 („son analyse est lacunaire"); *Strömholm*, S. 195 („son droit au titre de de fondateur d'une théorie de droit moral paraît bien plus douteux"); *Hubmann*, UFITA 106 (1987), 145, 151 (nur „Vorläufer der späteren Persönlichkeitstheorie"); zu Kants „Urheberrechtstheorie" *Strömholm*, S. 184 ff.; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 156 ff.; *Hubmann*, UFITA 106 (1987), 145 ff.; *Lucas-Schloetter*, Droit moral et droits de la personnalité, Rdnr. 17 ff.; *Jacob*, S. 38 ff.

75 *Gierke*, UFITA 125 (1994), 103, 109 u. 117 („Das Urheberrecht ist ein Persönlichkeitsrecht, dessen Gegenstand ein Geisteswerk als Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre bildet. […] In dem Recht an ihm wird also dem Urheber die Herrschaft über einen Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre gegen jedermann gesichert"); die Persönlichkeitssphäre wird bei Gierke so weit gefasst, dass darin auch das vom Urheber gelöste Werk noch Platz findet, *Troller*, UFITA 28 (1959), 257, 259.

76 *Dahn*, S. 113 („Den Kern des Urheberrechts bildet das höchst individuelle Geistesband, das ‚vinculum spirituale'").

77 *Gierke*, UFITA 125 (1994), 103, 118.

78 *Gierke*, UFITA 125 (1994), 103, 119; siehe auch *Bischoffshausen*, S. 141 f.; *N. Beier*, S. 60; *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 599. Dagegen gilt das französische *droit moral* unbefristet, Art. L. 121-2 Abs. 3 CPI („Il est perpétuel"), was damit begründet wird, dass das Werk als „l'empreinte de sa personnalité" fortbestehe, *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 562; *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 574.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten. Die Theorie hat auch in die französische Lehre Eingang gefunden,[79] begegnet aber denselben Einwänden wie das derivativ-individualistische Argument der Theorie vom geistigen Eigentum. Denn auch die Theorie vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht erstreckt etwas, was dem Urheber „von Natur aus" gehört – dort die Arbeitskraft, hier die Persönlichkeit – durch die Schöpfungshandlung auf das Werk.[80] Intuitiv erscheint sie allenfalls bei „großen" Werken der Literatur und Kunst, die dem höchstpersönlichen Seelenleben des Künstlers und seinem individuellen Geist Ausdruck verleihen, plausibel („Madame Bovary, c'est moi"[81]).[82] Zunehmend werden aber Geisteserzeugnisse als massenkompatibler und zielgruppengerechter „Content" kollektiv und in abhängiger Tätigkeit produziert.[83] Hier noch von einem „Bestandteil der Persönlichkeit" zu sprechen, kann

79 *Lucas-Schloetter*, Droit moral et droits de la personnalité, Rdnr. 56 f.; *Dietz*, Das Droit Moral, S. 16; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 28; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 25; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 33; differenzierend *Strömholm*, S. 256. Siehe etwa *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 45 („lien entre l'auteur et l'œuvre") u. 74 („une part de sa personnalité"); *Renouard*, S. 435 („c'est lui-même"); *Pouillet*, Rdnr. 9 („partie de lui-même"); *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 26 („lien entre la propriété et la personne"); *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 11 („lien indissociable entre l'auteur et son œuvre").

80 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 114 f. u. 118; *Oberndörfer*, S. 111; *Ann*, GRUR Int. 2004, 597, 5999; Gierkes arbeitstheoretische Argumentation zeigt sich in UFITA 125 (1994), 103, 116 („Das Urheberrecht ist somit in einem ganzen Umfang […] ein *aus geistiger Schöpfung fließendes* Persönlichkeitsrecht"), 117 („Begründet wird das Urheberrecht durch *Schöpfungstat*") u. 129 („Erzeugung durch eigene geistige *Arbeit* ist der einzige originäre Erwerbstitel von Urheberrecht") [jeweils Hervorh. d. Verf.]; zu den naturrechtlichen Wurzeln *Strömholm*, S. 316; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 32; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 106.

81 *Flaubert*, zitiert nach *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 19.

82 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 146; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 101; *Bischoffshausen*, S. 143.

83 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 101; *Bischoffshausen*, S. 143; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

selbst intuitiv nicht einleuchten.[84] Damit kann auch die Theorie vom Persönlichkeitsrecht nicht vollends überzeugen.[85]

3. Dualistische und monistische Theorie

Die dualistische und monistische Theorie führen die Theorie vom geistigen Eigentum und die Theorie vom Persönlichkeitsrecht zusammen. Danach sind die Verwertungs- und Persönlichkeitsrechte entweder zwei lose bis eng verklammerte Rechte (Dualismus) oder ein einheitliches Recht (Monismus).[86] Der Dualismus liegt dem französischen, der Monismus dem deutschen Urheberrecht zugrunde.[87] Die dualistische Theorie wurde vor allem von Josef Kohler (Theorie vom Immaterialgüterrecht), die monistische von Eugen Ulmer („Baumtheorie") vertreten.[88] Beide Theorien lassen nicht nur Schutzfristen, sondern auch Schutzbeschränkungen zu.[89]

---

84 *Bischoffshausen*, S. 143; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 101; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 33; *ders.*, IIC 2006, 371, 380; siehe auch *Vivant*, in: *de Lamberterie*, Le droit d'auteur aujourd'hui, S. 81 („il apparaît que le droit que nous pouvons analyser aujourd'hui est de plus en plus éloigné de la personne créatrice, de plus en plus éloigné de l'idée de personnalité").

85 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 146; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 102 u. 104 f.; *Bischoffshausen*, S. 148; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480; *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 134; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 112.

86 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 30; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 49 u. 51; *Ulmer*, UrhR[3], § 17 II; *Bischoffshausen*, S. 149 u. 155; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 343.

87 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 30 f.; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 50 f.; *Ulmer*, UrhR[3], S. 113; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 343 u. 345; *Pollaud-Dulian*, Le droit d'auteur, Rdnr. 51 ff.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 33; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 29; *Gautier*, Propriété littéraire et artistique, Rdnr. 17; eingehend zum deutschen Monismus und französischen Dualismus *Dietz*, in: *Ahrens/Bornkamm/Gloy/Starck/v. Ungern-Sternberg*, FS Erdmann, S. 63 ff.

88 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 30 f.; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 49 u. 51; *Bischoffshausen*, S. 149 u. 155; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 343; der französische Dualismus beruht nicht unmittelbar auf Kohlers Theorie vom Immaterialgüterrecht, *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 77.

89 *Kohler*, S. 41 u. 43 („Das Eigenthum ist nicht die Burg des Egoismus, sondern das Vehikel des Gemeinverkehrs. […] Und ebenso sind auch bei gewissen Immaterialrechten gewisse Einwirkungen auf die Allgemeinheit als so bedeutsam erschienen, daß die Gesetzgebung die Ausübung dieser Rechte an besondere bindende Vorschriften geknüpft hat"); *Ulmer*, UrhR[3], S. 6 („Wie alle Privatrechte, so sind auch

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Theorie vom Immaterialgüterrecht begegnet aber denselben Einwänden wie die Theorie vom geistigen Eigentum, da auch sie auf dem derivativ-individualistischen Argument der Arbeitstheorie beruht,[90] also insbesondere naturrechtlich verwurzelt ist.[91] Nichts anderes gilt für die monistische Theorie, bei der die verwertungs- und persönlichkeitsrechtlichen „Äste" und „Zweige" des urheberrechtlichen „Stammes" „die Kraft bald aus den beiden, bald ganz oder vorwiegend aus einer der Wurzeln" zie-

---

die Urheberrechte sozial gebundene Rechte: Sie unterliegen den Schranken, durch die die Rechtssphäre des einzelnen gegenüber den Anforderungen der Allgemeinheit abgegrenzt wird"); freilich wird mit dem Gedanken der Sozialbindung die rein individualistische Argumentation verlassen, *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 29 (für die Theorie vom Immaterialgüterrecht).

90 *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 118 u. 110, Fn. 5; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 59; *Oberndörfer*, S. 112; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 147; *Bischoffshausen*, S. 149; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 100; *Stieper*, S. 15; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 101; siehe *Kohler*, S. 98 f.: „Die philosophische Begründung des Eigenthums und des Immaterialrechts liegt in der *Arbeit*, richtiger, in der Güterschöpfung; wer ein neues Gut schafft, hat das *natürliche* Anrecht daran; dieser Satz ist vernunftgemäß und philosophisch nicht zu widerlegen. […] Wer eine Sache *erarbeitet*, hat sie mit der von ihm ausgelösten Kraft, mit einem Theile seines Wesens erfüllt, in ihr eine Stätte geschaffen, in welcher die von ihm erzeugte Kraftfülle ihre dauernde Unterkunft findet. Wo meine Kraft, wo mein Wesen, da mein Recht" [Hervorh. d. Verf.].

91 *Bischoffshausen*, S. 149; siehe *Kohler*, S. 82 f.: „Ein solches naturwüchsiges Recht ist das Eigenthum; ein solches ist aber auch das Autorrecht […]. Daß es ein solches naturwüchsiges, durch die vernünftige Volksüberzeugung an sich schon gebotenes Recht ist, beweist ein Blick in die Geschichte des Autorrechts".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hen.[92] Auch sie argumentiert derivativ-individualistisch („geistiges Band“[93], „entäußerte Individualität“[94]) und naturrechtlich[95].

4. Zwischenergebnis

Das ernüchternde Zwischenergebnis ist, dass es eine zwingende individualistische Begründung des Urheberrechts nicht gibt.[96] Es kann also nicht Zweck des Urheberrechts sein, allein die individuellen Interessen des Urhebers zu schützen. Dennoch können die individualistischen Begründungsansätze nicht einfach ignoriert werden. Zum einen sind die naturrechtlichen Wurzeln als positivierte Grund- und Menschenrechte[97] bei der

92 *Ulmer*, UrhR[3], S. 116, der ausdrücklich an die Theorien vom geistigen Eigentum, vom Persönlichkeitsrecht und vom Immaterialgüterrecht anknüpft (a.a.O., S. 108 u. 118).

93 *Ulmer*, UrhR[3], S. 110; *Rehbinder/Peukert*, Rdnr. 92; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 15, Rdnr. 9; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 43; ähnlich („geistiges Kind“) *Ulmer*, UrhR[3], S. 111; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 43; *ders.*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 130.

94 *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, S. 128 („Die im Werk entäußerte Individualität des Urhebers ist die zentrale Legitimation für den urheberrechtlichen Schutz“); *Wandtke*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[3], Einl., Rdnr. 4 („Der Schöpfer hat sich im Werk entäußert“); ähnlich *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 7 („verselbständigte Ausstrahlung der Persönlichkeit“); siehe auch *Bischoffshausen*, S. 156.

95 *Ulmer*, UrhR[3], S. 105 („Die Gesetze bedeuten für das Urheberrecht nur die Anerkennung und die nähere Ausgestaltung eines Rechtes, dessen Existenz im allgemeinen Rechtsbewußtsein verankert ist“); *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 5; *ders.*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 128; siehe auch BGH GRUR 1955, 492, 496 – „Grundig-Reporter“ („Die Herrschaft des Urhebers über sein Werk […] wird ihm hiernach nicht erst durch den Gesetzgeber verliehen, sondern folgt aus der Natur der Sache, nämlich aus seinem geistigen Eigentum, das durch die positive Gesetzgebung nur seine Anerkennung und Ausgestaltung findet“).

96 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 146; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 105; *Bischoffshausen*, S. 165 ff.; *Stallberg*, UFITA 2007/I, 109, 134; *ders.*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 200 f.; *Geiger*, Droit d’auteur et droit du public à l’information, Rdnr. 33.

97 *Ohly*, JZ 2003, 545, 549, der folgerichtig darauf hinweist, dass auch noch so zutreffende Naturrechtskritik nicht die Berechtigung der mittlerweile positiv-gesetzlich ausgestalteten Rechte untergräbt; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 105; *Fechner*, S. 135; *Geiger*, Droit d’auteur et droit du public à l’information, Rdnr. 40; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 32; *Caron*, Droit d’auteur et droits voisins, Rdnr. 10; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 27.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ausgestaltung des Urheberrechts zwingend zu beachten, insbesondere bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit. Zum anderen können individualistische Ansätze schon zuvor als Argumente neben anderen Argumenten Berücksichtigung finden,[98] insbesondere indem das – so viel sei schon vorweg genommen – utilitaristisch-ökonomische Effizienzziel normativ „aufgeladen" wird.

II. Utilitaristische Begründungsansätze

Es sind im Wesentlichen zwei Begründungsansätze, die das Urheberrecht utilitaristisch zu rechtfertigen versuchen: der traditionelle Incentive-Access-Ansatz (unten 2.) und der neoklassische Property-Rights-Ansatz (unten 3.).[99] Beide sind Spielarten der ökonomischen Analyse des Rechts,[100] deren Grundlagen deshalb vorab dargestellt werden (unten 1.).

1. Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts

Die ökonomische Analyse des Rechts *(law and economics*) ermittelt und bewertet die Folgen von Rechtsnormen unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells (unten a)) bzw. des ökonomischen Effizienz-

98 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 105 f.; *Pahud*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, S. 41; *ders.*, UFITA 2000/I, 99, 107; speziell für das Urheberpersönlichkeitsrecht auch *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 488.

99 So auch *Leistner*, ZGE 2009, 403, 405 ff.; *Bartmann*, S. 44 ff. u. 46 ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 106 ff., und *Bischoffshausen*, S. 269, Fn. 1145, S. 169 ff. bzw. S. 310 ff., unterscheiden zusätzlich Carl Christian v. Weizsäckers Mehrebenenansatz (*ders.*, Kyklos 34 (1981), 345 ff.), William Fishers kulturpolitischen Ansatz (*ders.*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203 ff. (1998)), Neil Netanels demokratietheoretischen Ansatz (*ders.*, 106 Yale L. J. 283 ff. (1996)) und die Transaktionskostenökonomik. Diese Ansätze werden hier dem Incentive-Access-Ansatz zugeordnet, da sie allesamt auf dem ökonomische Verhaltensmodell beruhen – der Mehrebenenansatz auch auf dem ökonomischen Effizienzziel (vgl. *Weizsäcker*, Kyklos 34 (1981), 345, 351 u. 353) – und einen Ausgleich von Anreiz- und Zugangsinteressen anstreben. Die Erkenntnisse der Transaktionskostenökonomik werden im 2. Kapitel A. II. 1. d) aa) berücksichtigt.

100 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 107 f.; *Bischoffshausen*, S. 269; vgl. auch *Leistner*, ZGE 2009, 403, 405 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 483 f.; *Bartmann*, S. 44 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ziels (unten b)).[101] Während die ökonomische Analyse im *positiven* Sinne nur der Erklärung des geltenden Rechts aus ökonomischer Sicht dient, trifft die *normative* ökonomische Analyse als Teil der Rechtsphilosophie zugleich wertende Aussagen darüber, wie das Recht auszusehen hat.[102]

a) Das ökonomische Verhaltensmodell

Das ökonomische Verhaltensmodell beruht auf der Annahme, dass sich der Mensch rational und eigennützig verhält (REM-Hypothese).[103] Da es lediglich beschreibt, wie sich der homo oeconomicus tatsächlich verhält, nicht wie er sich verhalten soll, ist es ein *positives*, kein normatives Verhaltensmodell.[104]

aa) Inhalt

Der homo oeconomicus nimmt alle entscheidungsrelevanten Informationen auf, verarbeitet sie korrekt und besitzt eine vollständige, nicht-widersprüchliche, stabile und transitive Präferenzordnung (Rationalitätsannahme).[105] Vor die Wahl zwischen zwei Alternativen A und B gestellt, kann er stets angeben, ob er A oder B vorzieht oder indifferent ist. Weiter ist die Präferenzordnung transitiv, d.h. wenn er A B vorzieht und B C, dann zieht

101 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 21 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 123; *Reich*, S. 24; siehe auch *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 164 f.

102 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 164 f.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 21; *Posner*, S. 31; *Lüdemann*, S. 11; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 98 ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 122; *Bischoffshausen*, S. 252 ff.; *Deffains/Langlais*, S. 20 u. 28 f.

103 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 170; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 28; *ders.*, JZ 1999, 53, 55; *ders.*, JZ 2005, 216, 217; *Posner*, S. 3 f.; *Schäfer/Ott*, S. 95; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 99; *Deffains/Langlais*, S. 18; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 26; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 123; *Bischoffshausen*, S. 243; *Reich*, S. 24.

104 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 22; *Lüdemann*, S. 16; *Reich*, S. 28.

105 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 217; *ders.*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 29; *Deffains/Langlais*, S. 18; *Lüdemann*, S. 13; *Englerth*, S. 63; *Mathis*, S. 23 f.; *Bischoffshausen*, S. 240; siehe auch *Schäfer/Ott*, S. 97.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

er auch A C vor.[106] Schließlich wählt er aus mehreren Alternativen stets diejenige, die seinen eigenen Nutzen maximiert (Eigennutzannahme).[107]

bb) Kritische Würdigung

Beide Elemente der REM-Hypothese sind in jüngerer Zeit von der empirischen psychologischen Forschung kritisiert worden.[108] Der (ersten) Annahme absoluter Rationalität wird eine nur eingeschränkte Rationalität *(bounded rationality)* entgegengesetzt:[109] Zunächst ist unsere Fähigkeit zur vollständigen Informationsaufnahme beschränkt. Wir nehmen die Realität nur selektiv wahr, ignorieren Informationen, die unseren Präferenzen zuwiderlaufen, und überschätzen unsere eigene Leistungsfähigkeit.[110] Eingeschränkt ist auch unsere Fähigkeit zur korrekten Informationsverarbeitung. Ein Mehr an Informationen überlastet uns und führt ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr zu besseren, sondern zu schlechteren Entscheidungen, weil wir nicht mehr in der Lage sind, der Informationsflut Herr zu werden.[111] Schließlich entspricht auch unser Entscheidungsverhalten nicht den Anforderungen absoluter Rationalität. Erstens setzen wir tatsächliche Kosten und Opportunitätskosten entgegen der ökonomischen Logik nicht gleich, weil Veränderungen eines Status quo (Gewinne und

106 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 29; *ders.*, JZ 2005, 216, 217; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 115; *Reich*, S. 25.

107 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 29; *ders.*, JZ 2005, 216, 217; *Deffains/Langlais*, S. 19; *Lüdemann*, S. 13; *Englerth*, S. 66; *Mathis*, S. 22 f.; *Bischoffshausen*, S. 239; *Reich*, S. 27.

108 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 38; *ders.*, JZ 1999, 53, 56; *ders.*, JZ 2005, 216, 217; *ders.*, JZ 2011, 814, 821; *Schäfer/Ott*, S. 103; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 114; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 91; *Lüdemann*, S. 21.

109 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 171 u. 198; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 38; *ders.*, JZ 2005, 216, 217; *Schäfer/Ott*, S. 103; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 118; *Deffains/Langlais*, S. 22; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 120; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 151; *Bischoffshausen*, S. 242; *Reich*, S. 28.

110 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 218; *ders.*, JZ 2011, 814, 816; *ders.*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 38; *Posner*, S. 23; *Schäfer/Ott*, S. 95; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 107 ff.; *Lüdemann*, S. 22; *Eglerth*, S. 90 ff.

111 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 218; *ders.*, JZ 2011, 814, 816; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 107 ff.; *Eglerth*, S. 90 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verluste) offenbar wichtigere Nutzenträger als Endzustände sind und wir Verluste scheuen.[112] Zweitens beeinflussen versunkene Kosten unsere Handlungen; die Arbeit an dem vor Jahren begonnenen Buch wird mühsam fortgesetzt, damit sich der akkumulierte hohe Zeiteinsatz doch noch lohnt – auch wenn keine Aussicht auf einen guten Abschluss besteht.[113] Drittens sind unsere Präferenzen zeitlich instabil; wir beschließen etwa, nächstes Jahr etwas für unsere Altersvorsorge zu tun; ist das nächste Jahr aber da, verschieben wir das Vorhaben um ein weiteres Jahr usw.[114] Zu guter Letzt ist auch das Eigennutzaxiom nur beschränkt gültig, weil sich der Mensch nicht nur von egoistischen Motiven, sondern auch von Altruismus, Fairnessgesichtspunkten oder anderen sozialen Normen leiten lässt.[115]

Angesichts dieser empirischen Erkenntnisse gibt es wissenschaftstheoretisch gesehen im Wesentlichen zwei Möglichkeiten:[116] Geht man davon aus, dass der homo oeconomicus ein falsifizierbares Menschenbild ist, das eine empirische Aussage über das reale Verhalten des Menschen enthält, so muss man die REM-Hypothese für widerlegt halten.[117] Als ein ökonomisches Modell, das falsifizierbare Prognosen über menschliches Verhalten ermöglicht, ist die REM-Hypothese aber nicht richtig oder falsch, sondern zweckmäßig oder unzweckmäßig.[118] Die ökonomische Analyse des Rechts ist schon aus rein methodologischen Gründen auf ein ökonomisches Verhaltensmodell angewiesen.[119] Ökonomische Schlussfolgerungen

112 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 219; *ders.*, JZ 2011, 814, 817; *Posner*, S. 22; *Schäfer/Ott*, S. 106 ff.; *Eglerth*, S. 83 ff.; siehe auch *Posner*, S. 22.

113 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 219; *Schäfer/Ott*, S. 108; *Lüdemann*, S. 22.

114 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 219; *Schäfer/Ott*, S. 104 u. 109; *Eglerth*, S. 79 ff.

115 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 219; *ders.*, JZ 2011, 814, 817; *Schäfer/Ott*, S. 104 u. 109 f.; *Deffains/Langlais*, S. 22; *Lüdemann*, S. 21; *Eglerth*, S. 70 ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 151; *Reich*, S. 28 f.; siehe auch *Hilty*, ZUM 2003, 983, 989.

116 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 39.

117 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 39; *ders.*, JZ 2011, 814, 821; *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 171; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 133; *Lüdemann*, S. 23 ff.; siehe auch *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 53; *ders.*, ZUM 2003, 983, 989.

118 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 40; siehe auch *Deffains/Langlais*, S. 19.

119 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 170; *Deffains/Langlais*, S. 19; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 152; siehe auch *Posner*, S. 4; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 133; *Schäfer/Ott*, S. 95.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind nur möglich, wenn bestimmte Verhaltensmuster zugrunde gelegt werden können.[120] Da sich die Schlussfolgerungen der ökonomischen Analyse nicht aus dem Recht unmittelbar ergeben, sondern erst aus dem aggregierten Verhalten einzelner Individuen, stellt ein ökonomisches Modell individuellen menschlichen Verhaltens die notwendige Verbindung zwischen dem Recht und den ökonomischen Folgen her (sog. methodologischer Individualismus).[121] Dieser methodologischen Aufgabe wird der homo oeconomicus auch dann gerecht, wenn sich die Individuen nur mehrheitlich (eingeschränkt) rational und eigennützig verhalten.[122] So wird etwa die Prognose, dass bei sinkendem Preis eines bestimmten Gutes – ceteris paribus – die Nachfrage steigen wird, auch dann zutreffen, wenn einige Verbraucher irrational und nicht nutzenmaximierend handeln.[123] Nicht zuletzt scheint das Recht selbst zumindest im Grundsatz von diesem Verhaltensmodell auszugehen.[124] Anders lässt sich Verhaltenssteuerung durch rechtliche Anreize oder Sanktionen gar nicht denken: Die abschreckende Wirkung etwa von zivil- oder strafrechtlichen Sanktionen setzt voraus, dass wir rational handeln und die Handlungsalternative wählen, die uns mehr nützt als schadet.[125] Deshalb ist die absolute Gültigkeit oder Ungültigkeit der REM-Hypothese nicht entscheidend. Ein ökonomisches Modell soll die Wirklichkeit vereinfachend und abstrahierend darstellen, um (falsifizierbare) Prognosen zu ermöglichen.[126] Als ein Ausgangsmodell, das bereichsspezifisch um die Erkenntnisse der empirischen Psychologie bereichert wird – dies ist Gegenstand der Verhaltensökonomik *(behavioral economics)* –, ist der homo oeconomicus nach wie vor zweckmäßig.[127] Die REM-Hypothese wird erst – aber immerhin – dann methodologisch un-

120 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 170; siehe auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 40; *Bischoffshausen*, S. 244.

121 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 170 f.; siehe auch *Mathis*, S. 21 u. 27; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 26; *Bischoffshausen*, S. 244.

122 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 40; *ders.*, JZ 1999, 53, 56; siehe auch *Mathis*, S. 27.

123 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 40.

124 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 218; *Deffains/Langlais*, S. 24.

125 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 218.

126 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 40; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 133; *Lüdemann*, S. 16; *Mathis*, S. 26; siehe auch *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 170.

127 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 173; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 39 f.; *ders.*, JZ 1999, 53, 56; *ders.*, JZ 2005, 216, 216;

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

brauchbar, wenn sich Menschen in bestimmten Bereichen (etwa bei der Wahrnehmung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse)[128] *systematisch* irrational oder nicht nutzenmaximierend verhalten. Dann nämlich werden die auf dem homo oeconomicus beruhenden Prognosen regelmäßig falsch sein.[129]

b) Das ökonomische Effizienzziel

Das ökonomische Effizienzziel ist der Maßstab, an dem die unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells (positiv) ermittelten Folgen (normativ) bewertet werden.[130] Wenn Juristen von „Effizienz" sprechen, meinen sie damit gewöhnlich, dass ein vorgegebenes Ziel mit einem möglichst geringen Aufwand oder dass mit einem gegebenen Aufwand ein bestimmtes Ziel in möglichst hohem Maße erfüllt wird.[131] Der ökonomischen Analyse des Rechts liegt ein anderer Effizienzbegriff zugrunde. Hier beschreibt „Effizienz" nicht die optimale Zweck-Mittel-Relation, sondern das Ziel selbst.[132] Das Effizienzziel wird anhand des Pareto-Kriteriums (unten (1)) oder des Kaldor-Hicks-Kriteriums (unten (2)) bestimmt.

aa) Pareto-Kriterium

Nach dem von Vilfredo Pareto entwickelten Kriterium ist ein Zustand effizient, wenn niemand besser gestellt werden kann, ohne den Nutzen eines anderen zu schmälern.[133] Mindestens ein Mitglied der Gesellschaft muss

---

Schäfer/Ott, S. 116; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 133; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 151 f.; *Bischoffshausen*, S. 243; *Reich*, S. 30; siehe auch *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 53 f.; *Lüdemann*, S. 22 („Bislang jedenfalls ist es noch nicht gelungen, den *homo oeconomicus* durch ein alternatives Modell vergleichbarer Reichweite zu ersetzen").

128 *Reich*, S. 37 ff.

129 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 41; *Reich*, S. 30.

130 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 41; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 123.

131 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 55.

132 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 56.

133 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 133; *Posner*, S. 17; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 2132 („un changement qui produit des gagnants mais aucun

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Zustand präferieren und alle anderen Mitglieder müssen zumindest indifferent sein, dürfen ihn also nicht ablehnen.[134] Praktisch hat damit jedes Mitglied der Gesellschaft ein Vetorecht, mit dem es nachteilige Maßnahmen verhindern kann.[135] Damit kann zwar die „unsichtbare Hand" des Marktes frei wirken, da die Parteien eines Vertrages den vereinbarten Zustand präferieren und sich Dritte regelmäßig indifferent verhalten.[136] Der Gestaltungsspielraum des demokratisch legitimierten Gesetzgebers wird durch das Pareto-Kriterium aber stark eingeschränkt.[137] Ein Gesetz, das nicht mindestens ein Mitglied der Gesellschaft schlechter stellt, ist schwer vorstellbar.[138] Nicht nur ist jede staatliche Einkommens- und Vermögensverteilung praktisch ausgeschlossen,[139] was eine zwar pareto-effiziente, aber (extrem) ungerechte Gesellschaft zur Folge haben kann.[140] Praktisch kann der Gesetzgeber nicht einmal die Spielregeln des Marktes bestimmen, da sich immer ein Spieler finden wird, der eine andere Spielregel präferiert. Für die Rechtspolitik und die normative ökonomische Analyse des Rechts ist das Pareto-Kriterium damit wenig brauchbar.[141]

---

perdant"); *Mathis*, S. 44; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 30; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 123 f.; *Reich*, S. 42.

134 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 48; *Schäfer/Ott*, S. 13; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 30; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 124; *Bischoffshausen*, S. 250; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 234.

135 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49; *Schäfer/Ott*, S. 13; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 124; *Bischoffshausen*, S. 250.

136 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49; *Bischoffshausen*, S. 250; *Reich*, S. 43.

137 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49.

138 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49; *Bischoffshausen*, S. 250; *Reich*, S. 43.

139 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49.

140 *Mathis*, S. 47 f.; siehe auch *Posner*, S. 18.

141 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 55; *Deffains/Langlais*, S. 29; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 2232; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 30 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 124; *Bischoffshausen*, S. 250; *Reich*, S. 43; siehe auch *Posner*, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Kaldor-Hicks-Kriterium

Daher beruht die (normative) ökonomische Analyse des Rechts zumeist auf dem sogenannten Kaldor-Hicks-Kriterium, das auch eine Schlechterstellung von Mitgliedern der Gesellschaft erlaubt.[142]

(1) Inhalt

Nach Nicholas Kaldor und John Hicks ist ein Zustand effizient, wenn die Vorteile der Begünstigten die Nachteile der Benachteiligten überwiegen und der Gesamtnutzen so groß ist, dass die Begünstigen die Benachteiligten kompensieren *könnten* – sodass sie indifferent wären – und dass für die Begünstigen immer noch ein Restvorteil verbleibt.[143] Der Unterschied gegenüber dem Pareto-Kriterium liegt also darin, dass die Benachteiligten nicht tatsächlich entschädigt werden – das wäre pareto-effizient –, sondern dass die Kompensation *möglich* wäre. Man kann das Kaldor-Hicks-Kriterium daher auch als ein potentielles Pareto-Kriterium bezeichnen.[144] Die Vor- und Nachteile werden jeweils *monetär* bewertet.[145] Damit das Kaldor-Hicks-Kriterium erfüllt ist, muss also der in Geld bewertete Gesamtnutzen die in Geld bewerteten Gesamtkosten übersteigen;[146] oder von Richard Posner reformuliert: der Wohlstand im Zustand x muss insgesamt

142 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 52; *Posner*, S. 18 („And in fact when an economist says that free trade or competition […] or some other policy or state of the world is efficient, nine times out of ten he means Kaldor-Hicks efficient"); *Mathis*, S. 153; *Bischoffshausen*, S. 251.

143 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 51; *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 134; *Posner*, S. 17 f.; *Schäfer/Ott*, S. 20; *Deffains/Langlais*, S. 29; *Mackaay/Rousseau*, Rdnr. 2232; *Mathis*, S. 52; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 31; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 124; *Bischoffshausen*, S. 250 f.; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 234; *Reich*, S. 43.

144 *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 134; *Posner*, S. 18.

145 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 52; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 125; *Mathis*, S. 52; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 234.

146 *Schäfer/Ott*, S. 22; *Deffains/Langlais*, S. 29; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 124.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

höher sein als im Zustand y *(wealth maximization)*.[147] Eine Wohlstandsmaximierung setzt sich zusammen aus der Konsumenten- und der Produzentenrente.[148] Die Konsumentenrente ist die Differenz zwischen dem Preis, den ein Nachfrager zu zahlen bereit ist, und dem effektiv zu zahlenden (niedrigeren) Preis. Die Produzentenrente bezeichnet die Differenz zwischen dem Preis, den ein Anbieter mindestens fordert, und dem effektiv erzielten (höheren) Preis.[149] Ein einfaches Beispiel soll dies veranschaulichen:[150] Wenn A ein Gut besitzt, dass er für mindestens 1.000 Euro verkaufen möchte, und B bereit ist, 3.000 Euro zu zahlen, wird – soweit keine gesellschaftlichen Kosten entstehen – der gesellschaftliche Wohlstand um eine Gesamtrente von 2.000 Euro maximiert. Dabei ist gleichgültig, auf welchen Preis sich A und B einigen. Zahlt B 1.500 Euro, beträgt die Produzentenrente 500 Euro und die Konsumentenrente 1.500 Euro. Zahlt er 2.500 Euro, beträgt die Gesamtrente ebenfalls 2.000 Euro (500 + 1.500 Euro). Das Kaldor-Hicks-Kriterium ist erfüllt, soweit keine gesellschaftlichen Kosten von größer oder gleich 2.000 Euro entstehen, weil dann die Gesellschaft aus der Gesamtrente von 2.000 Euro kompensiert werden könnte und ein Restvorteil von mindestens einem Cent verbliebe.

(2) Kritische Würdigung

Dem Kaldor-Hicks-Kriterium werden im Wesentlichen zwei Einwände entgegengesetzt.[151] Zunächst kann Nutzen nicht generell monetär bewertet werden,[152] wie die Fortsetzung des Beispiels zeigt:[153] Das Gut ist ein Medikament, das eine bislang unheilbare Krankheit heilt. B ist völlig gesund, hat aber Angst, in Zukunft an dieser Krankheit zu erkranken. Dagegen ist

147 *Posner*, S. 17 („In the less austere concept of efficiency mainly used in this book – called the Kaldor-Hicks concept of efficiency, or wealth maximization…"); *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 54; *Deffains/Langlais*, S. 29; *Mathis*, S. 153.

148 *Mathis*, S. 151; *Schäfer/Ott*, S. 60; siehe auch *Posner*, S. 17 f.

149 *Schäfer/Ott*, S. 47 u. 58; *Mathis*, S. 150 f. Ausführlich zur Konsumenten- und Produzentenrente *Pindyck/Rubinfeld*, S. 185 ff. bzw. 383 ff. u. 391 ff.

150 In Anlehnung an *Posner*, S. 17 f.

151 Ausführlich *Mathis*, S. 56 ff.

152 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 267; *Deffains/Langlais*, S. 30.

153 In Anlehnung an *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 267.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

C akut erkrankt; nur das Medikament kann sein Leben verlängern. Wenn nun C mittellos ist und sein gesamtes Vermögen von 1.500 Euro aufbietet (mit der Folge einer Gesamtrente von 500 Euro), muss nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium B das Medikament erhalten, obwohl in Wirklichkeit C einen deutlich höheren Nutzen hätte. Dabei muss B den C nicht einmal überbieten; der Verkauf an B wäre auch dann effizient, wenn A und B einen Kaufpreis von 1.000 Euro vereinbarten, da in diesem Fall die Gesamtrente weiterhin um 1.500 Euro höher wäre. Die Zahlungsbereitschaft hängt nicht nur vom individuellen Nutzen, sondern auch von der Zahlungsfähigkeit ab. Deshalb werden die Armen beim Kaldor-Hicks-Kriterium in aller Regel den Kürzeren ziehen, weil die Reichen das Gut im Zweifel finanziell höher schätzen als die Armen.[154] Zu guter Letzt muss sich das Kaldor-Hicks-Kriterium den Vorwurf des Kollektivismus gefallen lassen.[155] So bedeutet eine gesellschaftliche Nutzenmaximierung noch lange nicht, dass der Nutzen eines jeden Individuums gemehrt wird. Selbst wenn es der Gesellschaft insgesamt mehr nützte, dass der gesunde B das Medikament erhält, so würde das Bedürfnis des akut kranken C schlicht ignoriert.

Wie die Fortsetzung des Beispiels zeigt wäre eine ausschließlich am Kaldor-Hicks-Kriterium ausgerichtete Rechtspolitik blind gegenüber verteilungspolitischen Erwägungen und könnte zu Eingriffen in unantastbare Grundrechte führen.[156] Heute wird deshalb kaum noch ein absoluter Geltungsanspruch des Effizienzziels vertreten.[157] Selbst Posner, der wohl prominenteste Vertreter einer normativen ökonomischen Analyse des Rechts,

154 *Mathis*, S. 60.

155 *Mathis*, S. 60 f.; *Deffains/Langlais*, S. 30.

156 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 489; *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 134; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 126; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 31; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 165.

157 *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 125; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 163; ablehnend etwa *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 168; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 321 u. 489; *ders.*, JZ 1999, 53, 57; *ders.*, JZ 2005, 216, 224; *Schäfer/Ott*, S. 41 f.; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 128; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 85 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 165; *Mathis*, S. 204. Siehe aber auch *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 104 f. u. 166, der darauf hinweist, dass zumindest nach der Chicago School zum US-amerikanischen Kartellrecht der ausschließliche Geltungsanspruch des Ökonomischen fortbestehe.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hält Effizienz nur noch für ein wichtiges, aber nicht mehr für ein vorrangiges oder gar alleiniges Kriterium für die Ausgestaltung des Rechts.[158] Zwingende Vorgaben für das Recht kann die (normative) ökonomische Analyse des Rechts also nicht liefern: *law* and *economics* heißt nicht – und kann nach allgemeiner Meinung nicht heißen – *law* as *economics*.[159] Andererseits schließen sich Gerechtigkeit und Effizienz keineswegs aus: Effizienz ist stets auch ein Gebot der Gerechtigkeit, da nur verteilt werden kann, was auch erwirtschaftet wird; umgekehrt kann auch die Gerechtigkeit ein Gebot der Effizienz sein, da Ungerechtigkeit die Leistungsfähigkeit und -bereitschaft der Betroffenen vermindert.[160] Vor allem aber hat das Recht Folgen in der Rechtswirklichkeit und diese Realfolgen können erwünscht oder weniger erwünscht sein. Sind dies nicht Fragen, zu denen die Rechtswissenschaft Stellung beziehen sollte?[161] Nur eine als *Realwissenschaft* betriebene Rechtswissenschaft ist in der Lage, den Gesetzgeber folgenorientiert zu beraten.[162] Die (positive) Prognose der Realfolgen einer Rechtsnorm kann das Bewusstsein für Zusammenhänge schärfen, die sonst unerkannt blieben, und damit die rationale Basis des normativen Diskurses stärken.[163] Mit der Folgenprognose allein ist dem Gesetzgeber aber nicht gedient. Nur wenn die ermittelten Realfolgen zu (normativen) *Zielen* in Beziehung gesetzt werden, besitzt die Prognose tatsächlich einen

158 *Posner*, 5. Aufl., S. 13 („Although no effort will be made in this book to defend efficiency as the only worthwhile criterion of social choice, the book does assume […] that it is an important criterion"); *ders.*, S. 34 f. („[The Kaldor-Hicks criterion] is certainly *a* component of the ethical system of our market-oriented society […]. Evidently there is more to justice than economics, and this is a point the reader should keep in mind when evaluating normative statements in this book", Hervorh. i. Orig.); siehe *Mathis*, S. 181 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 163.

159 *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L. Rev. 479, 610 (1998) („There is a difference between law and economics, an estimable discipline, and law as economics, an unrealistic construct"); *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 164; *Bischoffshausen*, S. 259, Fn. 1109.

160 *Mathis*, S. 205 und ausführlich § 9.

161 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 2 u. 490; *ders.*, JZ 1999, 53, 59 ff.

162 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 ff.; siehe auch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 622 („Somit ist von der Notwendigkeit einer rechtswissenschaftlich konzipierten Gesetzgebungslehre ebenso auszugehen wie von der Notwendigkeit, für die benötigten Sachinformationen auf die jeweils zuständigen Wissenschaften zurückzugreifen").

163 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 54.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Informationswert.[164] Eine realwissenschaftlich betriebene Rechtswissenschaft kann den normativen Diskurs zwar keinesfalls ersetzen, wohl aber konditionale Empfehlungen in dem Sinne abgeben, dass auf der Basis einer als angestrebt unterstellten Zielsetzung Aussagen über den Einsatz bestimmter Mittel getroffen werden.[165] Wenn nun der Hauptzweck einer realwissenschaftlich betriebenen Rechtswissenschaft darin besteht, den Gesetzgeber folgenorientiert zu beraten, sollte diese Rechtswissenschaft ihren Empfehlungen dann nicht auch ein Ziel unterstellen, das bei der Gesetzgebung vermutlich immer eine gewisse Berücksichtigung findet, nämlich die gesellschaftliche Nützlichkeit einer Rechtsnorm?[166] Und sollte sie dann nicht auch auf das Kaldor-Hicks-Kriterium zurückgreifen, da die mit einer Norm verbundenen, monetarisierten Kosten und Nutzen ein zumindest ungefährer Indikator für ihre gesellschaftliche Nützlichkeit sind?[167] Das Kaldor-Hicks-Kriterium kann durchaus ein Ziel sein, das der Gesetzgebung – und erst recht einer konditionalen Empfehlung – zugrunde gelegt wird; nur muss es um andere Ziele (z.B. Menschenwürde, Verteilungsgerechtigkeit) ergänzt und normativ „aufgeladen" werden.[168] Darauf wird – speziell für das Urheberrecht – noch zurückzukommen sein.

c) Zwischenergebnis

Die ökonomische Analyse des Rechts ermittelt die Realfolgen einer Rechtsnorm *positiv* unter Zugrundelegung des homo oeconomicus und bewertet sie *normativ* am Maßstab der ökonomischen Effizienz. Der homo oeconomicus ist kein Menschenbild, sondern ein ökonomisches *Modell*, das unter Berücksichtigung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse brauchbare Prognosen liefern kann. Ökonomische Effizienz, verstanden als die gesellschaftliche Wohlstandsmaximierung, kann *ein*, aber nicht das *einzige* Ziel der Gesetzgebung sein.

---

164 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 56.
165 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 54 f.
166 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 56; *ders.*, JZ 2011, 814, 820.
167 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 56; siehe auch *ders.*, JZ 2005, 216, 224.
168 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 321; *ders.*, JZ 1999, 53, 57; *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 167 ff. u. 176 ff.; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 97; *Mathis*, S. 204; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 125; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 167.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Incentive-Access-Ansatz

Der Incentive-Access-Ansatz liegt dem ersten britischen Urheberrechtsgesetz von 1709 sowie der Copyright Clause der US-amerikanischen Verfassung von 1787 zugrunde[169] und ist der traditionelle Begründungsansatz

---

169 *Davies*, S. 4 f. u. 78; *Valkonen/White*, 29 Hastings Comm. & Ent. L. J. 359, 364 u. 366 (2007); *Dallon*, 44 Santa Clara L. Rev. 365, 409 u. 425 f. (2004); *Tussey*, 12 J. Intell. Prop. L. 427, 442 (2005); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 308 (1996); siehe auch *Dietz*, GRUR Int. 2006, 1, 1 f.; *Dreier*, in: *Dreyfuss/Zimmerman/First*, Expanding the Boundaries of Intellectual Property, S. 299.

170 *Lunney*, 49 Vand. L. Rev. 483, 485 (1996); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 308 (1996); *Wu*, 103 Mich. L. Rev. 278, 281 f. (2004); *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 129; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 463. Als Vertreter des Incentive-Access-Ansatzes können insbesondere angesehen werden *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1065 ff. (2005); *ders.*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 131 (2004); *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Gallagher*, S. 85 ff.; *Cohen*, 53 Vand. L. Rev. 1799, 1801 (2000); *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 100 (1997); *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1216 (1998) („this [… utilitarian approach] urges us to select a combination of rules that will maximize consumer welfare by optimally balancing incentives for creativity with incentives for dissemination and use", Anm. d. Verf.); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 363 f. (1996) („Through economic incentives and a careful balance between exclusivity and access, copyright seeks to foster widespread citizen participation in public deliberations").

171 *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 115 u. 122; *ders.*, RIDE 4/2011, 481, 499; *ders.*, in: *Geiger*, Criminal Enforcement of Intellectual Property, S. 14 f.; *ders.*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 235 ff.; *ders.*, UrhR[1], Rdnr. 61; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 76 f.; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *ders.*, 53 JCSUSA 103, 107 (2006); *ders.*, GRUR 2009, 633, 636; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 7 ff.; *Drexl*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 259; *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 18; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20 u. 45; *Schmidtchen*, S. 19; *Koboldt*, S. 77 ff.; *Eger*, S. 125; *Eger/Scheufen*, S. 156 ff.; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 248 ff.; (ausdrücklich) neben individualistischen Ansätzen auch *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *ders.*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 290; *Schricker*, in: *Schricker*, UrhR[3], Einl., Rdnr. 10; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 24; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 1, Rdnr. 4; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 134 u. 138; eine normative „Aufladung" befürworten *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 482 u. 488; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 278 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des anglo-amerikanischen Copyrights.[170] Mittlerweile wird er auch in Deutschland[171] und Frankreich[172] vertreten.

a) Inhalt

Nach dem Incentive-Access-Ansatz soll das Urheberrecht zu Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken *anreizen* (unten aa)) und zugleich (unten cc)) einen *Zugang* zu diesen Werken ermöglichen (unten bb)).

aa) Anreiz

Das dem Incentive-Access-Ansatz immanente Anreizparadigma beruht auf der Eigenschaft von Werken als sog. öffentlichen Gütern:[173] Werke sind nicht-rival, können also parallel von mehreren Personen genutzt werden,[174] und nicht-ausschließlich, weil rein tatsächlich die Parallelnutzung

172 *Lévêque/Ménière*, S. 7 f. u. 69 ff.; *Benhamou/Farchy*, S. 29 f.; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 390; *Benabou*, RIDA 192 (2002), 3, 51 („Quel que soit le système juridique dont il est issu, le droit d'auteur est attribué par l'État afin de promouvoir le création; c'est sa finalité ultime"); (ausdrücklich) neben individualistischen Ansätzen auch *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 7; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 1 u. 4; *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 1; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 37 ff.; *ders.*, IIC 2006, 371, 382 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 815, 816.

173 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 55; *Drexl*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 259; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 14; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 389; *Benhamou/Farchy*, S. 26; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 406; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 98 f. (1997); *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 129; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1232 (1998); *ders.*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988); *Langus/Neven/Shier*, S. 13; allgemein *Pindyck/Rubinfeld*, S. 872 ff.

174 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 13; *ders.*, Die Gemeinfreiheit, S. 56 f.; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 389; *Lévêque/Ménière*, S. 7; *Eger*, S. 124; *Eger/Scheufen*, S. 154; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 406; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249; *Koboldt/Schmidtchen*, ORDO 42 (1991), 295, 297; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch Dritte nicht verhindert werden kann.[175] Ohne Urheberrecht bestünde deshalb auf der Ebene der Produkte (z.B. E-Books, DVDs, Audio-on-Demand) ein vollkommener Wettbewerb mit Preisen *gleich* den – regelmäßig niedrigen bis gegen Null tendierenden[176] –Grenzkosten, also den Kosten, die für eine *zusätzliche* Kopie anfallen.[177] Der Rechtsinhaber könnte seine zum Teil enormen[178] Kosten für die *erste* Kopie, also die Schöpfung und die Vermarktung als Produkt – im Falle der „Herr der Ringe"-Trilogie zwischen 310 und 350 Mio. US-Dollar[179] –, niemals amortisieren. Unter

---

Tech. L. J. 93, 100 (1997); *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 559 (1999); *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 5; *Benhamou/Farchy*, S. 26; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 129 f.; *Reich*, S. 83; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 238; *Bischoffshausen*, S. 263 f.; *Koboldt*, S. 72; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1232 (1998); *ders.*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988); *Langus/Neven/Shier*, S. 13; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 292 (1996).

175 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 14; *ders.*, Die Gemeinfreiheit, S. 56; *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 389; *Eger/Scheufen*, S. 154; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 406; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 49; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 98 f. (1997); *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 559 (1999); *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 5; *Benhamou/Farchy*, S. 26 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 129; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 238; *Bischoffshausen*, S. 264; *Reich*, S. 84; *Langus/Neven/Shier*, S. 13; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1232 (1998); *ders.*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988).

176 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 54; *ders.*, RIDE 4/2011, 481, 499; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 8; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 390; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 15; *Benhamou/Farchy*, S. 27; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249; *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); *Koboldt*, S. 73; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 292 (1996); *Koboldt/Schmidtchen*, ORDO 42 (1991), 295, 297.

177 *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 15; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Schäfer/Ott*, S. 668; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 286; *Langus/Neven/Shier*, S. 13; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 292 (1996); siehe auch *Hilty*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 239 f.; zur Gewinnformel Preis = Grenzkosten im vollkommenen Wettbewerbsmarkt siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).

178 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 54; *ders.*, RIDE 4/2011, 481, 499; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 7 f.; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); *Kerber*, ZGE 2013, 245, 24.

179 *Thompson*, S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells[180] („No man but a blockhead ever wrote except for money“[181]) würde er künftig nicht mehr in die Schöpfung bzw. Vermarktung von Werken investieren. Die Folge wäre eine Unterproduktion neuer Werke,[182] mithin ein dynamischer Effizienzverlust.[183]

Hier setzt der Incentive-Access-Ansatz an: Das Urheberrecht löst das Trittbrettfahrer-Problem, indem es das nicht-ausschließliche Werk ausschließlich macht, mithin dem Rechtsinhaber einen Investitionsanreiz ver-

180 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 54; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 145; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 484; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 405.

181 *Samuel Johnson*, zitiert nach *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144.

182 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 54; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 115; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 211; *ders.*, in: *Geiger*, Criminal Enforcement of Intellectual Property, S. 14; *ders.*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 240; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 9; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 76; *Hilty/Henning-Bodewig*, S. 82; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *ders.*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 288 f.; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 15; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 287; *Schäfer/Ott*, S. 668; *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Benhamou/Farchy*, S. 27; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 389; *Eger*, S. 125; *Eger/Scheufen*, S. 155; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 559 (1999); *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 6; *Reich*, S. 49 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 131; *Bischoffshausen*, S. 269; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1232 (1998); *ders.*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988); *Langus/Neven/Shier*, S. 13; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 292 f. (1996).

183 Die unterlassene Schöpfung und Vermarktung schafft keine neue Nachfrage, mithin keine zusätzliche Produzenten- und Konsumentenrente, *Schmidtchen*, S. 16 f.; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 389 f.; *Bischoffshausen*, S. 276; *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988); siehe auch *Lévêque/Ménière*, S. 9; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20; *Eger*, S. 125; *Eger/Scheufen*, S. 147; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schafft.[184] Dabei ist nicht schon das Urheberrecht selbst der Anreiz. Das Schutzrecht ist wenig wert, wenn der Schutzgegenstand – etwa ein Spielfilm – floppt.[185] Der Anreiz ist vielmehr die Aussicht auf Gewinn, den der Wettbewerb verspricht.[186] Um an diesem Wettbewerb – dem Wettbewerb auf der Ebene der Werke – teilnehmen zu können, bedarf es eines Wettbewerbsvorteils gegenüber Trittbrettfahrern:[187] den Spielraum, einen Preis *über* den Grenzkosten zu verlangen (sog. Markt- oder Preissetzungsmacht).[188] Damit wird der – zuvor vollkommene – Wettbewerb auf der

184 *Hilty/Henning-Bodewig*, S. 82; *Drexl*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 259; *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 18; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 288; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Benhamou/Farchy*, S. 29; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 389 f.; *Eger/Scheufen*, S. 155; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1059 (2005); *ders.*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 131 (2004); *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 559 (1999); *Cohen*, 53 Vand. L. Rev. 1799, 1801 (2000); *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 5; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 28; *Koboldt*, S. 76; *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988); *Schmidtchen*, S. 17; *Langus/Neven/Shier*, S. 14; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 293 (1996).

185 Vgl. *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 17 („There are many books, movies and patented inventions that actually do not sell for the simple reason that they do not find sufficient consumer demand").

186 *Ullrich*, GRUR Int. 1996, 555, 566 („Dieser Wettbewerb also, nicht das Schutzrecht, entscheidet über den Investitionsanreiz, d.h. über die erreichbare Nachfrage, über die unternehmerischen Gewinnziele und -möglichkeiten und über den Wert des geschützten Wissens am Markt. Das Schutzrecht ist nur Mittel zu dem Zweck, der dem Wettbewerb vorgegeben ist, eine Handlungsbefugnis, die wettbewerbsgerechtes, d.h. individuell Gewinn maximierendes Verhalten ermöglicht, aber es ist nicht selbst schon Zweck, Anreiz oder Belohnung, weder als solches noch als System"); *Ullrich/Heinemann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, VII., B., Rdnr. 22; siehe auch *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 55; *ders.*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 242; *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 17; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 570; *v. Weizsäcker*, Kyklos 34 (1981), 345, 353.

187 *Hilty*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 243 („Immaterialgüterrechte sollen die Aussicht vermitteln, bei besonderem, das heißt außergewöhnlichem Ergebnis der Investition (befristet) auch eine besondere Wettbewerbsposition zu erlangen"); *ders.*, UrhR[1], Rdnr. 55; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 212; *ders.*, in: *Geiger*, Criminal Enforcement of Intellectual Property, S. 14; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *Rauda*, S. 21 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Produktebene beschränkt, um den Wettbewerb auf der Werkebene zu fördern.[189] Die Vertreter des Incentive-Access-Ansatzes versprechen sich davon Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken,[190] mithin einen dynamischen Effizienzgewinn.[191]

---

188 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 288; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); siehe auch *Lévêque/Ménière*, S. 13.

189 Sog. Mehrebenenansatz, *v. Weizsäcker*, Kyklos 34 (1981), 345 ff.; ebenso für alle Immaterialgüterrechte als „Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs" *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356, 360 f.; *ders.*, IIC 1985, 525, 537 ff.; ähnlich *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 75; *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 16; *ders.*, IIC 2004, 788, 805; *ders.*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law; S. 648; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 47; *ders.*, in: *Ghidini/Genovesi*, Intellectual Property and Market Power, S. 175; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 561; *Ohly*, in: *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, S. 48; *Conde Gallego*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 235; *dies.*, GRUR Int. 2006, 16, 27; siehe auch *Hilty*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 49 f.

190 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 55; *ders.*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 241; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 115 u. 120; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 76; *ders.*, in: *Geiger*, Criminal Enforcement of Intellectual Property, S. 14; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 212; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 9; *Hilty/Henning-Bodewig*, S. 82; *Drexl*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 259; *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 18; *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Langus/Neven/Shier*, S. 14; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 288; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 16; *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Benhamou/Farchy*, S. 29 f.; *Eger/Scheufen*, S. 155; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1059 (2005); *ders.*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 131 (2004); *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); *Elkin-Koren/Salzberger*, 19 Int'l Rev. L. & Econ. 553, 559 (1999); *Schäfer/Ott*, S. 668; *Cohen*, 53 Vand. L. Rev. 1799, 1801 (2000); *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 5; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 28; *Koboldt*, S. 75; *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1234 (1998); *ders.*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988).

191 Die Schöpfung und Vermarktung schafft eine neue Nachfrage, mithin eine zusätzliche Produzenten- und Konsumentenrente, *Schmidtchen*, S. 16 u. 19; *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 39; *ders.*, IIC 2004, 788, 805; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 561; *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheber-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Zugang

Die Beschränkung des Zugangs – oder genauer: des Wettbewerbs der Nutzungen – hat aber eine Kehrseite, nämlich eine konsumtive (unten (1)), kreative (unten (2)) und produktive (unten (3)) Unternutzung,[192] mithin einen Effizienzverlust.

(1) Konsumtive Unternutzung

Zunächst wird das Werk *konsumtiv* untergenutzt, d.h. es wird von weniger Menschen konsumiert als es aufgrund seiner Nicht-Rivalität konsumiert werden könnte. Das hängt damit zusammen, dass der Rechtsinhaber für das Produkt (z.B. Pay-TV) einen Preis (weit) *oberhalb* der Grenzkosten verlangt und nicht alle Konsumenten willens oder in der Lage sind, diesen Preis zu bezahlen.[193] Ein Beispiel ist die Live-Übertragung eines Fußball-Bundesligaspiels auf Sky, das nur Sky-Abonnenten konsumieren können.

Dieser Zustand ist bei statischer Betrachtung – also ohne Berücksichtigung der Anreizinteressen – ineffizient. Zur Begründung kann auf Erkenntnisse der ökonomischen Analyse von monopolisierten Märkten zu-

---

recht, S. 20; *ders.*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty, S. 50; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409, Fn. 18; *Benhamou/Farchy*, S. 29; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 340 (1989); *Lévêque/Ménière*, S. 9; *Eger/Scheufen*, S. 157; *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Schäfer/Ott*, S. 668; *Bischoffshausen*, S. 276; *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 25; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 256; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR[2], Bd. 1, Einl., Rdnr. 135; siehe auch *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 390. Eingehend zum Begriff der dynamischen Effizienz *Schwalbe/Zimmer*, S. 9 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR[2], Bd. 1, Einl., Rdnr. 135; *Motta*, S. 55.

192 Vgl. *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 117 („verbrauchender", „kreativer" und „vermittelnder Werkgebrauch"); *Gallagher*, S. 88 („consumers", „secondary creative users", „secondary productive users").

193 *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 293 (1996); *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1702 (1988); *ders.*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1236 (1998); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 298; *Koboldt*, S. 76; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 132; *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1059 (2005).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rückgegriffen werden.[194] Abbildung 1 veranschaulicht den Effizienzverlust im Monopol.

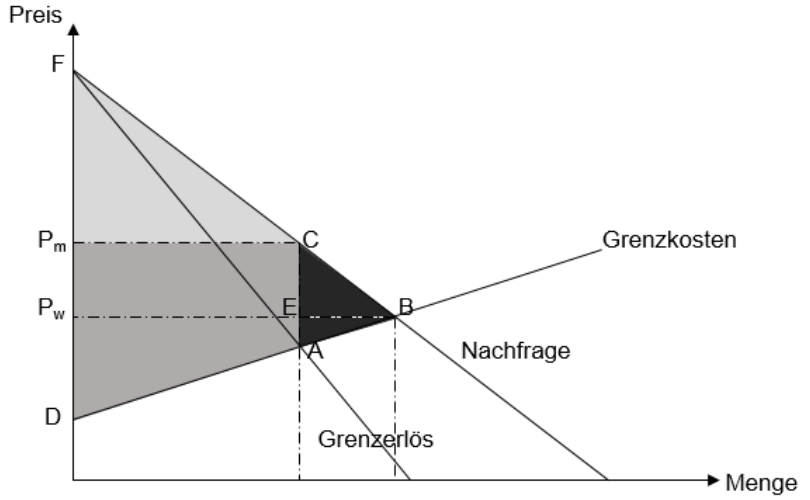

Abbildung 1: Effizienzverlust im Monopol

Unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells möchte der Produzent seinen Gewinn (Umsatz – Kosten) maximieren. Er wird also solange zusätzliche Kosten je Einheit (Grenzkosten) aufwenden, wie eine Kostensteigerung um einen Euro einen zusätzlichen Umsatz (Grenzerlös) von mehr als einem Euro bedeutet.[195] Die allgemeine Bedingung für das Gewinnmaximum lautet daher Grenzkosten = Grenzerlös.[196] In einem vollkommenen Wettbewerbsmarkt ist das angebotene Produkt uneingeschränkt austauschbar.[197] Weil schon eine minimale Preiserhöhung dazu führt, dass die Nachfrage auf Produkte anderer Anbieter ausweicht (sog.

194 *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 291 f.; siehe auch *Schmidtchen*, S. 15 ff.; *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 f. (1988); *ders.*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1235 f. (1998); *Benkler*, 53 Vand. L. Rev. 2063, 2070 f. (2000).

195 *Schäfer/Ott*, S. 55; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 367; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 292.

196 *Schäfer/Ott*, S. 55; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 368; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 292.

197 *Pindyck/Rubinfeld*, S. 361.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kreuzpreiselastizität)[198], ist die Nachfrage insgesamt äußerst bis vollkommen preiselastisch (sog. Preiselastizität der Nachfrage).[199] Der Produzent verfügt über keinerlei Preissetzungsmacht.[200] Jede zusätzlich verkaufte Einheit wird deshalb zum gleichen Preis verkauft, der Preis entspricht dem Grenzerlös.[201] Folglich wird das Gewinnmaximum an dem Punkt (= B) der Nachfragekurve erzielt, wo der Preis (= $P_{w)}$ *gleich* den Grenzkosten ist.[202] Das Ergebnis ist eine Gesamtrente gleich dem schraffierten Dreieck DBF, nämlich die Summe aus Produzentenrente DBP_w und Konsumentenrente P_wBF.

In einem Monopol hat der Produzent Preissetzungsmacht,[203] weil sein Produkt nicht durch Produkte anderer Anbieter substituiert werden kann.[204] Um seinen Gewinn zu maximieren, wird er den Preis (= $P_{m)}$ an dem („Cournotschen") Punkt C der Nachfragekurve ausrichten, bei dem die Grenzkosten dem Grenzerlös entsprechen (= A).[205] Mithin ist der Preis *höher* als die Grenzkosten.[206] Aufgrund des höheren Preises verlieren die Konsumenten, die das Produkt zum höheren Preis kaufen, einen Teil ihrer Konsumentenrente (=P_wECP_m) verlieren; jene, die es nicht zum Preis P_m

198 Eingehend *Schwalbe/Zimmer*, S. 82 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 235.

199 *Pindyck/Rubinfeld*, S. 361 u. 471.

200 *Schäfer/Ott*, S. 55; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 368; *Schwalbe/Zimmer*, S. 54; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 148 u. 209; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 292 f. Die Preissetzungs- oder Marktmacht bezeichnet die Fähigkeit eines oder mehrerer Unternehmen, einen Preis für ein Gut zu verlangen, der *über* den Grenzkosten liegt, *Schwalbe/Zimmer*, S. 53; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 207.

201 *Schäfer/Ott*, S. 55; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 369.

202 *Schäfer/Ott*, S. 55; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 369; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 148; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 293.

203 *Schäfer/Ott*, S. 60; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 457; *Schwalbe/Zimmer*, S. 22; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 161; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 294.

204 Vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, S. 457.

205 *Schäfer/Ott*, S. 60; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 461; *Schwalbe/Zimmer*, S. 23; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 162; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 295.

206 *Schwalbe/Zimmer*, S. 23 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 162; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 295.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kaufen, es aber zum Preis P_m kaufen würden, verzichten ebenfalls auf einen Teil ihrer Rente (= EBC).[207] Der Monopolist gewinnt zwar das Rechteck P_wECP_m, da er zu einem erhöhten Preis verkauft, verliert aber gleichzeitig das Rechteck ABE.[208] In der Folge steigt die Produzentenrente auf das mittelgrau schraffierte Rechteck $DACP_m$ an, während die Konsumentenrente auf das hellgrau markierte Rechteck P_mCF sinkt. Damit ist die Gesamtrente gleich dem hell- und mittelgrau schraffierten Viereck DACF ineffizient. Denn wenn der Staat das Monopol auflöste, wären die Vorteile der Konsumenten so groß (= P_wBCP_m), dass sie den um die Monopolrente P_wECP_m benachteiligten Monopolisten voll entschädigen könnten und ihnen dennoch ein Restvorteil (= EBC) verbliebe (Kaldor-Hicks-Kriterium[209]).[210] Im Monopol sinkt die Konsumentenrente also stärker als die Produzentenrente steigt.[211] Es tritt ein Effizienzverlust gleich dem schwarzen Dreieck ABC ein.[212]

Das Ausmaß des Effizienzverlustes hängt davon ab, wie stark der Monopolpreis (= $P_{m)}$ den Wettbewerbspreis (= $P_{w)}$ übersteigt.[213] Die Preisdifferenz korreliert mit der Preissetzungsmacht, also der Preiselastizität der Nachfrage.[214] In einem reinen Monopol können die Konsumenten zwar nicht auf Produkte anderer Anbieter ausweichen,[215] wohl aber den Konsum verringern oder völlig einstellen.[216] Je elastischer die Nachfrage auf eine Preisänderung reagiert, desto geringer ist die Preissetzungsmacht und

207 *Pindyck/Rubinfeld*, S. 480.
208 *Pindyck/Rubinfeld*, S. 480.
209 Zum Kaldor-Hicks-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) bb).
210 *Schäfer/Ott*, S. 61; *Mathis*, S. 154 f.; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 297, Fn. 1554.
211 *Schäfer/Ott*, S. 61.
212 *Schäfer/Ott*, S. 61; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 480; *Schwalbe/Zimmer*, S. 25; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 164; *Mathis*, S. 155; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 297.
213 *Schwalbe/Zimmer*, S. 54; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 209; vgl. auch *Pindyck/Rubinfeld*, S. 483.
214 *Schwalbe/Zimmer*, S. 54; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 209.
215 Vgl. *Pindyck/Rubinfeld*, S. 457.
216 Vgl. *Schwalbe/Zimmer*, S. 56; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 210; vgl. auch *Pindyck/Rubinfeld*, S. 477.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

desto geringer ist die Differenz zwischen Wettbewerbs- und Monopolpreis, mithin der Effizienzverlust.

Nichts anderes gilt für den monopolistischen Wettbewerb – eine Mischform aus Monopol und vollkommenen Wettbewerb[217] –, weil hier das angebotene Produkt durch Produkte anderer Anbieter zwar beschränkt, aber doch nicht völlig substituiert werden kann.[218] Auch hier verfügt der Anbieter über Preissetzungsmacht[219], übersteigt der Preis die Grenzkosten und entsteht ein Effizienzverlust.[220] Allerdings ist der Effizienzverlust geringer als im Monopol, weil sich der Preis langfristig gesehen den Stückkosten annähert.[221]

Um diese Erkenntnisse auf das Urheberrecht zu übertragen, ist zwischen dem Werk als solchen und dem Produkt dieses Werkes zu unterscheiden.

Werke (z.B. Verdi-Opern) sind zwar stets einzigartig, zumeist aber mit anderen Werken (z.B. Puccini-Opern) beschränkt austauschbar.[222] Urhe-

---

217 Grundlegend *Chamberlin*, The Theory of Monopolistic Competition (1938); eingehend *Yoo*, 79 N.Y.U. L. Rev. 212, 236 (2004); siehe auch *Pindyck/Rubinfeld*, S. 575 ff.; *Schwalbe/Zimmer*, S. 33 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 178.

218 *Chamberlin*, S. 63; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 575; *Yoo*, 79 N.Y.U. L. Rev. 212, 236 (2004).

219 *Pindyck/Rubinfeld*, S. 575; *Yoo*, 79 N.Y.U. L. Rev. 212, 236 (2004).

220 *Pindyck/Rubinfeld*, S. 578; *Schwalbe/Zimmer*, S. 34; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 179; *Yoo*, 79 N.Y.U. L. Rev. 212, 252 (2004).

221 Solange Gewinne erwirtschaftet werden, treten andere Unternehmen in den Markt ein, *Pindyck/Rubinfeld*, S. 577; *Schwalbe/Zimmer*, S. 34; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 178.

222 Vgl. *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 41 („Entertainment films, for instance, are certainly original in that they differ from each other. Yet there are no doubts that members of the audience constantly make choices as to what films they prefer to see from a large number of movies that come out every week in the cinemas. Films are, however, very incomplete substitutes and whether one film is an option to another film may vary considerably among viewers according to their individual tastes and preferences“); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 291 („Ein absoluter Kino-Kassenschlager hat wenige, mitunter gar keine Substitute. Bei einem Dreigroschen-Roman bestehen dagegen viele nahe Substitute. In den meisten Fällen existieren für urheberrechtlich geschützte Werke keine perfekten Substitute, in vielen Fällen nicht einmal nahe Substitute“); *Lévêque/Ménière*, S. 13; *Gordon*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1367, 1388, Fn. 76 (1998); *Dreier*, in: *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 77; *Langus/Neven/Shier*, S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

berrechtsmärkte sind deshalb nur ausnahmsweise monopolisiert.[223] Im Regelfall bilden sie monopolistische Wettbewerbsmärkte.[224] Maßgeblich ist nämlich nicht die Sicht der jeweiligen Fans – dann wäre tatsächlich jedes Werk nicht substituierbar –, sondern die Sicht der sog. marginalen Konsumenten, jener Konsumenten also, die das Werk zwar nachfragen, deren Präferenz aber am wenigsten ausgeprägt ist (und die deshalb bei einer Preiserhöhung auf andere Werke ausweichen).[225] Damit verfügt der Rechtsinhaber über Preissetzungsmacht, übersteigt der Preis die Grenzkosten[226] und sinkt die Konsumentenrente stärker als die Produzentenrente steigt.[227] Die Folge ist ein statischer Effizienzverlust.[228] Das Ausmaß des Effizienzverlustes hängt von der Preissetzungsmacht, also der Preiselasti-

223 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 75; *ders.*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 17; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 47; *Lévêque/Ménière*, S. 13; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1059 (2005); *Gordon*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1367, 1388, Fn. 76 (1998); *Bischoffshausen*, S. 275.

224 *Chamberlin*, S. 63 („Copyrighted books, periodicals, pictures, dramatic compositions, are monopolies; yet they must meet the competition of similar productions, both copyrighted and not. […] Each copyrighted production is monopolized by the holder of the copyright; yet it is also subject to the competition which is present over a wider field"); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 291 f.; *Koboldt/Schmidtchen*, ORDO 42 (1991), 295, 299 f.; *Meurer*, 23 Cardozo L. Rev. 55, 60 (2001); *Yoo*, 79 N.Y.U. L. Rev. 212, 241 (2004); *Langus/Neven/Shier*, S. 31.

225 Vgl. *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 178, Fn. 269, u. 194.

226 *Langus/Neven/Shier*, S. 31 („[T]hey set prices in the same way as a monopolist would, by equalizing marginal revenue and marginal cost"); *Lévêque/Ménière*, S. 13; *Benkler*, 53 Vand. L. Rev. 2063, 2068 (2000); *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1701 (1988); *ders.*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1234 (1998); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 293 (1996); *Gordon*, 41 Stan. L. Rev. 1343, 1437, Fn. 399 (1989); *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1059 (2005); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 292.

227 Vgl. *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1236 (1998).

228 *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20; *ders.*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty, S. 50; *Langus/Neven/Shier*, S. 31 f.; *Schmidtchen*, S. 19; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 298; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1059 (2005); *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 341 (1989); *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1702 (1988); *ders.*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1236 (1998); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 293 (1996); *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Gordon*, 41 Stan. L. Rev. 1343, 1437, Fn. 399 (1989); *Schäfer/Ott*, S. 668; *Bischoffshausen*, S. 276; *Heinemann*, Immaterialgüterschutz

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zität der Nachfrage, ab.[229] Die Bestimmung der Substituierbarkeit des Werkes ist aus ökonomischer Sicht nur Instrument, Hilfsmittel und Zwischenschritt, um das eigentliche Ziel, die Feststellung und Beurteilung von Preissetzungsmacht zu erreichen.[230] Entscheidend ist die umfassendere Frage, wie sehr die Nachfrage auf die Nutzung eines bestimmten Werkes angewiesen ist,[231] also ob etwa eine Verdi-Oper ein Werk ist, das – selbst bei unterstellter Nicht-Substituierbarkeit – konsumiert werden *muss*. Je geringer die Abhängigkeit, desto eher wird die Nachfrage auf die Nutzung verzichten und desto elastischer wird sie auf Preisänderungen reagieren.[232]

Auf der Produktebene hängt die Preissetzungsmacht zum einen von der Preiselastizität der Nachfrage nach dem Werk, zum anderen von der Anzahl der Anbieter und einer möglichen Produktdifferenzierung ab. Soweit das Werk von verschiedenen Anbietern als ein homogenes Produkt angeboten wird (z.B. ein und derselbe Popsong als Audio-on-Demand bei iTunes, Musicload, Spotify, Deezer etc.), ist das Produkt beliebig austauschbar und die Preissetzungsmacht gering. Der Preis übersteigt zwar die Grenzkosten – zu einer Amortisation ihrer Fixkosten sind die Anbieter in der Lage, weil sie Trittbrettfahren die Nutzung verbieten können –, aber langfristig gesehen niemals die Stückkosten.[233] Wird das Werk von verschiedenen Anbietern als ein differenziertes Produkt angeboten (z.B. Goethes „Faust“ als Taschenbuchausgabe bei Reclam und als gebundene Ausgabe bei C. H. Beck), ist das Produkt nicht mehr beliebig austauschbar und es besteht eine zusätzliche Preissetzungsmacht, die je nach Differenzierungsgrad mehr oder weniger gering ausfällt.[234] Über eine – je nach

---

in der Wettbewerbsordnung, S. 25; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 132; *Eger*, S. 124; *Eger/Scheufen*, S. 157; *Koboldt*, S. 76; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 (1997); *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249 u. 256.

229 *Langus/Neven/Shier*, S. 31.

230 *Schwalbe/Zimmer*, S. 73; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 228.

231 Vgl. *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 7; allgemein *Schwalbe/Zimmer*, S. 55; *Schwalbe/Zimmer*, S. 9 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 211.

232 Vgl. *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 7 („Copyright protection can lead to market dominance. But copyright-protected works are rarely ‚must have' products for consumers“).

233 Vgl. *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 108.

234 Eingehend *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 194 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Werk – quasi-monopolistische Preissetzungsmacht – mit der Folge eines erheblichen statischen Effizienzverlustes – kann der Rechtsinhaber nur verfügen, wenn er als einziger das Werk vermarktet. Dies ist eine Frage der produktiven Unternutzung (unten (3)).

(2) Kreative Unternutzung

Weiter wird das Werk *kreativ* untergenutzt, d.h. es wird von weniger Menschen zur Schöpfung neuer Werke (z.B. Verfilmung, Remix) genutzt als es aufgrund seiner Nicht-Rivalität genutzt werden könnte. Werke beruhen zumeist auf vorbestehenden Werken und diese ihrerseits auf zuvor geschöpften Werken usw., sodass Urheber letztlich „auf den Schultern von Riesen stehen“[235].[236] Dieser Schöpfungsprozess wird gestört, wenn der Rechtsinhaber für die Nutzung einen Preis von (weit) oberhalb der Grenzkosten verlangt, den der Nutzungswillige nicht zu bezahlen in der Lage ist. Die Folge ist eine Unterproduktion abhängiger neuer Werke,[237] mithin ein Effizienzverlust.[238]

235 So *Isaac Newton* in einem Brief an *Robert Hooke* („If I have seen further it is by standing on the shoulders of giants“), *Ohly*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, S. 100, Fn. 4.

236 *Hilty*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 78; *Ohly*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 291; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 997 (1997); *Peukert*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty, S. 50; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 332 (1989); *Pollaud-Dulian*, Le droit d’auteur, Rdnr. 48; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 132 f.; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 330; *ders.*, GRUR Int. 2008, 484, 485; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 250; *Bischoffshausen*, S. 275.

237 *Hilty*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 78; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *Wu*, 102 Va. L. Rev. 101, 121 (2006); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 331; *ders.*, GRUR Int. 2008, 484, 485; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 997 (1997); *Cohen*, 53 Vand. L. Rev. 1799, 1812 (2000); *dies.*, 97 Mich. L. Rev. 462, 547 (1998).

238 *Schmidtchen*, S. 19; *Eger*, S. 124.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(3) Produktive Unternutzung

Die vorliegende Arbeit befasst sich ausschließlich mit Fällen der *produktiven* Unternutzung, d.h. das Werk wird von keinem oder von weniger Verwertern als Produkt vermarktet als es rein tatsächlich vermarktet werden könnte. In diesen Fällen hat sich der Rechtsinhaber aus irrationalen[239] oder strategischen[240] Gründen entschieden, das Werk nicht zu verwerten bzw. es nicht zu lizenzieren. Es können drei Fallgruppen unterschieden werden: das Werk wird *überhaupt* nicht mehr verwertet (unten (a)); es wird nicht *neuartig* verwertet (unten (b)); und es wird nicht *gleichartig-konkurrierend* verwertet (unten (c)).

(a) Keine Verwertung

In der ersten Fallgruppe wird ein bereits veröffentlichtes Werk überhaupt nicht mehr verwertet, also in *keiner* Weise durch Vervielfältigung, Verbreitung, öffentliche Zugänglichmachung etc. als Produkt (z.B. Buch und/*oder* E-Book) vermarktet. Es handelt sich um ein sog. vergriffenes Werk, das allenfalls in Bibliotheken oder Antiquariaten erhältlich ist.[241] Hier ist das Ausschließlichkeitsrecht statisch betrachtet – also ohne Berücksichtigung der Anreizinteressen des Rechtsinhabers – schon nach dem Pareto-Kriteri-

239 *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1059 ff. (1997); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 332 f.; *Wu*, 102 Va. L. Rev. 101, 119 (2006).

240 *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1058 f. (1997); *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 278 (2007); siehe auch *Reich*, S. 60 u. 63.

241 Vgl. die Definition des „Memorandum of Understanding: Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works" („For the purpose of the dialogue on out-of-commerce works, a work is out of commerce when the whole work, in all its versions and manifestations is no longer commercially available in customary channels of commerce, regardless of the existence of tangible copies of the work in libraries and among the public (including through second hand bookshops or antiquarian bookshops"), *Staats*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 13d UrhWG, Rdnr. 6; siehe auch Art. L. 134-1 CPI („On entend par livre indisponible […] un livre publié […] qui ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne fait pas actuellement l'objet d'une publication sous une forme imprimée ou numérique"); Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 18 („Soweit Printwerke vergriffen, also nicht mehr lieferbar sind […]").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

um[242] ineffizient:[243] Ohne Urheberrecht bestünde eine „spontane Ordnung“[244] der Nutzungen, die zwei Tatsachen „entdecken“[245] würde: das vergriffene Werk, nach dem eine Nachfrage besteht, und die „unbekannte Person“[246], die diese Nachfrage befriedigt. Die „unbekannte Person“ und die Konsumenten, die das vergriffene Werk nachfragen, würden die Freiheit zur Verwertung bevorzugen, während der Rechtsinhaber indifferent bliebe, weil seine Anreizinteressen bei statischer Betrachtung ignoriert werden, er mangels eigener Verwertung keine Produzentenrente verlöre und das nicht-rivale Werk ebenfalls nutzen könnte.

(b) Keine neuartige Verwertung

In der zweiten Fallgruppe wird das Werk zwar verwertet, aber nur auf eine schon existierende, nicht auf eine neue Art. Man denke an einen Roman, der nur als gedrucktes Buch, aber nicht als E-Book verlegt wird, an eine Dissertation, deren Volltext nicht online durchsuchbar ist, oder an eine Fernsehsendung, die nicht zum Livestream „verarbeitet“ wird. Auch in dieser Fallgruppe ist das Ausschließlichkeitsrecht statisch betrachtet – also erneut ohne Berücksichtigung der Anreizinteressen des Rechtsinhabers – ineffizient: Die „unbekannte Person“, die das neuartige Produkt (z.B. E-Book) herstellte, und die Konsumenten, die dieses nachfragen, würden die Freiheit zur neuartigen Nutzung bevorzugen, während die Konsumenten eines andersartigen Produkts desselben Werkes (z.B. gedrucktes Buch) indifferent blieben, weil die Nutzung des Werkes nicht-rival ist (Pareto-Kriterium[247]).[248] Soweit der Hersteller des andersartigen Produktes durch das Auftreten des neuartigen Produkts seine faktische Preissetzungsmacht verlöre, mithin seine Produzentenrente gemindert würde, würde dieser Nach-

242 Zum Pareto-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) aa).
243 Vgl. *Eger*, S. 124.
244 Vgl. *v. Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 254.
245 Vgl. *v. Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, S. 249 („Daher möchte ich […] den Wettbewerb einmal systematisch als ein Verfahren zur Entdeckung von Tatsachen betrachten, die ohne sein Bestehen entweder unbekannt bleiben oder doch zumindest nicht genutzt werden können“).
246 Vgl. *v. Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, S. 42.
247 Zum Pareto-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) aa).
248 Vgl. *Eger*, S. 124.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

teil durch die Steigerung der Konsumentenrente mehr als ausgeglichen (Kaldor-Hicks-Kriterium[249]).

(c) Keine gleichartig-konkurrierende Verwertung

In der dritten Fallgruppe wird das Werk von nur einer Person – dem Rechtsinhaber – verwertet, obwohl es rein tatsächlich von einem Wettbewerber auf die gleiche Art verwertet werden könnte. So wird ein wissenschaftlicher Aufsatz zumeist in einer einzigen wissenschaftlichen Zeitschrift verlegt, obwohl er rein tatsächlich auch in anderen Zeitschriften publiziert werden könnte. Ein Beispiel für eine gleichartig-konkurrierende Verwertung ist Goethes „Faust", der als gedrucktes Buch von Reclam für 5,80 Euro, von dtv für 6,90 und von C. H. Beck für 8,00 Euro angeboten wird. Auch in dieser Fallgruppe ist das Ausschließlichkeitsrecht statisch betrachtet ineffizient: Die „unbekannte Person", die das gleichartige, möglicherweise billigere Parallelprodukt herstellte (z.B. eine Reclam-Ausgabe), und die Konsumenten, die dieses nachfragen, würden die Freiheit zur konkurrierenden Verwertung bevorzugen, während die Konsumenten des Produkts des Rechtsinhabers mindestens indifferent blieben, weil die Nutzung des Werkes nicht-rival ist (Pareto-Kriterium[250]).[251] Soweit der Rechtsinhaber durch das Auftreten des gleichartigen Produktes seine faktische Preissetzungsmacht verlöre – was hier zweifellos der Fall wäre –, mithin seine Produzentenrente gemindert würde, würde dieser Nachteil bei statischer Betrachtung durch die Steigerung der Konsumentenrente mehr als ausgeglichen (Kaldor-Hicks-Kriterium[252]). Damit schließt sich der Kreis zur konsumtiven Unternutzung (oben (2)).

cc) Anreiz-Zugangs-Optimierung

Bei einer Gesamtbetrachtung ergibt sich ein Dilemma: Auf der einen Seite muss der Wettbewerb der Nutzungen beschränkt werden, damit ein homo oeconomicus in die Schöpfung und Vermarktung von Werken investiert,

249 Zum Kaldor-Hicks-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) bb).
250 Zum Pareto-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) aa).
251 Vgl. *Eger*, S. 124.
252 Zum Kaldor-Hicks-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) bb).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mithin ein dynamischer Effizienzverlust vermieden wird. Auf der anderen Seite führt ebendiese Beschränkung dazu, dass bestehende Werke untergenutzt werden und ein statischer Effizienzverlust eintritt.[253] Nach dem Incentive-Access-Ansatz muss die Beschränkung daher angemessen sein, darf also nur soweit reichen, wie damit eine Unterproduktion verhindert wird.[254] Auf den Punkt gebracht hat dies Lord Macaulay in seiner Rede vom 5. Februar 1841 vor dem House of Commons:

> „It is good, that authors should be remunerated; and the least exceptionable way of remunerating them is by a monopoly. Yet monopoly is an evil. For the sake of the good we must submit to the evil; but the evil ought not to last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good."[255]

Aus ökonomischer Sicht bedeutet „angemessen" „am Effizienzziel gemessen". Unter Zugrundelegung des Effizienzziels müssen die Kosten des Urheberrechts durch den Nutzen *mehr* als ausgeglichen werden,[256] weil dann die Rechtsinhaber die Nutzer kompensieren (könnten) und ihnen ein Rest-

---

253 *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20; *ders.*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty, S. 50; *Koboldt*, S. 76; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 132; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 298; *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1058 (2005); *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Benhamou/Farchy*, S. 27 u. 30; *Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 341 (1989); *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 25; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 293 f. (1996); *Schmidtchen*, S. 19; *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1661, 1700 (1988); *Schäfer/Ott*, S. 668; *Bischoffshausen*, S. 276; *Eger/Scheufen*, S. 157; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 99 f. (1997); *Kerber*, ZGE 2013, 245, 249 u. 256.

254 *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 115 u. 122; *ders.*, RIDE 4/2011, 481, 487; *ders.*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 212; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 76; *ders.*, in: *Geiger*, Criminal Enforcement of Intellectual Property, S. 15; *ders.*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 241; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 8; *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 38; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20; *ders.*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty, S. 50; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1065 (2005); *ders.*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 131 (2004); *Leistner*, ZGE 2009, 403, 407; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 256; *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L. J. 93, 100 (1997).

255 Hansard, Third Series, Volume 56, S. 348, abrufbar unter: http://hansard.millbanksystems.com/commons/1841/feb/05/copyright (zuletzt besucht am 20.12.2015).

256 *Drexl*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 34; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 20; *ders.*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hil-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vorteil verbleibt, der ihnen weitere Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken erlaubt (Kaldor-Hicks-Kriterium[257]). Vereinfacht gesagt beschränkt das effiziente Urheberrecht die Nutzung *nur* soweit, wie es damit Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken ermöglicht. Dies wird in Abbildung 2 veranschaulicht:

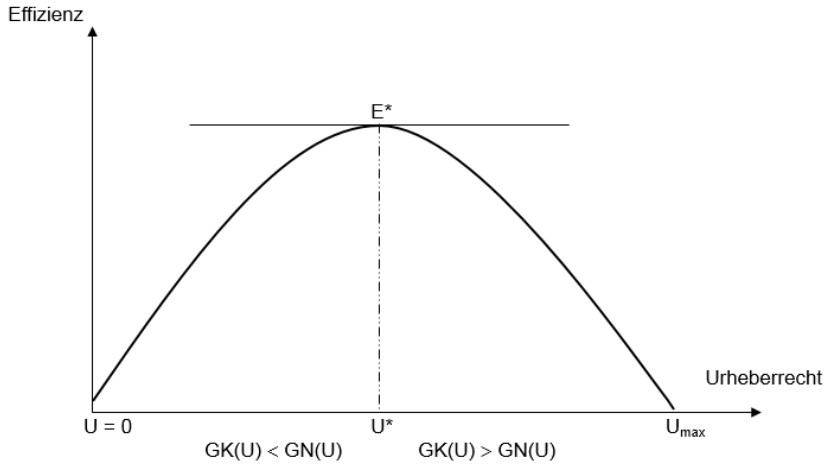

Abbildung 2: Effizientes Urheberrecht (in Anlehnung an Eger/Scheufen, S. 158)

Danach wird mit zunehmendem Schutz die Effizienz zunächst gesteigert. Zwar nimmt der Grenznutzen sukzessive ab, überwiegt aber immer noch die Grenzkosten (GN(U) > GK(U)). In dem Punkt, in dem die horizontale Tangente die Effizienzkurve schneidet, sind die Grenzkosten gleich dem Grenznutzen und wird das Effizienzmaximum (= E*) erzielt:[258] das Urheberrecht ist effizient (= U*). Geht der Urheberrechtsschutz über diesen

---

ty, S. 50*; Landes/Posner*, 18 J. Leg. Stud. 325, 326 (1989); *Schäfer/Ott*, S. 668; *Eger*, S. 125; *Eger/Scheufen*, S. 157; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409, Fn. 18; *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 (2002); *Bischoffshausen*, S. 276; *Koboldt*, S. 76; *Gallagher*, S. 86; siehe auch *Lévêque/Ménière*, S. 8; *Benhamou/Farchy*, S. 29 f.; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 390.

257 Zum Kaldor-Hicks-Kriterium siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) bb).

258 *Eger/Scheufen*, S. 159; *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 15 (2011); *Bischoffshausen*, S. 301, Fn. 1287; *van den Bergh*, IPQ 1998, 17, 32.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Punkt hinaus (U > U*) übersteigen die Grenzkosten den Grenznutzen (GN(U) > GK(U)) und es wird (erneut) ein Effizienzverlust erzielt.

Nach dem Incentive-Access-Ansatz kann das Effizienzziel also nur erreicht werden, wenn der Gesetzgeber das Urheberrecht maßschneidert. Dazu stehen ihm drei Stellschrauben zur Verfügung, die im 2. Kapitel dargestellt werden: die *Schutzfrist* als die „Länge" des Urheberrechts; die *Schutzvoraussetzungen* als die „Höhe"; und die *Schutzbeschränkungen* des einmal gewährten und noch nicht abgelaufenen Urheberrechtsschutzes als dessen „Breite".[259] Schutzbeschränkungen sind demnach einem effizienten Urheberrecht immanent.[260]

b) Kritische Würdigung

Der große Vorzug des Incentive-Access-Ansatzes ist, dass er nicht nur den Nutzen, sondern auch die Kosten des Urheberrechts in den Blick nimmt.[261] Allerdings stößt der Ansatz auch auf Kritik, nämlich hinsichtlich des Anreizerfordernisses (unten aa)), alternativer Anreizmechanismen (unten bb)), des Effizienzziels (unten cc)) und der Operationalisierbarkeit (unten dd)).

aa) Anreizerfordernis

Im Hinblick auf das Anreizerfordernis ist zwischen Verwertern und Urhebern zu unterscheiden. Die erstgenannten kommen dem Modell des homo oeconomicus sehr nahe.[262] Ohne den Wettbewerbsvorteil würden sie kaum in die Produktion von Werken oder den Lizenzerwerb investieren. So hätte

---

259 *Varian*, 19 JEP 121, 124 ff. (2005) („height, width and length"); *Eger/Scheufen*, S. 157; ähnlich auch *Eger*, S. 127; *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 15 (2011).

260 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 177; *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 83 (2002).

261 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 134; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464; *Bischoffshausen*, S. 281.

262 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 54; *Reich*, S. 31; *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 176; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 262 f.; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 340 (1996); *ders.*, 51 Vand. L. Rev. 217, 250 (1998); *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 36; *ders.*, IIC

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

etwa New Line Cinema niemals über 300 Mio. US-Dollar in die Verfilmung des „Herrn der Ringe“ investiert, wenn kein monetärer Anreiz bestanden hätte.[263]

Für die Urheber ergibt sich verhaltenswissenschaftlich ein deutlich differenzierteres Bild. Während der homo oeconomicus sein Tätigwerden von äußeren Faktoren abhängig macht (sogenannte extrinsische Motivation), wird der homo creator[264] zumindest auch aus einem eigenen, inneren Anlass und Antrieb tätig (sogenannte intrinsische Motivation)[265]. So ist für manche Urheber die künstlerische Betätigung schlicht Selbstzweck. Da sie bereits im kreativen Schaffensprozess Erfüllung und Befriedigung finden, streben sie nicht einmal zwingend nach Veröffentlichung und gesellschaftlicher Anerkennung.[266] Andere Werkschöpfer, insbesondere Wissenschaftler, sind zwar auch extrinsisch motiviert; ihnen geht es dann aber weniger um Geld als um Aufmerksamkeit und Ansehen.[267] Sicher gibt es auch Kreative, etwa Bestsellerautoren und Superstars, aber auch Journalisten und Übersetzer, für die auch monetäre Anreize eine zentrale Rolle spielen.[268] Für die meisten Urheber dürfte die monetäre Anreizwirkung des Urheberrechts empirischen Studien zufolge aber wesentlich geringer

---

2006, 371, 380; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 160; siehe auch *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 7.

263 *Thompson*, S. 30 f. („Expanded to three parts, the undertaking would require a huge budget. […] Yet the potential rewards were enticing. *Rings* could obviously become a franchise. […] Like those franchises, *Rings* potentially could generate enormous income from ancillary products“).

264 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 53.

265 *Peukert*, in: *Rehbinder*, Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 140; *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 36; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 153; *Reich*, S. 34 f.

266 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 154; *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 36; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 134; *Strowel*, Droit d’auteur et copyright, Rdnr. 176.

267 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 154; *Hurt/Schuchmann*, 56 Am. Econ. Rev. 421, 425 f. (1996); *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 36; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 75; *Geiger*, Droit d’auteur et droit du public à l’information, Rdnr. 35; *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 340 (1996); *Strowel*, Droit d’auteur et copyright, Rdnr. 176; *Geiger*, IIC 2006, 371, 380.

268 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 161.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sein als gemeinhin angenommen.[269] Der homo creator ist damit nur beschränkt rational und eigennützig *(bounded rationality)*.[270] Noch schwieriger mit dem Anreizgedanken zu begründen sind nach dem Stand der empirischen Forschung die Urheberpersönlichkeitsrechte *(droits moraux)* – insbesondere das Veröffentlichungsrecht *(droit de divulgation)* und der Entstellungsschutz *(droit au respect de l'œuvre)* – wenn auch das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft *(droit de paternité)* eine gewisse Rolle spielen dürfte.[271] Zumindest die *unbegrenzte* Nachahmungsfreiheit dürfte dem homo creator aber ein Maß an Frustrationen zufügen, das seine Motivation, schöpferisch tätig zu werden, mehr oder weniger nachhaltig reduzierte.[272] Das Anreizerfordernis ist damit zwar erheblich relativiert, aber auch nicht völlig widerlegt.[273]

---

269 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 36; *ders.*, ZUM 2003, 983, 986; *Ohly*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 289; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 155 ff.; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 405; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 484; *Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484, 487; *Geiger*, IIC 2006, 371, 380; *ders.*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 35; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 262; *Bischoffshausen*, S. 277; siehe auch *Strowel*, Droit d'auteur et copyright, Rdnr. 176.

270 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 161; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 418; siehe auch *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 4.

271 *Hilty*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, 2011, S. 75; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 420; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 488; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 154, Fn. 634; siehe auch *Benhamou/Farchy*, S. 12; *Farchy*, Propr. intell. 21 (2006), 388, 393; *Bischoffshausen*, S. 272 ff.; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 250 ff.

272 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 53; *Reich*, S. 3; siehe auch *van den Bergh*, IPQ 1998, 17, 30 ff.

273 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 161 f.; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 405 f.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 484 u. 488; *Bischoffshausen*, S. 279; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 7; *Reich*, S. 35; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 262 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Alternative Anreizmechanismen

In der Literatur werden verschiedene alternative Anreizmechanismen erörtert, insbesondere Einnahmen durch Zeitvorsprung *(lead time)*[274], Werbeeinnahmen[275] und eine staatliche Kulturförderung[276] (z.B. durch staatliche Direktleistungen, Stipendien und Steuererleichterungen)[277]. Der natürliche Zeitvorsprung desjenigen, der als erstes mit einem (nicht-ausschließlichen) Werk auf dem Markt auftritt *(first mover advantage)*, ist aber im digitalen Zeitalter marginal, da Trittbrettfahrer digitale Kopien binnen kürzester Zeit herstellen können.[278] Ebenso wenig können Werbeeinnahmen das Urheberrecht (vollständig) ersetzen, da sie zumindest im Bereich der traditionellen Medien stark rückläufig sind.[279] Auch die (völlige) Umstellung auf ein System staatlicher Kulturförderung überzeugt nicht.[280] Dann nämlich müsste der Staat darüber entscheiden, welcher Urheber für welche Werke in welcher Höhe gefördert (vergütet) werden soll. Diese Fragen eröffneten aber Raum für nur schwer kontrollierbare subjektiv-geprägte Vergabemuster, persönliche Seilschaften und Zensur.[281] Nur der Markt offenbart, welche Werke welches Urhebers in welchem Maße aktuell nach-

274 *Plant*, 1 Economica 167, 171 (1934); *Hurt/Schuchman*, 56 Am. Econ. Rev. 421, 427 (1996); *Breyer*, 84 Harv. L. Rev. 281, 300 (1970); *Palmer*, 12 Hamline L. Rev. 261, 295 (1989).

275 *Palmer*, 12 Hamline L. Rev. 261, 290 (1989).

276 *Calandrillo*, 9 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 301, 336 ff. (1998); *Hurt/Schuchman*, 56 Am. Econ. Rev. 421, 426 (1996); *Breyer*, 84 Harv. L. Rev. 281, 283 (1970).

277 *Breyer*, 84 Harv. L. Rev. 281, 287 (1970).

278 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 54; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 136; *Bischoffshausen*, S. 285; *Reich*, S. 101.

279 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 138 f.; *Bischoffshausen*, S. 287 f.

280 *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 3; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 134; *Bischoffshausen*, S. 288 f.; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 265; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 141 f.

281 *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1612 (1982); *dies.*, in: *Ott/Schäfer*, Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, S. 331; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 141; *Bischoffshausen*, S. 288; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 265.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gefragt werden.[282] Damit können alternative Anreizmechanismen das Urheberrecht zwar ergänzen, aber nicht ersetzen.[283]

cc) Effizienzziel

Problematisch ist weiter das Effizienzziel, das sich hinter der Anreiz-Zugangs-Optimierung verbirgt. Die bereits abstrakt dargestellten Einwände gegen das Kaldor-Hicks-Kriterium[284] werden nun ganz konkret: Die Verwertungsrechte, die Schutzvoraussetzungen, die Schutzfrist, einzelne Schranken und das *droit de paternité* (§ 13 UrhG, Art. L. 121-1 Abs. 1 CPI) mag man noch mit dem Effizienzziel begründen können. Aber was ist etwa mit der Schranke zugunsten behinderter Menschen (§ 45a UrhG, Art. L. 122-5-7 CPI), dem zwingenden Urhebervertragsrecht und den übrigen Urheberpersönlichkeitsrechten? Ein Begründungsansatz, der den Blick davor verschließt, dass auch und gerade im Urheberrecht sozial- und kulturpolitische Fragen eine große Rolle spielen, liefe Gefahr, weit verbreitete Gerechtigkeitsvorstellungen zu ignorieren und gegen Völker- und Verfassungsrecht zu verstoßen.[285] Deshalb müssen entweder der Incentive-Access-Ansatz um individualistische Ansätze[286] oder aber das zugrundeliegende Effizienzziel um außerökonomische Zielvorstellungen[287] ergänzt werden.

---

282 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 56; *Croskery*, 68 Chi.-Kent L. Rev. 631, 640 (1993); *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 264; siehe auch *Lévêque/ Ménière*, S. 10 f.

283 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 141 f.

284 Siehe bereits 1. Kapitel A. II. 1. b) bb) (2).

285 *Leistner*, ZGE 2009, 403, 412 f. u. 420 f.; *Leistner/ Hansen*, GRUR 2008, 479, 482 u. 488; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 165 f.; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 21 f.; *Bischoffshausen*, S. 258 f.; *Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484, 488; siehe auch *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 469.

286 So wird der Incentive-Access-Ansatz in Deutschland und Frankreich zumeist neben individualistischen Ansätzen vertreten, siehe 1. Kapitel A. II. 2. a.A.

287 So befürworten *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409 ff.; *Leistner/ Hansen*, GRUR 2008, 479, 482 u. 488; und *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 278 ff., eine normative „Aufladung" des Effizienzziels. Ähnlich auch *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 61 („Verwirklicht wird das Gemeinwohl aus heutiger Wahrnehmung am wirkungsvollsten im Rahmen eines funktionierenden, aber nicht notwendigerweise ungesteuerten, son-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dd) Operationalisierbarkeit

Zu guter Letzt richtet sich die Kritik gegen die Operationalisierbarkeit des Incentive-Access-Ansatzes. Zum einen erschwert die *bounded rationality* des homo creator treffsichere Prognosen zur Anreizwirkung.[288] Zum anderen ist nicht ersichtlich, wie die Kosten und Nutzen empirisch ermittelt und in Geld bewertet werden könnten.[289] Damit können dem Incentive-Access-Ansatz zwar keine konkrete Aussagen zur „richtigen" Ausgestaltung des Urheberrechts entnommen werden.[290] Ihn deshalb aber als unbrauchbar zu verwerfen, würde zu weit führen. Zum einen käme ein solcher Vorwurf der Unbrauchbarkeit einem „Totschlagargument" gleich, dem kein Begründungsansatz – auch und gerade kein individualistischer Ansatz[291] –standhalten könnte.[292] Zum anderen ist der Incentive-Access-Ansatz durchaus brauchbar: erstens begründet er das Urheberrecht *realwissenschaftlich* statt bloß intuitiv („Madame Bovary, c'est moi"); zwei-

dern vielmehr im Hinblick auf die Verwirklichung übergeordneter Ziele maßvoll gelenkten Wettbewerbssystems").

288 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 168.

289 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 168; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 483; *Bischoffshausen*, S. 304; *Bartmann*, S. 47; allgemein auch *Eidenmüller*, S. 54.

290 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 168; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 483; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 411; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 283; *ders.*, GRUR Int. 2008, 484, 488; *Koboldt*, S. 110; *Lunney*, 49 Vand. L. Rev. 483, 486 (1996); *Bischoffshausen*, S. 304; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464.

291 *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 131 („Damit erweist sich das naturrechtliche Fundament des Urheberrechts als tragfähig. […] Allerdings darf man nicht überschätzen, was das Naturrecht als vorgegebene rechtliche Ordnung leisten kann, nämlich nur gewisse Kernaussagen und kein detailliertes System konkreter Normen. So lässt sich aus dem Naturrecht z.B. nicht ableiten, dass das Urheberrecht ewig währen, allumfassend oder schrankenlos sein müsse"); siehe auch *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 34 („De toute manière, même si ces théories pourront être avancées pour justifier *le principe* d'un droit, elles ne permettront pas de déterminer *la portée* ni *l'entendue* concrète de ce droit. […] Ces décisions sont prise par le législateur, il s'agit de décisions politiques, se fondant donc sur des considérations d'ordre ‚utilitariste'" [Hervorh. i. Orig.]); *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 480.

292 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 247 f.; siehe auch *Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484, 488.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tens trifft er die zentrale Grundaussage, dass dieses Urheberrecht ein irgendwie *beschränktes* sein muss.[293]

c) Zwischenergebnis

Nach dem Incentive-Access-Ansatz hat das Urheberrecht die Aufgabe, den effizienten Zustand zwischen Unterproduktion und Unternutzung herbeizuführen. Der Incentive-Access-Ansatz hat den Vorteil, dass er nicht nur den Nutzen, sondern auch die Kosten des Urheberrechts in den Blick nimmt. Soweit man Anreize für erforderlich hält, führt kein Weg am Urheberrecht vorbei. Allerdings ist das Anreizerfordernis – zumindest für den homo creator – erheblich relativiert; insbesondere die *droits moraux*, mit Ausnahme vielleicht des *droit de paternité*, sind mit dem Anreizgedanken derzeit kaum begründbar. Nun könnte man einwenden, dass nur solche Rechte erstrebenswert seien, die dem ökonomischen Effizienzziel dienten. Wenn der Incentive-Access-Ansatz aber mit weit verbreiteten Gerechtigkeitsvorstellungen sowie dem Völker- und Verfassungsrecht im Einklang stehen soll – nur dann ist er praktisch brauchbar –, muss er auch *außer*ökonomische Ziele berücksichtigen. Aus diesem Grund ist der letzte Kritikpunkt, die Unbestimmtheit der Anreiz-Zugangs-Optimierung, als eine *Chance* zu begreifen: Durch Einbeziehung neuer Erkenntnisse zur *bounded rationality* des homo creator sowie insbesondere durch Einbeziehung außerökonomischer Zielvorstellungen kann der Incentive-Access-Ansatz *empirisch* präzisiert und *normativ* „aufgeladen" werden.[294] Die vorgetragene Kritik wird auf diese Weise entkräftet.

293 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 168 f.; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464; *Koboldt*, S. 110; siehe auch *Bischoffshausen*, S. 305; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 483.

294 *Leistner*, ZGE 2009, 403, 412.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Property-Rights-Ansatz

Der zweite (wesentliche) utilitaristische Begründungsansatz ist der neoklassische Property-Rights-Ansatz, der seit den 1960er Jahren vertreten wird und eng verwandt mit der Chicago School ist.[295]

a) Inhalt

Der Property-Rights-Ansatz beruht auf der Annahme, dass private Verhandlungen bei Abwesenheit von Transaktionskosten[296] zu einer invarianten und effizienten Ressourcenallokation führen (Coase-Theorem).[297] Ronald Coase hat sie an folgendem Beispiel entwickelt (leicht abgewandelt):[298]

Rinderzüchter R und Getreidebauer B wohnen nebeneinander, die Rinder zertreten das von B bewirtschaftete Feld. Ohne die Rinder des R hätte B Kosten von 10 Euro und einen Nutzen von 12 Euro, also einen Gewinn

---

295 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 311 ff., Fn. 126 (1996) („What I have labelled ‚neoclassicism' is often referred to in the economic literature as ‚property rights theory'. […] I have chosen my label in order to emphasize the approach's roots in neoclassical (or ‚Chicago school') law and economics"); *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 171; *Bischoffshausen*, S. 281 f.; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 407; ähnlich auch *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 f. (2002). Als Vertreter des Property-Rights-Ansatzes können insbesondere angesehen werden *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347, 359 (1967); *Goldstein*, S. 145 ff.; *Easterbrook*, 42 Hous. L. Rev. 953, 961 ff. (2005); *ders.*, 4 Tex. Rev. L. & Pol. 103, 111 ff. (1999); *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 475 (2003); *Gordon*, 41 Stan. L. Rev. 1343, 1435 ff. (1989); *dies.*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1612 ff. (1982); *Merges*, 94 Colum. L. Rev. 2655, 2656 u. 2664 ff. (1994); *ders.*, 12 Berkeley Tech. L. J. 115, 131 ff. (1997); in Deutschland wird der (reine) Property-Rights-Ansatz etwa von *Reich*, S. 162 f., vertreten.

296 Transaktionskosten sind Kosten, die bei der Benutzung eines Marktes entstehen: Such- und Informationskosten *(search costs)*, Verhandlungs- und Entscheidungskosten *(bargaining costs)*, Überwachungs- und Durchsetzungskosten *(enforcement costs)* sowie Anpassungskosten, *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 203 ff.; *Bischoffshausen*, S. 292 f.

297 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 172; *Bischoffshausen*, S. 283; siehe auch *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 266 f. (2007). Ausführlich zum Coase-Theorem *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 59 ff.; *Schäfer/Ott*, S. 72 ff.; *Reich*, S. 48 ff.

298 *Coase*, 3 J. Law Econ. 1, 2 ff. (1960); siehe auch *Reich*, S. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von 2 Euro. Jedes Rind, das sein Feld zertritt, mindert den Nutzen um 1 Euro. Aus Sicht des R handelt es sich dabei um einen positiven externen Effekt, der in seiner Kosten/Nutzen-Rechnung nicht auftaucht. Um diese Externalität zu internalisieren, hat der Staat zwei Möglichkeiten: Entweder er verpflichtet R zur Zahlung von Schadensersatz *(liability rule)*; demnach müsste R bei drei Rindern einen Schaden von 3 Euro ersetzen, damit B weiterhin einen Gewinn von 2 Euro erzielt. Oder aber er ermöglicht private Verhandlungen, indem er B ein ausschließliches und frei übertragbares Ausschließlichkeitsrecht zuweist *(property rule)*; dann wird – unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells – B dem R das Feld für mehr als 2 Euro aber weniger als 3 Euro verpachten, sodass beide – B *und* R – ihren eigenen Nutzen *maximieren* können. Einzig die zweite Alternative führt zu einer *effizienten* Ressourcenallokation.

Unter Zugrundelegung des Coase-Theorems muss der Staat also lediglich ausschließliche und frei übertragbare *property rights* schaffen, um den Marktmechanismus in Gang zu setzen; die effiziente Ressourcenallokation erfolgt dann wie von selbst.[299]

Sieben Jahre später (1967) wurde das Coase-Theorem von Harold Demsetz um den Fall erweitert, dass die Ressource im Gemeinbesitz (Allmende) steht: Da Kosten und Nutzen auseinanderfielen, führe die Allmende zu einer Übernutzung des Allmende-Gutes (z.B. einer Weidefläche).[300] Diese „Tragödie der Allmende“[301] hielt Demsetz für verallgemeinerungsfähig und übertrug sie auf immaterielle Güter:[302] Werke seien ebenfalls Allmendegüter, sodass die externen Effekte internalisiert werden müssten. Die Internalisierung durch umfassende *property rights* erlaube dem Urheber bzw. Verwerter, in Verhandlungen mit demjenigen zu treten, der dem Werk einen höheren Wert beimesse als er selbst; damit werde ein Anreiz geschaffen, Werke zu schöpfen (Anreizfunktion), und das Werk demjenigen zugewiesen („allokiert“[303]), der es am effizientesten zu nutzen wisse

299 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 172; siehe auch *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 263 (2007) („Just create property rights, the argument goes, and the owners will sell to those who value the use more“).

300 *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347, 354 (1967).

301 *Hardin*, 162 Science 1243 ff. (1968) („Tragedy of the Commons“).

302 *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347, 359 (1967) („Consider the problems of copyright and patents. […] All problems of externalities are closely analogous to those which arise in the land ownership example. The relevant variables are identical“); siehe auch *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 173 f.

303 Von lat. „ad“ = zu; lat. „locare“ = setzen, stellen, Duden, Bd. 1, S. 171.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(Allokationsfunktion).[304] Die Grenze der Internalisierung liege dort, wo die Kosten den Nutzen überstiegen.[305] Im Gegensatz zum Incentive-Access-Ansatz wird der Nutzen aber grundsätzlich höher eingeschätzt als die Kosten.[306] Weil nach dem Coase-Theorem eine effiziente Ressourcenallokation private Verhandlungen voraussetzt, seien grundsätzlich *alle* externen Effekte durch *property rules* (Ausschließlichkeitsrechte) zu internalisieren („if value – then right").[307] Aus diesem Grund werden Schutzbeschränkungen wie insbesondere *liability rules*[308] (Vergütungsansprüche) grundsätzlich abgelehnt, da sie – entgegen dem Coase-Theorem – keine

304 *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347, 349 (1967); siehe auch *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1038 (2005); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 314 (1996); *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 171 u. 173; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 407 f.; *Bischoffshausen*, S. 282 f.; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464; Eingehend zur Anreiz- und Allokationsfunktion *Reich*, S. 72 ff.

305 *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347, 350 (1967) („[P]roperty rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization"); *Reich*, S. 93; siehe auch *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 265 (2007).

306 Vgl. etwa *Easterbrook*, 4 Tex. Rev. L. & Pol. 103, 111 (1999); *ders.*, 42 Hous. L. Rev. 953, 971 (2005) („We' don't know what is best, but in a Coasean world the affected parties will by their actions establish what is best. It is awfully hard to know what the optimal bundle of rights for authors is. When there is ignorance, it is best to give more rights to authors. Why? Because if the best arrangement turns out to be free distribution, then private transactions may produce this result when the statute assigns the rights to authors; but if the best arrangement turns out to be some fee for distribution and a lower price for use, it is extremely hard to get to this state of affairs if the statute cancels the distribution right").

307 Siehe etwa *Goldstein*, S. 146 („The logic of property rights dictates their extension into *every* corner in which people derive enjoyment and value from literary and artistic works", Hervorh. d. Verf.); *Landes/Posner*, 70 U. Chi. L. Rev. 471, 475 (2003) („[S]o far as is feasible, *all* valuable resources, including copyrightable works, should be owned, in order to create incentives for their efficient exploitation and to avoid overuse investments", Hervorh. d. Verf.); *Reich*, S. 118 („Der von einem kreativen Werk ausgehende soziale Nutzen muß internalisiert werden. Dieser Nutzen besteht in *jedem* rezeptiven Werkgenuß jedes einzelnen Endnutzers", Hervorh. d. Verf.); siehe auch *Lemley*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 131 (2004); *ders.*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1031 (2005); *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 265 (2007); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 315 ff. (1996); *Peukert*, in: *Berger/Macciacchini*, FS Hilty, S. 42; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 408; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 174; *Bischoffshausen*, S. 282; *Bartmann*, S. 45.

308 Grundlegend zur Unterscheidung von *property rules* und *liability rules Calabresi/Melamed*, 85 Harv. L. Rev. 1089 ff. (1972); *Merges*, 84 Cal. L. Rev. 1293, 1302

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

privaten Verhandlungen ermöglichten.[309] Allenfalls und nur ausnahmsweise in Fällen eines durch prohibitiv hohe Transaktionskosten verursachten Marktversagens werden Beschränkungen des Ausschließlichkeitsrechts für zulässig erachtet.[310] Aber auch hier wollen einige Vertreter des Property-Rights-Ansatzes bezeichnenderweise solange an *property rules* festhalten, wie der Markt aus sich heraus transaktionskostenökonomische Lösungen entwickeln kann („contracting into liability rules").[311]

b) Kritische Würdigung

Die gegen den Property-Rights-Ansatz vorgetragene Kritik kann in zwei Stränge unterteilt werden: Der erste Kritikstrang richtet sich gegen das ökonomische Verhaltensmodell bzw. das Anreizerfordernis, das ökonomische Effizienzziel und die auch hier[312] mangelnde Operationalisierbarkeit der Kosten/Nutzen-Analyse; diesbezüglich kann auf die Ausführungen zum Incentive-Access-Ansatz verwiesen werden. Während dort aber das Effizienzziel normativ „aufgeladen" werden kann, sind dem Property-Rights-Ansatz außerökonomische Erwägungen von vornherein fremd.[313]

(1996), hat die Funktionsweise von *liability rules* treffend mit „take now, pay later" beschrieben.

309 *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 320 (1996); *Leistner*, ZGE 2009, 403, 408; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 176; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464.

310 Siehe etwa *Goldstein*, S. 146 („[C]opyright should extend into every corner of economic value where the cost of negotiating a license is not *insurmountably* high", Hervorh. d. Verf.); *Reich*, S. 142 („Vergütungsansprüche sollen nur geschaffen werden, wenn die Ausschlußkosten und die Kosten der Transaktion selbst prohibitiv hoch sind"); *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1613 (1982); siehe auch *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 320 f. (1996); *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 83 (2002); *Leistner*, ZGE 2009, 403, 408; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 177; *Bischoffshausen*, S. 290; *Bartmann*, S. 45.

311 So etwa *Merges*, 84 Cal. L. Rev. 1293 ff (1996); *ders.*, 71 U. Chi. L. Rev. 183 ff. (2004); siehe auch *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 320 (1996) („Significantly, neoclassicists favor this marketplace norm even where high transaction costs would block market transactions, so long as it appears that a property rule might lead to the development of institutions for overcoming such barriers"); *Leistner*, ZGE 2009, 403, 408; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 176 f.; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464.

312 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 247.

313 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 181; *Bischoffshausen*, S. 290.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der zweite Kritikstrang wendet sich gegen die Übertragung des Coase-Theorems auf den Bereich des Urheberrechts. Zunächst versagt der Marktmechanismus nicht nur bei prohibitiv hohen Transaktionskosten. Die effiziente Allokation kann auch daran scheitern, dass der Nutzungswillige in den Verhandlungen nur den eigenen Nutzen berücksichtigt, nicht aber den Nutzen, den nicht am Vertrag beteiligte Dritte bzw. die Gesellschaft insgesamt aus der Nutzungshandlung ziehen.[314] Soweit der eigene und der gesellschaftliche Nutzen auseinanderfallen, etwa weil für das abhängige Werk (z.B. ein wissenschaftlicher Aufsatz) keine entsprechende Vergütung verlangt werden kann, wird der Nutzungswillige dazu neigen, den Wert der Nutzung geringer anzusetzen als er unter Einbeziehung des gesamtgesellschaftlichen Nutzens tatsächlich ist.[315] Die geringe Zahlungsbereitschaft des Nutzungswilligen kann dazu führen, dass Werke an einen Ort „wandern", wo sie ineffizient genutzt werden.[316] Die undifferenzierte Übertragung des Coase-Theorems auf das Urheberrecht ist aber bereits im Ansatz unrichtig. Zwar sind *property rights* zur effizienten Allokation der zur Werkschöpfung erforderlichen Ressourcen Arbeit, Kapital und Kreativität erforderlich – nämlich als Anreizmechanismus –, nicht aber zur effizienten Allokation des einmal geschöpften Werkes. Werke sind nicht rival, sie müssen nicht *einer* Person zugewiesen werden, um effizient genutzt zu werden. Im Gegenteil führt die Unternutzung zu Effizienzverlusten. Und eine *Über*nutzung kann es – anders als bei einer Weidefläche – nicht geben.[317] Indem die Vertreter des Property-Rights-Ansatzes das Coase-Theorem gleichsam schematisch auf das Urheberrecht übertragen und nur ausnahmsweise davon abweichen möchten, verschleiern sie das eigentliche Problem: Für das Dilemma von Unterproduktion ohne und Unternutzung mit Urheberrecht gibt es keine Einheitsgröße, kein „One size fits all". Eine

314 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 179; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1056 f. (1997); *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 49 ff. (1997); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 331; *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 547 (1998).

315 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 179 f.; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1056 (1997); *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 49 ff. (1997); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 331; *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 547 (1998); *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 279 (2007).

316 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 179 f.; *Lemley*, 75 Tex. L. Rev. 989, 1057 (1997); *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 49 ff. (1997); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 331 f.; *Cohen*, 97 Mich. L. Rev. 462, 547 (1998); *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 279 (2007).

317 *Lemley*, 71 U. Chi. L. Rev. 129, 143.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

effiziente Ausgestaltung des Urheberrechts kann nur gelingen, wenn Kosten und Nutzen immer wieder aufs Neue austariert werden. Wer den Nutzen des Urheberrechts überbetont, läuft Gefahr, die stets – nicht ausnahmsweise – anfallenden Kosten außer Acht zu lassen. Dies gilt umso mehr, als der neoklassische Property-Rights-Ansatz außerökonomische Erwägungen völlig ausblendet. Er ist deshalb abzulehnen.[318]

4. Zwischenergebnis

Die zwei wesentlichen Begründungsansätze, die das Urheberrecht utilitaristisch zu rechtfertigen versuchen, sind der traditionelle Incentive-Access-Ansatz und der neoklassische Property-Rights-Ansatz. Als Spielarten der ökonomischen Analyse des Rechts beruhen beide auf dem ökonomischen Verhaltensmodell und – zumindest der Property-Rights-Ansatz – auf dem ökonomischen Effizienzziel: Der homo oeconomicus ist kein Menschenbild, sondern ein ökonomisches Modell, das unter Berücksichtigung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse brauchbare Prognosen liefern kann. Während die Verwerter diesem Modell zumindest sehr nahe kommen, ist der homo creator ein nur – aber immerhin – beschränkt rationaler und eigennütziger Mensch *(bounded rationality)*. Damit ist das Anreizparadigma des Incentive-Access-Ansatzes – und erst recht das dem Property-Rights-Ansatz zugrundeliegende Coase-Theorem – zwar erheblich relativiert – insbesondere im Hinblick auf die Urheberpersönlichkeitsrechte –, aber auch nicht völlig widerlegt. Das Ziel ökonomischer Effizienz, verstanden als gesellschaftliche Wohlstandsmaximierung, ist unproblematisch, soweit es um außerökonomische Zielvorstellungen ergänzt wird. Eine solche normative „Aufladung" des Effizienzziels kann aber eher der traditionelle Incentive-Access-Ansatz leisten, da dem neoklassischen Property-Rights-Ansatz außerökonomische Erwägungen von vornherein fremd sind. Schließlich kann mit der normativen „Aufladung" auch der mangelnden Operationalisierbarkeit einer normativen ökonomischen Analyse des Urheberrechts begegnet werden.

---

318 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 199; *Bischoffshausen*, S. 291; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409; *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 267 f. u. 299 (2007); *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 310 f. (1996); *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 330, Fn. 1726; *ders.*, GRUR Int. 2008, 484, 485, Fn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auf eine einfache Formel gebracht, unterscheiden sich beide Begründungsansätze darin, dass das Urheberrecht nach dem Incentive-Access-Ansatz so weit wie nötig, nach dem Property-Rights-Ansatz soweit wie möglich gilt. Dennoch sind beide Ansätze nicht einfach spiegelverkehrt. Der Incentive-Access-Ansatz berücksichtigt Nutzen und Kosten des Urheberrechts gleichrangig und versteht Schutzbeschränkungen als einen immanenten Bestandteil des effizienten Urheberrechts. Das Urheberrecht wird *maßgeschneidert*. Hier liegt der entscheidende Unterschied zum Property-Rights-Ansatz, der ein Regel-Ausnahme-Verhältnis von Ausschließlichkeitsrecht und Schutzbeschränkungen propagiert, dem Urheberrecht also eine *Einheitsgröße* verpasst, die allenfalls punktuell abgeändert wird. Auf diese Weise läuft er Gefahr, über das Effizienzziel hinauszuschießen. Dieser Gefahr entgeht der Incentive-Access-Ansatz, indem er die Kosten des Ausschließlichkeitsrechts von vornherein berücksichtigt. Nicht zuletzt kann bei diesem das Effizienzziel ohne weiteres um außerökonomische Zielvorstellungen ergänzt werden. Der Incentive-Access-Ansatz ist deshalb vorzugswürdig.[319]

III. Zwischenergebnis

Der vom Urheberrecht abstrakt angestrebte Zustand kann individualistisch und utilitaristisch bestimmt werden. Individualistische Rechtfertigungsansätze können allenfalls intuitiv einleuchten, sind aber nicht in der Lage, das Urheberrecht empirisch zu begründen. Utilitaristische Begründungsansätze machen sich angreifbar, indem sie sich der ökonomischen Analyse des Rechts bedienen; das ökonomische Verhaltensmodell entspricht nur beschränkt der Wirklichkeit und das ökonomische Effizienzziel nur bedingt den herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen bzw. dem Völker- und Verfassungsrecht. Damit ist weder ein rein individualistischer noch ein rein utilitaristischer Ansatz zur Begründung und näheren Ausgestaltung des Urheberrechts allein in der Lage.[320] Wohl aus diesem Grund ha-

319 *Leistner*, ZGE 2009, 403, 409; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 170 u. 199; *Bischoffshausen*, S. 281 u. 291; *Hansen/Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461, 464; *Benkler*, 22 Int'l Rev. L. & Econ. 81, 82 f. (2002).

320 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 146; *ders.*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 290; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 138; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ben die großen Urheberrechtstheoretiker d'Héricourt, Le Chapelier und Hegel das deutsch-französische Droit d'auteur nicht nur individualistisch, sondern auch utilitaristisch begründet.[321] Auch heute werden dies-[322] und jenseits[323] des Rheins wieder individualistische und utilitaristische Begründungsstränge miteinander verknüpft.

Grundsätzlich ist die ökonomische Analyse dem bloßen Appel an die intuitiv einleuchtende Schutzbedürftigkeit der Urheber an analytischer Schärfe überlegen.[324] Z.B. leuchtet es intuitiv ein, dass in einem Monopol die Produzentenrente zu- und die Konsumentenrente abnimmt; dass aber die Konsumentenrente *stärker* abnimmt als die Produzentenrente steigt, ist eine Erkenntnis der ökonomischen Analyse. Sie kann das Bewusstsein für Zusammenhänge schärfen, die sonst unerkannt blieben, und damit die rationale Grundlage des demokratischen Diskurses stärken.[325] Deshalb sollte das Urheberrecht im Ansatz *ökonomisch-utilitaristisch*, d.h. mit dem Incentive-Access-Ansatz, begründet werden. Die Schwächen dieses Ansatzes können – und müssen – dadurch überwunden werden, dass das ökonomische Verhaltensmodell empirisch präzisiert und das ökonomische Effizienzziel normativ „aufgeladen" wird. Auf diese Weise werden nicht nur die utopische Kosten/Nutzen-Analyse durch eine wertende – eben normative – Abwägung auf ökonomischer Grundlage ersetzt, sondern zugleich

---

l'information, Rdnr. 31 ff.; *ders.*, IIC 2006, 371, 379 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 481; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 442 ff.

321 Siehe 1. Kapitel A. I. 1. c).

322 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 295 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479 ff.; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 421; im Ergebnis auch *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 144; *ders.*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem*, Geistiges Eigentum und Innovation, S. 290; *Schricker*, in: *Schricker*, UrhR[3], Einl., Rdnr. 10; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 24; *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 1, Rdnr. 4; *Schack*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 138.

323 *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 40 ff.; *ders.*, IIC 2006, 371, 382 („The reason why fundamental rights and human rights are an ideal basis from which to start is that they offer a synthesis of the bases of natural law and utilitarianism and represent the values from which intellectual property developed"); im Ergebnis auch *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 7; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 1 u. 4; *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 1.

324 *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 160; siehe auch *Leistner*, ZGE 2009, 403 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 485; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 295.

325 *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 54.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

individualistische[326] – z.B. das Ziel eines „gerechten" Urheberpersönlichkeitsschutzes und Urheber-Lohns unabhängig von einer ökonomischen Rechtfertigung – und *außerökonomisch-utilitaristische*[327] Ziele berücksichtigt. So verstanden hat das Urheberrecht die Aufgabe, die widerstreitenden Interessen von Urhebern, Verwertern und Nutzern einem sinnvollen – insbesondere ökonomisch überzeugenden – *und* gerechten Ausgleich zuzuführen:[328] einem Zustand „normativer Effizienz".[329] In Anlehnung an die Definition des nach dem Incentive-Access-Ansatz *ökonomisch* effizienten Urheberrechts[330] kann damit das *normativ* effiziente Urheberrecht abstrakt bestimmt werden: Das Urheberrecht ist normativ effizient, wenn es die Nutzung angemessen, nämlich am Effizienzziel *und* an außerökono-

326 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 296 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 488 f.; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 421.

327 Etwa Verteilungsgerechtigkeit, Sicherung der kulturellen Vielfalt, Freiheit der Kunst, Presse und Wissenschaft, *Leistner*, ZGE 2009, 403, 412; *Bischoffshausen*, S. 258; ein demokratischer Diskurs, *Netanel*, 106 Yale L. J. 283, 339 (1996) („[C]opyright does not serve merely to induce a greater quantity of creative production. It also is designed to secure the qualitative conditions for creative autonomy and expressive diversity. Copyright supports a sector of creative and communicative activity that is relatively free from reliance on state subsidy, elite patronage, and cultural hierarchy"); eine „gerechte und attraktive Kultur", *Fisher*, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1203, 1215 f. (1998) („[Copyright] should be shaped so as to help foster the achievement of a just and attractive culture. […] This deceptively simple objective [consumer welfare] does not, however, exhaust the set of appropriate aspirations for the legal system. Rather, in a good society, it would be tempered by a series of goals not reducible to ‚the greatest good of the greatest number'", Anm. d. Verf.); eine „offene Kultur", *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 283 ff.

328 *Hilty*, UrhR[1], Rdnr. 61 („Am Ende versucht das Urheberrecht – wie das Recht insgesamt – nichts anderes als gesellschaftliche Interaktionen sinnvoll und konfliktarm zu kanalisieren"); ähnlich *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 11 ff.; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 1, Rdnr. 7 f.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], Einl., Rdnr. 1; *Schack*, UrhR[7], Rdnr. 9; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 34; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 41; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 32.

329 Allgemein mit einem Konzept „normativer Effizienz" zuerst *Drexl*, Die Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 162 ff. u. 176 ff.; speziell zum Urheberrecht *ders.*, in: *Montagnani/Borghi*, Proprietà digitale, S. 64 ff.; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 412; *Hansen/Leistner*, GRUR 2008, 479, 482; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 278 ff.; *Bischoffshausen*, S. 258.

330 Das effiziente Urheberrecht beschränkt die Nutzung am *Effizienzziel* gemessen, also *nur* soweit, wie damit Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken ermöglicht werden, siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mischen Zielen gemessen beschränkt, *insbesondere* soweit, wie damit Investitionen in die Schöpfung und Vermarktung von Werken ermöglicht werden.

B. Problemanalyse im Einzelnen

Im vorhergehenden Unterkapitel wurde der abstrakt angestrebte Zustand („normative Effizienz") bestimmt. Nun werden konkret vorhandene Zustände *analysiert* und am Maßstab konkret angestrebter Zustände als negativ *bewertet*. Sowohl die Analyse als auch die Bewertung knüpfen an das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht an, das grundsätzlich nicht nur das Recht beinhaltet, Dritten die Nutzung des Werkes zu verbieten (*negatives* Ausschließlichkeitsrecht oder Verbotsrecht), sondern auch die Befugnis umfasst, darüber zu entscheiden, ob und auf welche Weise das Werk genutzt wird (*positives* Ausschließlichkeitsrecht).[331] Es erfasst also grundsätzlich auch das Recht, eine Lizenz zu verweigern.[332]

Die *Analyse* befasst sich mit rechtstatsächlichen Zuständen des deutschen und französischen Urheberrechts de lege lata, die einer der folgenden Fallgruppen zugeordnet werden: das Werk wird nicht mehr verwertet (unten I.); das Werk wird nicht neuartig verwertet (unten II.); das Werk wird nicht gleichartig-konkurrierend verwertet (unten III.).

Die *Bewertung* als negativer Zustand erfolgt in zwei Schritten. Zunächst wird *wertend* – eine empirische Kosten/Nutzen-Analyse ist nicht zu leisten und unter Zugrundelegung des normativen Effizienzziels auch nicht erforderlich – geprüft, ob in der konkreten Fallgruppe das Aus-

---

331 *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 15, Rdnr. 1; *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], Einl., Rdnr. 26; *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 15, Rdnr. 1; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 15, Rdnr. 18; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 15, Rdnr. 5; *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 15 UrhG, Rdnr. 2; *Abello*, Rdnr. 35; siehe auch *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 19; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 6; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 15.

332 Vgl. nur EuGH GRUR Int. 1995, 490, 493, Rdnr. 49 – „Magill"; GRUR 2004, 524, 526, Rdnr. 34 – „IMS Health", jeweils für das Datenbank-Urheberrecht im Anschluss an EuGH GRUR Int. 1990, 141, 142, Rdnr. 8 – „Volvo"; BGH GRUR 2003, 506, 511 – „Enalapril"; GRUR 2004, 966, 968 – „Standard-Spundfass", jeweils für das Patentrecht; CA Paris, Urt. v. 24.5.2005, JurisData n° 2005-277952 – „Digitechnic", für das Urheberrecht an Computerprogrammen.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schließlichkeitsrecht erforderlich ist, damit in die Schöpfung und Vermarktung neuer Werke investiert wird. Soweit anzunehmen ist, dass die Investitionen auch bei einer Beschränkung des geltenden Ausschließlichkeitsrechts erfolgten, entfällt der ökonomische Grund für die – wie gezeigt stets ineffiziente – Unternutzung. Es verbleibt die Frage, ob das Ausschließlichkeitsrecht außerökonomisch gerechtfertigt werden kann. Kann auch diese Frage verneint werden, wird das Ausschließlichkeitsrecht de lege lata seiner Aufgabe nicht gerecht. Es muss beschränkt werden.

In einem Exkurs wird auf die Beschränkung der Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen eingegangen (unten IV.). Zwar werden hier Schnittstelleninformationen untergenutzt und beruht diese Unternutzung – abgesehen von urheberrechtlich geschützten Quellcodefragmenten – nicht auf dem Urheberrecht, sondern einem faktischen Schutz. Da diese Unternutzung aber in einem engen Zusammenhang mit dem Urheberrecht steht, das die Nutzung von Computerprogrammen und die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen verbietet, soll sie ebenfalls behandelt werden.

I. Keine Verwertung

Das Ausschließlichkeitsrecht an vergriffenen Werken de lege lata bedingt eine Unternutzung (unten 1.). Es ist vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen und einer Wartefrist von zwei Jahren normativ ineffizient und zu beschränken (unten 2.).

1. Analyse

Schätzungen der Deutschen Nationalbibliothek zufolge sind in Deutschland knapp 2 Mio. Bücher und 100 % der vor 1966 erschienenen Zeitschriften vergriffen.[333] In Frankreich werden die vergriffenen Bücher auf 500.000 geschätzt.[334] Man kann annehmen, dass die in diesen Büchern bzw. Zeitschriften enthaltenen Werke in *keiner* Weise, also auch nicht als E-Books bzw. in E-Journals verwertet werden. Hinzu treten die zahlrei-

333 Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 13.

334 Proposition de loi du 21.10.2011, Sénat n° 54 (2011-2012), présentée par M. Jacques Legendre, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chen vergriffenen Werke, für die keine Schätzungen existieren, etwa Werke der Musik und der Filmkunst. In all diesen Fällen weigert sich der Rechtsinhaber, ein bereits veröffentlichtes Werk zu verwerten.[335] Dann kommt es darauf an, ob er Dritten, die die Nachfrage anders einschätzen und das Werk vermarkten wollen, die Nutzung verbieten und eine entsprechende Lizenz verweigern kann. In Deutschland (unten a)) und Frankreich (unten b)) gelten insoweit unterschiedliche Regelungen.

a) Deutsches Recht

Das deutsche Recht regelt seit 1. Januar 2014 für vergriffene Werke eine sog. Wahrnehmungsvermutung.[336] Nach § 51 Abs. 1 VGG wird vermutet, dass eine Verwertungsgesellschaft das Recht zur Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung („E-Book-/E-Journal-Recht") auch an solchen Werken erteilen kann, für die sie kein Wahrnehmungsmandat hat, wenn es sich um vergriffene Werke handelt, die vor dem 1. Januar 1966 in Druckerzeugnissen veröffentlicht wurden, sich die Werke im Bestand von öffentlich zugänglichen Einrichtungen befinden, die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung nicht gewerblichen Zwecken dient, die Werke in ein Register vergriffener Werke (§ 13e UrhG) eingetragen worden sind und die Rechtsinhaber der Wahrnehmung nicht innerhalb von sechs Wochen nach Bekanntmachung der Registereintragung widersprechen. Die Rechtsinhaber können auch nach Ablauf der Sechs-Wochen-Frist jederzeit widersprechen (§ 51 Abs. 2 VGG). Ab dem Widerspruch entfällt die Berechtigung der Verwertungsgesellschaft zur Lizenzierung des Werkes.[337] Der Stichtag 1. Januar 1966 beruht auf der Überlegung, dass sich die Verleger das E-Book-/E-Journal-Recht seit spätestens 1. Januar 2008 in der Praxis einräumen lassen, und dass für die im Zeitraum 1. Januar 1966 bis 1. Januar 2008 geschlossenen Verlagsverträge – vorbehaltlich eines fristgerechten Widerspruchs des Urhebers – regelmäßig die

335 Siehe bereits 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (a).
336 Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 18; krit. zu diesem Begriff *Talke*, K&R 2014, 18, 19 f.; *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 443.
337 Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Einräumung des E-Book-/E-Journal-Rechts fingiert wird (§ 137l Abs. 1 S. 1 UrhG).[338]

Damit steht es weiterhin im Belieben des Rechtsinhabers, ob das vergriffene Werk neu vermarktet wird. Zunächst gilt die Wahrnehmungsvermutung lediglich für E-Book-/E-Journal-Rechte an vergriffenen Werken, die vor 1966 in Druckerzeugnissen veröffentlicht wurden, obwohl auch nach 1966 in Druckerzeugnissen erschienene Werke[339] und in anderen Medienprodukten (DVDs, Tonträger etc.) vermarktete Werke[340] vergriffen sein können. Weiter kann die Lizenz nur an nicht-gewerbliche Nutzer (etwa Bibliotheken) erteilt werden, nicht aber an Verwerter (Verleger, Google etc.).[341] Schließlich – und das ist hier entscheidend – kann der Rechtsinhaber, allen voran der Verleger,[342] die Nutzung weiterhin verbieten. Zum einen kann er der Wahrnehmung von vornherein widersprechen, sodass das Werk von Anfang an nicht online zugänglich gemacht wird. Zum anderen kann er ihr im Nachhinein widersprechen: Geht man mit der Literatur davon aus, dass der nachträgliche Widerspruch nicht nur die Wahrnehmungsbefugnis, sondern auch die Lizenz ex nunc entfallen lässt,[343] stellt sich die Frage, ob sich überhaupt eine „unbekannte Person" findet, die in die vom Gesetzgeber beabsichtigte Online-Verfügbarmachung des als Druckerzeugnis vergriffenen Werkes investiert. Denn sie trägt ein hohes Investitionsrisiko – widerspricht der Rechtsinhaber, war der Digitalisierungsaufwand weitgehend umsonst[344] –, zumal sie keine gewerblichen

338 *Spindler*, ZUM 2013, 349, 356 f.; *Peifer*, NJW 2014, 6, 10; *ders.*, GRUR-Prax 2011, 1, 1 f.; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 883 u. 886; siehe auch *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 480.

339 Krit. daher *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 25; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 481; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892; *Spindler*, ZUM 2013, 349, 356 f.

340 Aus diesem Grund krit. *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 481; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892; *Peifer*, NJW 2014, 6, 10.

341 Krit. deshalb *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 25; *Peifer*, NJW 2014, 6, 10; *Talke*, K&R 2014, 18, 21.

342 Krit. *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 26 („Unter Umständen ist es aber just dieser Verleger, der die Problematik vergriffener Werke verursacht hat. Dies ist dann der Fall, wenn er sich durch Verlagsvertrag die Rechte für weitere Auflagen exklusiv hat einräumen lassen, sie aber nicht ausübt"); *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892; *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 444 f.

343 Vgl. *Staats*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 13d UrhWG, Rdnr. 21; *Talke*, K&R 2014, 18, 21; offenbar auch *Peifer*, NJW 2014, 6, 10.

344 Vgl. *Talke*, K&R 2014, 18, 20 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nutzer an der Finanzierung beteiligen darf.[345] § 51 VGG soll denn auch nur § 137l UrhG ergänzen[346] und die Transaktionskosten einer individuellen Nachlizenzierung minimieren.[347] Insgesamt dürfte also § 51 VGG wenig dazu beitragen, dass vergriffene Werke wieder verfügbar gemacht werden. Es bleibt bei der produktiven Unternutzung.

b) Französisches Recht

Sinnvoller erscheint die zum 1. September 2012 in Kraft getretene französische Parallelvorschrift, die ebenfalls als eine Wahrnehmungsvermutung („gestion collective présumée") einzuordnen ist.[348] Nach Art. L. 134-3 Abs. 1 CPI[349] wird vermutet, dass eine Verwertungsgesellschaft das Recht zur Vervielfältigung und digitalen Wiedergabe („E-Book-Recht") auch an solchen Werken erteilen kann, für die sie kein Wahrnehmungsmandat hat, wenn es sich um vergriffene und vor dem 1. Januar 2001 erschienene Bücher handelt (Art. L. 134-1 CPI[350]), die Werke in eine öffentliche Daten-

345 *Peifer*, NJW 2014, 6, 10; *Talke*, K&R 2014, 18, 21.

346 Vgl. *Peifer*, NJW 2014, 6, 10; *ders.*, GRUR-Prax 2011, 1, 1; *Spindler*, ZUM 2013, 349, 356; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 886.

347 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates v. 3.5.2013, BR-Drs. 265/13, S. 4 f.; *Peifer*, NJW 2014, 6, 6; *ders.*, GRUR-Prax 2011, 1, 1; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 886; *Staats*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 13d UrhWG, Rdnr. 2; *ders.*, ZUM 2013, 446, 454.

348 *Emile-Zola-Place*, Légipresse 295 (2012), 355, 360; *Derieux*, RLDI 87 (2012), 64, 70; *Macrez*, D. 2012, 749, 755; *Bruguière/Deprez*, Légipresse 312 (2014), 19, 24; in dieselbe Richtung *Bruguière*, Propr. intell. 55 (2012), 411, 411 („Le législateur a ainsi inventé un mode de gestion hybride, mi-volontaire et mi-obligatoire"); *Piriou*, Comm. com. électr. 10/2012, 6, 7 („[L]e législateur français a préféré un mécanisme de gestion collective étendue, à l'instar de la pratique des pays scandinaves").

349 „Lorsqu'un livre est inscrit dans la base de données mentionnée à l'article L. 134-2 depuis plus de six mois, le droit d'autoriser sa reproduction et sa représentation sous une forme numérique est exercé par un organisme de gestion collective […]. Sauf dans le cas prévu au troisième alinéa de l'article L. 134-5, la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique sont autorisées, moyennant une rémunération, à titre non exclusif et pour une durée limitée à cinq ans, renouvelable."

350 „On entend par livre indisponible au sens du présent chapitre un livre publié en France avant le 1er janvier 2001 qui ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale par un éditeur et qui ne fait pas actuellement l'objet d'une publication sous une forme imprimée ou numérique."

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bank vergriffener Bücher (Art. L. 134-2 CPI) eingestellt worden sind und die Rechtsinhaber der Wahrnehmung nicht innerhalb von sechs Monaten nach dem Einstellen in die Datenbank widersprechen (Art. L. 134-4 Abs. 1 Unterabs. 1 CPI[351]). Erfolgt der Widerspruch fristgemäß, besteht von vornherein keine Wahrnehmungsvermutung; in diesem Fall muss der Verleger das vergriffene Werk binnen zwei Jahren verwerten (Art. L. 134-4 Abs. 2 Unterabs. 1 S. 1 CPI[352]). Andernfalls wird die Wahrnehmung vermutet und die Verwertungsgesellschaft kann dem Verleger des gedruckten Buches ein auf 10 Jahre befristetes ausschließliches E-Book-Recht (Art. L. 134-5 Abs. 1 u. 3 CPI[353]) oder – nachrangig – Dritten ein auf fünf Jahre befristetes einfaches E-Book-Recht einräumen (Art. L. 134-5 Abs. 6 i.V.m. Art. L. 134-3 Abs. 1 Unterabs. 2 CPI[354]). Zwar kann der Wahrnehmung auch nach Fristablauf jederzeit widersprochen werden (Art. L. 134-6 Abs. 1 u. 2 CPI[355]), mit der Folge, dass der Verleger das vergriffene Werk

351 „L'auteur d'un livre indisponible ou l'éditeur disposant du droit de reproduction sous une forme imprimée de ce livre peut s'opposer à l'exercice du droit d'autorisation […] par un organisme de gestion collective. Cette opposition est notifiée […] au plus tard six mois après l'inscription du livre concerné dans la base de données […]."

352 „L'éditeur ayant notifié son opposition […] est tenu d'exploiter dans les deux ans suivant cette notification le livre indisponible concerné."

353 „A défaut d'opposition notifiée par l'auteur ou l'éditeur à l'expiration du délai […], l'organisme de gestion collective […] propose une autorisation de reproduction et de représentation sous une forme numérique d'un livre indisponible à l'éditeur disposant du droit de reproduction de ce livre sous une forme imprimée. […] L'autorisation d'exploitation […] est délivrée par l'organisme de gestion collective […] à titre exclusif pour une durée de dix ans tacitement renouvelable […]."

354 „A défaut d'acceptation de la proposition […], la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique sont autorisées par l'organisme de gestion collective […] dans les conditions prévues au second alinéa du I de l'article L. 134-3."

355 „L'auteur et l'éditeur disposant du droit de reproduction sous une forme imprimée d'un livre indisponible notifient conjointement à tout moment à l'organisme de gestion collective […] leur décision de lui retirer le droit d'autoriser la reproduction et la représentation dudit livre sous forme numérique. L'auteur d'un livre indisponible peut décider à tout moment de retirer à l'organisme de gestion collective […] le droit d'autoriser la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique s'il apporte la preuve qu'il est le seul titulaire des droits […]."

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

binnen 18 Monaten zu verwerten hat (Art. L. 134-6 Abs. 4 CPI[356]). Der Widerspruch gilt aber nur ex nunc und lässt bereits erteilte Lizenzen unberührt (Art. L. 134-6 Abs. 5 CPI[357]). Nur der Urheber kann dem Lizenznehmer die Nutzung verbieten, wenn er eine Gefährdung seiner Ehre oder Reputation geltend macht (Art. L. 134-4 Abs. 1 Unterabs. 3 S. 1 CPI[358]).[359] Der Stichtag 1. Januar 2001 beruht auf der Überlegung, dass sich die Verleger seitdem die E-Book-Rechte im Allgemeinen abtreten lassen.[360]

Zwar erfasst die französische Wahrnehmungsvermutung nur vergriffene Bücher – ist damit aber kaum restriktiver als § 51 VGG –, gilt aber auch zugunsten gewerblicher Nutzer (Verleger, Google etc.) und für Werke, die nach dem 1. Januar 1966 (bis 1. Januar 2011) erschienen sind. Freilich kann auch hier der Rechtsinhaber der Wahrnehmung widersprechen und die Nutzung verbieten – wenngleich das Investitionsrisiko des Lizenznehmers reduziert wird, indem bereits erteilte kollektive Lizenzen von einem Widerspruch grundsätzlich unberührt bleiben.[361] So dient denn Art. L. 134-3 Abs. 1 CPI wie § 51 VGG nur dazu, die Transaktionskosten einer individuellen Nachlizenzierung zu minimieren.[362]

---

356 „L'éditeur ayant notifié sa décision […] est tenu d'exploiter le livre concerné dans les dix-huit mois suivant cette notification."

357 „L'organisme informe tous les utilisateurs auxquels elle a accordé une autorisation d'exploitation du livre […]. Les ayants droit ne peuvent s'opposer à la poursuite de l'exploitation dudit livre engagée avant la notification pendant la durée restant à courir de l'autorisation […], à concurrence de cinq ans maximum et à titre non exclusif."

358 „Après l'expiration du délai […], l'auteur d'un livre indisponible peut s'opposer à l'exercice du droit de reproduction ou de représentation de ce livre s'il juge que la reproduction ou la représentation de ce livre est susceptible de nuire à son honneur ou à sa réputation."

359 Vgl. *Derieux*, RLDI 87 (2012), 64, 69; *Pollaud-Dulian*, RTD Com. 2012, 337, 340 f.

360 *Derieux*, RLDI 87 (2012), 64, 65; *Emile-Zola-Place*, Légipresse 295 (2012), 355, 357; a.A. *Bruguière*, Propr. intell. 55 (2012), 346, 348 („La date du 1er janvier 2001 a vraisemblablement été adoptée afin de cadrer avec l'intitulé de la loi: les livres indisponibles du XXe siècle").

361 Vgl. *Derieux*, RLDI 87 (2012), 64, 70; *Pollaud-Dulian*, RTD Com. 2012, 337, 341.

362 Vgl. *Lucas*, Propr. intell. 51 (2014), 168, 169; *Macrez*, D. 2012, 749, 756; *Derieux*, RLDI 87 (2012), 64, 65; *Bruguière*, Propr. intell. 55 (2012), 346, 346; *ders.*, Comm. com. électr. 4/2014, 9, 11.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Bewertung

Das Ausschließlichkeitsrecht an vergriffenen Werken ist bei *statischer* Betrachtung pareto-ineffizient.[363] Die Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn es erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen.[364] Eben dies muss bezweifelt werden. Ein Rechtsinhaber, der ein Werk über einen gewissen Zeitraum nicht verwertet, obwohl er es verwerten könnte, zeigt damit, dass er es nicht verwerten will.[365] Soweit er es aber nicht verwerten will, benötigt er keinen Anreizmechanismus in Gestalt eines Ausschließlichkeitsrechts. Denn nicht das Ausschließlichkeitsrecht ist der Anreiz, sondern die Aussicht auf Gewinn, die die Vermarktung verspricht.[366] Wer statt des vergriffenen Werkes andere Werke vermarkten will, in deren Schöpfung er investiert hat, benötigt allein dazu die entsprechenden Ausschließlichkeitsrechte. Diese Ausschließlichkeitsrechte, also die Ausschließlichkeitsrechte an den *nicht* vergriffenen Werken sind es, die weitere Investitionen ermöglichen. Mit anderen Worten ist das Ausschließlichkeitsrecht an einem *vergriffenen* Werk nicht Bedingung dafür, dass der Rechtsinhaber in die Schöpfung und Verbreitung *neuer* Werke investiert. Kurzum: ein solches Ausschließlichkeitsrecht ist unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells nicht erforderlich. Damit ist das geltende Ausschließlichkeitsrecht bei wertender („normativer") Betrachtung ökonomisch ineffizient. Unter Zugrundelegung des normativen Effizienzziels kann es nur noch außerökonomisch gerechtfertigt werden. Dabei kommen nur berechtigte ideelle Interessen des Urhebers in Betracht. Denn das materielle Interesse des Urhebers, also das Interesse an einer „gerechten" Belohnung, kann – so es denn unter Berücksichtigung individualistischer Zielvorstellungen unabhängig von einem Anreizerfordernis überhaupt als schutzwürdig angesehen wird – auch mit einem Vergütungsan-

363 Siehe bereits 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (a).

364 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

365 Vgl. *Talke*, K&R 2014, 18, 20; siehe auch *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 53, Rdnr. 33, zu § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. b UrhG („Die Kopie ganzer Werke ist zu jedem internen Gebrauchszweck zulässig, wenn das Werke seit mehr als zwei Jahren vergriffen ist. Denn bei einer so langen Zeit der Untätigkeit der Verwerter auf dem Primärmarkt kann davon ausgegangen werden, daß kein Interesse an einem Verkauf mehr besteht").

366 Siehe bereits 1. Kapitel A. II. 2. a) aa).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

spruch befriedigt werden.[367] Im Übrigen ist es – nach einer angemessenen Wartefrist – normativ ineffizient und zu beschränken.[368] Dieser Ansicht war auch der deutsche Gesetzgeber: Nach § 55 Abs. 1 Nr. 4 UrhG (1965) durfte der Rechtsinhaber eines länger als drei Jahre vergriffenen Werkes seine Einwilligung zur Vervielfältigung zum Eigengebrauch nur aus wichtigem Grunde verweigern.[369] Ab 1985 durften länger als zwei Jahre vergriffene Werke sogar ganz ohne Einwilligung des Rechtsinhabers zum Eigengebrauch vervielfältigt und verliehen werden (§ 53 Abs. 2 Nr. 4 lit. b, Abs. 4 UrhG (1985)).[370] Die auf analoge Vervielfältigungen beschränkte Neufassung trägt allein den sich aus Art. 5 Informationsgesellschafts-RL zwingend ergebenden Notwendigkeiten Rechnung.[371] Nicht verständlich ist aber, weshalb der Gesetzgeber nur die Nutzung vergriffener Werke zum Eigengebrauch, nicht aber auch deren Zweitverwertung zugelassen hat. Da ein vergriffenes Werk nicht mehr verwertet wird, kann die Erstverwertung durch eine Zweitverwertung bereits definitionsgemäß nicht beeinträchtigt werden.[372] Vermutlich ließ der Gesetzgeber nur die Eigengebrauch-Nutzung zu, weil er glaubte, das Problem vergriffener Werke wegen Art. 5 Informationsgesellschafts-RL nur mit einer Wahrnehmungsvermutung lösen zu dürfen.[373] Immerhin kann die Zwei-Jahres-Frist als An-

367 Vgl. *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 25.

368 Vgl. *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 26; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892; in diese Richtung auch *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 442 f. („Überlegt werden sollte zudem, ob lediglich dem Urheber bzw. seinen Erben ein bedingungsloses Widerspruchsrecht zugestanden wird. Verlegern könnte ein Recht zum Widerspruch nur dann gewährt werden, wenn sie sich verpflichten, das Werk innerhalb einer bestimmten Zeit wieder aufzulegen").

369 Vgl. Gesetzentwurf v. 23.3.1962, BT-Drs. 4/270, S. 74 („Wartet jedoch der Berechtigte mit der Neuauflage länger als drei Jahre, so erscheint es zumutbar, daß er seine Einwilligung zur Vervielfältigung erteilen muß, falls er keine besonderen Weigerungsgründe vorbringen kann").

370 Vgl. Gesetzentwurf v. 22.12.1983, BT-Drs. 10/837, S. 17 („Diese Ausnahme ist um so mehr geboten, als eine Schädigung der Primärliteratur dadurch nicht zu befürchten ist").

371 Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 21; siehe auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 53, Rdnr. 35.

372 *Peifer*, NJW 2014, 6, 10; siehe auch *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 25.

373 Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 11 („Auch die Nutzung von vergriffenen Printwerken im Rahmen von Digitalisierungsvorhaben soll erleichtert werden. Diese Regelung kann wegen der Vorgaben […] der Richtlinie 2001/29/EG zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft al-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

haltspunkt für die Angemessenheit der Wartefrist dienen.[374] Deshalb erscheint es angebracht, das Ausschließlichkeitsrecht vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen und einer Wartefrist von zwei Jahren zu beschränken.

II. Keine neuartige Verwertung

Das Ausschließlichkeitsrecht betrifft auch Werke, die nicht auf eine neue Art verwertet werden. Dabei ist zu unterscheiden, ob die bisherige Verwertung durch die neuartige Nutzung allenfalls unwesentlich (unten 1.) oder wesentlich (unten 2.) beeinträchtigt wird.

Der Begriff der neuen Verwertungsart meint hier – in Anlehnung an den Begriff der unbekannten Nutzungsart i.S.v. §§ 31a, 32c und 137l UrhG – zunächst eine nach der Verkehrsauffassung als solche hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig erscheinende Nutzungsart.[375] Für die Neuheit ist ausschlaggebend, dass die bisher übliche Nutzungsmöglichkeit durch den technischen Fortschritt nicht nur erweitert und verstärkt wird, sondern sich aus Sicht der Endverbraucher in ihrem Wesen entscheidend verändert.[376] Statt also durch einen bloßen Ersatz einer alten Technologie durch eine neue Technologie dieselben Nutzungsgepflogenheiten und dieselben Märkte zu erreichen (z.B. Satelliten- und Kabelfernsehen statt Antennenfernsehen,[377] DVD statt VHS,[378] Bluray statt DVD[379]), müssen durch neue Vertriebswege neue Märkte mit

---

lerdings nicht als neue Schrankenregelung im Urheberrechtsgesetz ausgestaltet werden").

374 Vgl. *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 53, Rdnr. 33, zu § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. b UrhG („Denn bei einer so langen Zeit der Untätigkeit der Verwerter auf dem Primärmarkt kann davon ausgegangen werden, daß kein Interesse an einem Verkauf mehr besteht").

375 BGH GRUR 1992, 310, 311 – „Taschenbuch-Lizenz"; ähnlich BGH GRUR 1986, 62, 65 – „GEMA Vermutung I"; GRUR 1997, 215, 217 – „Klimbim"; GRUR 2005, 937, 939 – „Der Zauberberg".

376 BGH GRUR 1997, 215, 217 – „Klimbim".

377 BGH GRUR 1997, 215, 217 – „Klimbim".

378 BGH GRUR 2012, 496, 501, Rdnr. 51 – „Das Boot"; GRUR 2005, 937, 939 – „Der Zauberberg"; a.A. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 31a, Rdnr. 51; *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 5o; *Spindler*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 47.

379 OLG München GRUR-RR 2011, 303, 304.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

neuen Erwerbsmöglichkeiten erschlossen werden.[380] Beispiele für in diesem Sinne neue Verwertungsarten sind das Audio- und Video-on-Demand[381] sowie das E-Book[382], weil das darin enthaltene Werk ständig an allen Orten der Welt verfügbar ist, ohne das der Endverbraucher dazu das Haus verlassen muss.[383] Auch das Internet-Fernsehen[384] und Internet-Videorekorder[385] stellen neue Verwertungsarten in diesem Sinne dar, weil sie an allen Orten der Welt mit jedem Zugang zum Internet ein zeitgleiches bzw. zeitversetztes Fernsehen erlauben. Nichts anderes kann für Büchersuchmaschinen gelten, die dem Nutzer an Orten und zu Zeiten seiner Wahl eine Volltextsuche erlauben, ohne dass er das jeweilige Buch erwerben oder ausleihen müsste.

1. Keine oder unwesentliche Beeinträchtigung der bisherigen Verwertung

Von der ersten Unterfallgruppe werden insbesondere die Nutzung von Werken durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht (unten a)) sowie die Nutzung von gesendeten Werken durch Internet-Fernsehen (unten b)) und Internet-Videorekorder (unten c)) erfasst.

a) Nutzung durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht

Das Recht, die Nutzung von Werken durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, bedingt eine Unternutzung (unten a)). Es ist vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen normativ ineffizient und zu beschränken (unten b)).

380 *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 31a, Rdnr. 35.
381 *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 43; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 31a, Rdnr. 52.
382 *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 52; *Spindler*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 49.
383 *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 44.
384 *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 42.
385 OLG München MMR 2011, 106, 107; *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 31a, Rdnr. 50.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Analyse

Die durch die digitale Technologie ermöglichte Entfesselung von Informationsprozessen hat die Gesamtheit verfügbarer Information in den letzten Jahrzehnten exorbitant gesteigert.[386] Der wohl wichtigste traditionelle Informationsträger ist das Buch. Einer aktuellen Schätzung zufolge existieren ca. 130 Mio. Buchtitel weltweit,[387] von denen allein die Deutsche Nationalbibliothek rund 14,5 Mio.[388] und die Bibliothèque nationale de France ca. 11,4 Mio.[389] umfassen. Traditionell erfolgt die Suche nach den in den Büchern enthaltenen Informationen anhand bibliographischer Angaben zu Titel und Verfasser des Werkes, Angaben über den Verlag, Erscheinungsjahr und -ort sowie die ISBN, die in Bibliothekskatalogen verzeichnet werden. Bis Ende des 20. Jahrhunderts wurden diese sog. Metadaten – also Daten, die Informationen über Merkmale anderer Daten enthalten, nicht aber die Daten selbst – auf Karteikarten und in Zettelkatalogen festgehalten. Trotz der dann einsetzenden Digitalisierungswelle blieb im Prinzip alles beim Alten, weil elektronische Bibliothekskataloge (sog. OPACs)[390] die Metadaten allenfalls um Inhaltsverzeichnisse ergänzen.[391] Dies muss angesichts der technischen Möglichkeiten des 21. Jahrhunderts verwundern, können doch Bücher und Zeitschriften durch das Einscannen und anschließende Bearbeiten mit einer Texterkennungssoftware Wort für Wort durchsucht werden.[392] Die Innovation einer Büchersuchmaschine ließ dann auch nicht lange auf sich warten. 2004 startete Google seine Buchsuche in Kooperation mit Verlagen („Google Books Partner-Programm") bzw. Bibliotheken („Google Books Bibliotheksprogramm").[393] Mittlerweile ermöglichen auch Büchersuchmaschinen von Amazon („Search Inside!")[394] und des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels („Li-

386 *Nolte*, S. 15.
387 *Leventer*, S. 37.
388 Bestand 2013, *DNB*, S. 40.
389 Bestand 31.12.2013, *BnF*, S. 15.
390 Abkürzung von „Online Public Access Catalogue".
391 *Leventer*, S. 39.
392 *Leventer*, S. 39.
393 Eingehend zu Google Books *Leventer*, S. 49 ff.; *Strowel*, Quand Google défie le droit, S. 26 ff.; *Lucke*, S. 32 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 371 f.; siehe auch *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 587; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 314 f.; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 562 f.; *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 6.
394 *Leventer*, S. 289.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

breka“)[395] sowie öffentlich finanzierte digitale Bibliotheken, u.a. die Deutsche Digitale Bibliothek (DDB)[396] und das Digitalisierungsprojekt der Bibliothèque nationale de France („Gallica“)[397] – beide sind im europäischen Digitalisierungsprojekt „Europeana“[398] verbunden –, eine Internet-Volltextsuche in Büchern und Zeitschriften. Die Unterschiede sind allerdings gewaltig. Beim Google Books *Partner*-Programm, bei Libreka und bei „Search Inside!“ entscheiden die Verlage, welche Bücher überhaupt in den Suchindex aufgenommen werden und in welcher Ansicht die Suchergebnisse dargestellt werden.[399] Die Anzeige reicht von ausschließlich bibliographischen Angaben ohne Möglichkeit einer Volltextsuche („Keine Vorschau verfügbar“) über kurze Textauszüge („Auszugsansicht“) bis zur Anzeige mehrerer Seiten („eingeschränkte Vorschau“)[400] oder – freilich nur in der Theorie – ganzer Werke („vollständige Ansicht“).[401] Die DNB[402] und Gallica[403] verzeichnen in erster Linie gemeinfreie Werke, die deshalb vollständig angezeigt werden; inzwischen dürfen sie auch verwaiste Bücher digitalisieren und online stellen (§ 61 UrhG, Art. L. 134-8 CPI[404]). Das Google Books *Bibliotheks*programm ermöglicht die umfangreichste

395 *Lucke*, S. 45 f.; *Leventer*, S. 287.
396 *Leventer*, S. 285 f.
397 *Lucke*, S. 48.
398 *Leventer*, S. 283 ff.; *Lucke*, S. 47 f.
399 *Leventer*, S. 289; speziell für das Google Books Partner-Programm *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 587; siehe auch *Leventer*, S. 55 f.; *Lucke*, S. 33.
400 Z.B. die Monographien des Mohr Siebeck Verlags, einschließlich der Reihen „Jus Privatum“ und „Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht“.
401 *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 587. Zu den verschiedenen Ansichten bei Google Books siehe http://books.google.com/intl/de/googlebooks/screenshots.html bzw. http://books.google.com/intl/fr/googlebooks/screenshots.html (zuletzt besucht am 20.12.2015).
402 „Gegenwärtig sind in der DDB vorrangig nicht kommerziell verwertete Inhalte zugänglich und das kostenfrei. Geplant ist, dass künftig auch Urheber und Verwerter wie etwa Verlage oder Bildagenturen über die DDB kommerziell verwertete Werke zu einem angemessenen Preis zugänglich machen können. Abläufe und Details dieses Verfahrens sind noch zu klären“, siehe https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/content/about/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).
403 „Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d’œuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF“, siehe http://gallica.bnf.fr/html/conditions-dutilisation-des-contenus-de-gallica (zuletzt besucht am 20.12.2015).
404 „Sauf refus motivé, la société de perception et de répartition des droits mentionnée à l’article L. 134-3 autorise gratuitement les bibliothèques accessibles au

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Internet-Volltextsuche, indem es nicht nur gemeinfreie, sondern auch urheberrechtsgeschützte Werke in den Suchindex aufnimmt. Im ersten Fall werden die Suchergebnisse in der vollständigen Ansicht, im zweiten in der Auszugsansicht, beschränkt auf höchstens drei Textschnipsel („Snippets"),[405] angezeigt.[406] Dieser zweite Fall ist sehr umstritten,[407] da Google prinzipiell keine Zustimmung des Rechtsinhabers einholt; dieser hat nur die Möglichkeit, Google davon in Kenntnis zu setzen, bestimmte Titel aus der Google Buchsuche ausschließen zu wollen (sog. „Opt-out").[408] Von den bei Google Books insgesamt verzeichneten Büchern – dies sind 83,8 % der Bücher, die in der weltgrößten bibliografischen Datenbank „WorldCat" katalogisiert werden[409] – sind einer Studie zufolge 36,9 % einer Volltextsuche zugänglich: 7,7 % in der vollständigen Ansicht, 13,1 % in der eingeschränkten Vorschau und 16,1 % in der Auszugsansicht.[410] Bei der Mehrheit der Buchtitel, über 60 %, bleibt das Potential also ungenutzt („Keine Vorschau verfügbar"). Denn wenn Suchmaschinen ihre Suchergebnisse nicht im Kontext darstellen können, kann die Suchanfrage nicht sinnvoll bedient werden.[411] Ebenso wenig einer Internet-Volltextsu-

---

public à reproduire et à diffuser sous forme numérique à leurs abonnés les livres indisponibles conservés dans leurs fonds dont aucun titulaire du droit de reproduction sous une forme imprimée n'a pu être trouvé dans un délai de dix ans à compter de la première autorisation d'exploitation. L'autorisation mentionnée au premier alinéa est délivrée sous réserve que l'institution bénéficiaire ne recherche aucun avantage économique ou commercial. Un titulaire du droit de reproduction du livre sous une forme imprimée obtient à tout moment de la société de perception et de répartition des droits le retrait immédiat de l'autorisation gratuite."

405 Z.B. Schulze, Die Zwangslizenz: ein Beitrag zur Urheberrechtsreform, 1960: der Suchbegriff „Zwangslizenz" erscheint dort auf 86 Seiten; angezeigt werden aber nur drei Snippets; der erste Snippet enthält etwa den Text „Vergleich mit dem PatG Im LitUrhG besteht die Zwangslizenz erst seit der Novelle vom 22.5.1910 (RGBl. S. 793). Das Rechtsinstitut der Zwangslizenz wurde".

406 Eingehend zum Google Books Bibliotheksprogramm *Lucke*, S. 34 ff.; *Leventer*, S. 50 f.; *Strowel*, Quand Google défie le droit, S. 26 f.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 371 f.

407 Zu den weiteren Kritiksträngen gegen Google Books im Überblick *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 563 f.; ausführlich *Strowel*, Quand Google défie le droit, S. 31 ff.

408 *Leventer*, S. 50 f.; *Lucke*, S. 38; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 372.

409 *Chen*, 36 Online Inform. Rev. 507, 510 (2012).

410 *Chen*, 36 Online Inform. Rev. 507, 510 (2012).

411 Vgl. im Hinblick auf die Schutzausnahme vom Leistungsschutzrecht für Presseverleger (§ 87f Abs. 1 S. 1 letzter Hs. UrhG) Berichterstatter Stephan Thomae

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

che zugänglich sind schließlich Zeitschriften, die in keiner Datenbank enthalten sind, z.B. die UFITA.

Dass deutlich weniger Publikationen durchsucht werden können als durchsucht werden könnten, ist ein rechtstatsächlicher Zustand. Während das US-amerikanische Urheberrecht, namentlich das Rechtsinstitut des *fair use* (17 U.S.C. § 107), die Google Buchsuche eventuell – die Klage der Authors Guild ist gegen Google erst-[412] und zweitinstanzlich[413] abgewiesen worden, die Klägerin plant, Revision zum Supreme Court einzulegen[414] – auch ohne Zustimmung des Rechtsinhabers ermöglicht, kann nach geltendem deutschen (unten (1)) und französischen (unten (2)) Recht die Nutzung durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht verboten und eine entsprechende Lizenz verweigert werden.

(1) Deutsches Recht

Die Internet-Volltextsuche setzt voraus, dass die Publikation digitalisiert wird, der Scan in einen suchbaren Text umgewandelt wird, die Textdatei indexiert und auf den Web-Server des Suchmaschinenbetreibers übertragen wird und zumindest Snippets angezeigt werden.[415]

(FDP) in der Plenarsitzung v. 1.3.2013, BT-PlPr. 17/226, S. 28223 f. („Die Wiedergabe von kleinen Textausschnitten, die einfach nur notwendig sind, um das Suchergebnis zu beschreiben, es in einen Kontext zu stellen, soll erlaubt, soll frei sein. Denn wie will man denn eine Suchanfrage, ein Suchergebnis, einen Presseartikel anders darstellen als durch eine kleine Wiedergabe des Textes? Ein Beispiel: Wenn ich ‚Golf' eingebe, erhalte ich Treffer zu einer Meeresströmung, zu einem Fahrzeugtyp und zu einer Sportart. Damit also der Suchende erkennt: ‚Habe ich jetzt etwas gefunden, was in diesen Kontext passt?', muss man ein bisschen dazuliefern. Das sind diese kleinsten Textausschnitte oder einzelne Wörter").

412 U.S. District Court for the Southern District of New York, Urt. v. 14.11.2013, GRUR Int. 2014, 69 – „The Authors Guild, Inc. et al. v. Google Inc."; das Urteil wird besprochen von *Kochinke*, K&R 2014, 15 ff.; *Kleinemenke*, GRUR Int. 2014, 892.

413 U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, Urt. v. 16.10.2015, siehe https://www.unitedstatescourts.org/federal/ca2/13-4829/230-0.html (zuletzt besucht am 20.12.2015).

414 Siehe http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-10-22/google-books-win-may-threaten-other-media (zuletzt besucht am 20.12.2015).

415 *Leventer*, S. 57 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Einscannen des Buches oder der Zeitschrift stellt eine Vervielfältigung dar, die in das Vervielfältigungsrecht des Rechtsinhabers eingreift, §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG.[416] Das Ausschließlichkeitsrecht ist – sieht man von den Sondervorschriften zu verwaisten (§§ 61 ff. UrhG) und vergriffenen Werken (§§ 51 f. VGG)[417] einmal ab – auch nicht beschränkt; insbesondere handelt es sich bei der Digitalisierung um keine „flüchtige" (§ 44a UrhG), sondern um eine dauerhafte Vervielfältigung,[418] und sind die engen Voraussetzungen einer zur öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung erforderlichen Vervielfältigung (§ 52a Abs. 3 UrhG) nicht erfüllt.[419] Erfolgt die Digitalisierung fehlerhaft, kann u.U. auch das Urheberpersönlichkeitsrecht gem. § 14 UrhG betroffen sein.[420] Die Umwandlung der Bild- in eine Textdatei ist zwar keine Bearbeitung i.S.v. § 23 S. 1 UrhG, stellt aber eine erneute Vervielfältigung dar.[421] Während die Indexierung in keines der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte eingreift,[422] ist mit der Übertragung der Textdatei auf den Web-Server eine (dritte) Vervielfältigung verbunden.[423] Das Recht des öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG) ist dadurch noch nicht betroffen, weil das Buch bzw. die Zeitschrift in der Auszugsansicht zwar vollständig durchsuchbar, nicht aber vollständig einsehbar – und folglich abrufbar – ist.[424] Erst die Anzeige der einzelnen Textschnipsel kann eine öffentliche Zugänglichmachung darstellen; allerdings nur in den seltenen Fällen, in denen kurze Wortfolgen von einzelnen Satzteilen oder eines ein-

---

416 *Leventer*, S. 229 f.; *Lucke*, S. 69 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 375; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 315; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

417 Eingehend zur dort geregelten Wahrnehmungsvermutung 1. Kapitel B. I. 1. a).

418 *Kubis*, ZUM 2006, 370, 375; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 317.

419 *Kubis*, ZUM 2006, 370, 376; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 317.

420 *Leventer*, S. 230 f.; *Lucke*, S. 130 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 374; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 315; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

421 *Leventer*, S. 231 ff.; *Lucke*, S. 75; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 375; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 315; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

422 *Leventer*, S. 234.

423 *Leventer*, S. 234; *Lucke*, S. 78; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 375.

424 *Leventer*, S. 236; *Lucke*, S. 123; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 376; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zigen Satzes ausnahmsweise die nach § 2 Abs. 2 UrhG nötige individuelle Gestaltungshöhe aufweisen.[425] Dann ist die Auszugsansicht auch nicht durch das Zitatrecht (§ 51 UrhG) gestattet, weil die Snippets nicht in ein selbständiges, nach § 2 Abs. 2 UrhG geschütztes zitierendes Sprachwerk aufgenommen werden.[426] Zudem ist dann auch das Bearbeitungsrecht nach § 23 S. 1 UrhG betroffen, da der dem Buch/der Zeitschrift entnommene Textschnipsel vollkommen losgelöst aus dem Sachzusammenhang des Werkes erscheint.[427] Im Einzelfall kann die Auszugsansicht zudem in das Urheberpersönlichkeitsrecht nach § 14 UrhG eingreifen.[428] Festzuhalten bleibt, dass in das Vervielfältigungsrecht nach §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG stets und in die Ausschließlichkeitsrechte nach §§ 14, 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a, 23 S. 1 UrhG nur im Einzelfall eingegriffen wird.

Zwar steht das deutsche Urheberrecht einer Vervielfältigung, die außerhalb Deutschlands erfolgt, nach dem Schutzlandprinzip nicht entgegen.[429] Dies erklärt, weshalb ein 2006 vor dem LG Hamburg gestellter Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen Google zurückgenommen werden musste: die urheberrechtsgeschützten Publikationen waren aus amerikanischen Bibliotheksbeständen heraus eingescannt worden.[430] Aus deutschen Bibliotheken dürfen aber nur gemeinfreie Werke am Google Books Bibliotheksprogramm teilnehmen.[431] Zudem bleibt die Rechtsunsicherheit, dass die Anzeige der Snippets eine öffentliche Zugänglichmachung darstellt. Unzählige deutsche Publikationen können damit nicht online durchsucht werden.

425 *Leventer*, S. 237 ff.; *Lucke*, S. 104 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 376; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 316; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

426 *Leventer*, S. 252 f.; *Lucke*, S. 113 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 376; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 317; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

427 *Leventer*, S. 240 ff.; *Lucke*, S. 101 ff.; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 316; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

428 *Leventer*, S. 245 ff.; *Lucke*, S. 132 ff.; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 316.

429 *Leventer*, S. 60 ff.; *Lucke*, S. 64 ff. u. 89 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 378; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589.

430 *Rösler*, GRUR Int. 2008, 489, 490; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589.

431 *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589; siehe auch *Lucke*, S. 68.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(2) Französisches Recht

Nach französischem Recht stellt das Einscannen der Publikation eine *reproduction* i.S.v. Art. L. 122-3 Abs. 1 CPI[432] dar,[433] weil es „eine öffentliche Wiedergabe erlaubt".[434] Damit wird in das *droit de reproduction* eingegriffen, Art. L 122-1 Alt. 2 CPI[435].[436] Für die Anzeige der Textschnipsel soll es – anders als nach deutschem Recht – dagegen nicht auf deren Werkcharakter ankommen. Die Anzeige sei (stets) eine *représentation* i.S.v. Art. L. 122-2 CPI[437], weil der Suchmaschinenbetreiber das *ganze* Werk online stelle und erst der Nutzer die einzelnen Snippets generiere.[438] Eine Parallele besteht aber insoweit, als auch hier das Zitatrecht (Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. a CPI[439]) ausscheidet: Erstens würden – wie nach deutschem Recht – die Snippets nicht in ein anderes Werk „inkorporiert";[440] zweitens sei die zufällige Auswahl der Snippets mit dem informativen

---

432 „La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte."

433 TGI Paris, Urt. v. 18.12.2009, JurisData n° 2009-016553 („[L]a numérisation d'une œuvre, technique consistant en l'espèce à scanner l'intégralité des ouvrages dans un format informatique donné, constitue une reproduction de l'œuvre"); siehe auch *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 9 („Lorsque les œuvres sont diffusées selon l'affichage par extraits, Google a nécessairement numérisé l'ensemble de l'œuvre: seul l'accès est limité pour l'internaute").

434 *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 10 („La terme ‚permettant' doit donc être compris dans le sens de ‚rendre possible une communication de l'œuvre au public' et non pas dans le sens d',offrir la possibilité au public de consulter l'œuvre'"), da andernfalls die in Art. L. 122-5 Nr. 2 CPI geregelte Privatkopie überflüssig wäre.

435 „Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction."

436 TGI Paris, Urt. v. 18.12.2009, JurisData n° 2009-016553 („[L]a numérisation […] constitue une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle, lorsque celle-ci est protégée, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droits").

437 „La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque […]."

438 *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 11 („Google met à disposition l'intégralité de l'œuvre et se contente d'en limiter l'accès, mais c'est l'utilisateur qui génère l'extrait").

439 „Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: […] Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère […] d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées."

440 *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 11.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sinn und Zweck des Zitatrechts unvereinbar;[441] und drittens würde gerade das ganze Werk, keine kurzen Textauszüge, öffentlich zugänglich gemacht.[442] Ob im Einzelfall auch *droits moraux* verletzt werden, wird im französischen Schrifttum nicht problematisiert. Festzuhalten bleibt, dass nach französischem Recht – anders als nach deutschem – stets sowohl in das Vervielfältigungsrecht als auch in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung eingegriffen wird.

Ob das französische Urheberrecht auch solche Digitalisierungen und Uploads erfasst, die im Ausland stattfinden, ist problematisch.[443] Der Tribunal de grande instance de Paris hat diese Frage bejaht und Google wegen Urheberrechtsverletzung verurteilt, weil die streitbefangenen Publikationen zwar in den USA vervielfältigt und online gestellt worden waren, der Erfolg dieser Nutzungshandlungen aber in Frankreich eingetreten war.[444] In Frankreich jedenfalls dürfen gegen den Willen des Rechtsinhabers nur gemeinfreie Werke eingescannt und öffentlich zugänglichmacht werden. Damit bleiben auch zahllose französische Publikationen einer Internet-Volltextsuche verschlossen.

---

441 TGI Paris, Urt. v. 18.12.2009, JurisData n° 2009-016553 („[L]'aspect aléatoire du choix des extraits représentés dénie tout but d'information tel que prévu par l'article L 122-5 3° du Code de la Propriété Intellectuelle").

442 *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 11 („Par conséquent, en l'espèce, l'objet qui est effectivement mis à disposition (c'est-à-dire, rendu accessible théoriquement) par Google n'est pas un ou plusieurs extraits, mais bien l'intégralité de chaque œuvre excluant ainsi le bénéfice de l'exception").

443 Vgl. speziell zu Google Books *Lucas*, JCP G 2010, 465 ff.; *ders.*, Propr. intell. 34 (2010), 644 ff.; *Singh/Israel*, RLDI 57 (2010), 6, 7 ff.; *Ginsburg/Sirinelli*, JCP G 2010, 894 ff.; siehe auch *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 77; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 1337, Fn. 105.

444 TGI Paris, Urt. v. 18.12.2009, JurisData n° 2009-016553 („[L]a loi applicable à la responsabilité extra contractuelle en matière de délit complexe est celle de l'Etat du lieu *où le fait dommageable s'est produit*; […] en l'espèce, il n'est pas contesté que le litige concerne des *œuvres d'auteurs français* numérisées pour être accessibles par extraits aux *internautes français* sur le territoire national; […] et que ce site est rédigé en *langue française*; […] il résulte de l'ensemble de ces éléments que la France est le pays qui entretient *les liens les plus étroits avec le litige*", Hervorh. d. Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Bewertung

Das Recht, die neuartige Nutzung von Werken durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei statischer Betrachtung ineffizient.[445] Je nach Inhalt der Publikation sind die Effizienznachteile immens. Die Online-Durchsuchbarkeit von wissenschaftlichen Publikationen etwa erspart dem Wissenschaftler wertvolle Zeit, die er für seine eigentliche Arbeit – die Forschung einschließlich der Vor- und Nachbereitung der Recherche, nicht die Recherche selbst – verwenden kann; je mehr Zeit er zum Forschen hat, desto mehr Forschung kann er betreiben und desto stärker zum wissenschaftlichen Fortschritt beitragen.[446] Diese Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Recht, die Verwertung durch Büchersuchmaschinen zu verbieten, erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen.[447] Hieran bestehen Zweifel. Die Verwertung eines Werkes als Buch und die Verwertung desselben Werkes durch eine Büchersuchmaschine mit Auszugsansicht unterscheiden sich wesentlich, weil das Buch das Lesen, aber kein effizientes Durchsuchen, und die Büchersuchmaschine mit Snippets ein effizientes Durchsuchen, aber kein Lesen ermöglicht.[448] Beide sind nicht austauschbar.[449] Das gilt umso mehr, als weder das ganze Buch noch die einzelnen Snippets gespeichert oder ausgedruckt werden können.[450] Eher sind beide Komplementärgüter.[451] Das Beispiel „Search Inside!“ von

445 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (b).
446 Vgl. *Hausman/Sidak*, 5 J. Competition L. & Econ. 411, 419 (2009).
447 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).
448 Siehe auch *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 18 (2011); *Lucke*, S. 264.
449 *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 19 u. 22 (2011); *Leventer*, S. 170; *Lucke*, S. 264; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565; siehe auch *Elhauge*, 2 J. Legal Analysis 1, 31 (2010). Etwas anderes mag nur gelten, soweit die technischen Schutzmaßnahmen, mit denen der Suchmaschinenbetreiber die vollständige Ansicht unterbindet, umgangen werden, oder Programme anderer Anbieter es ermöglichen, aus den Snippets ganze Seiten oder Textpassagen einer Publikation zu rekonstruieren, *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 22 (2011); *Lichtman*, 9 IPE 55, 69 (2008); *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564. Bislang jedenfalls ist ein solcher Fall nicht eingetreten, wohl auch, weil der Suchmaschinenbetreiber dann als Störer in Haftung genommen werden könnte, *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564 f.
450 *Leventer*, S. 170.
451 Siehe auch *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 19 (2011).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Amazon zeigt, dass die Möglichkeit einer Internet-Volltextsuche den Absatz von Büchern steigern kann.[452] Damit wird die bisherige Verwertung des Werkes allenfalls unwesentlich beeinträchtigt.[453] Vielmehr ist anzunehmen, dass bei einer Beschränkung des in hier in Frage stehenden Ausschließlichkeitsrechts unvermindert in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke investiert würde. Damit ist das Recht, die Nutzung durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, bei wertender Betrachtung ökonomisch ineffizient. Das Ausschließlichkeitsrecht kann also allenfalls außerökonomisch gerechtfertigt werden. Dabei kommen nur berechtigte ideelle Interessen des Urhebers in Betracht. Denn das materielle Interesse des Urhebers, also das Interesse an einer „gerechten" Belohnung, kann – so es denn unter Berücksichtigung individualistischer Zielvorstellungen unabhängig von einem Anreizerfordernis überhaupt als schutzwürdig angesehen wird – auch mit einem Anspruch auf angemessene Vergütung befriedigt werden. Im Übrigen ist das Ausschließlichkeitsrecht normativ ineffizient und zu beschränken.[454] Zu demselben Ergebnis kommt der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich der Verwertung journalistischer Beiträge in Online-Presseerzeugnissen durch *Nachrichten*suchmaschinen („Google News" statt „Google Books"): das zum 1. August 2013 in Kraft getretene Leistungsschutzrecht für Presseverleger gilt nicht für kleinste Textausschnitte (§ 87f Abs. 1 S. 1 letzter Hs. UrhG), weil diese den Besuch der Originalseite nicht entbehrlich machten.[455]

---

452 *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 24 (2011) (Umsatzsteigerungen von 15 %); *Lucke*, S. 263 (Umsatzsteigerungen von 9 % binnen 5 Tagen); *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589; *Elhauge*, 2 J. Legal Analysis 1, 31 (2010); *Lichtman*, 9 IPE 55, 71 (2008); siehe auch *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565.

453 Vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 16; *Müller-Lange/Scheufen*, 8 RERCI 7, 19 f. (2011); *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 565; *Leventer*, S. 193; *Lucke*, S. 267.

454 Vgl. *Hilty*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50 f.; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 213 u. 215; *ders.*, laut *Peifer*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 15; *Ohly*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 16; *Schäfer/Ott*, S. 680; *Leventer*, S. 316 ff.

455 Bericht des Rechtsausschusses v. 27.2.2013, BT-Drs. 17/12534, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Nutzung im Internet-Fernsehen

Auch das Recht, die Nutzung von gesendeten Werken durch Internet-Fernsehen (OTT) zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, bedingt eine Unternutzung (unten a)). Es ist normativ ineffizient und zu beschränken (unten b)).

aa) Analyse

Das Fernsehen ist im Umbruch. Durch die technologischen Entwicklungen des letzten Jahrzehnts ist neben Kabel, Satellit und Funk das Internet als vierter Übertragungsweg getreten.[456] Früher war Fernsehen nur mit einem Fernseher möglich. Heute erlaubt das Internet-Fernsehen auch eine Fernsehübertragung auf den PC, Laptop, Tablet-Computer oder das Smartphone, gleich ob zuhause oder unterwegs. Der Anteil der Internetnutzer, die zumindest gelegentlich Fernsehsendungen live über das Internet schauen, stieg von 2007 auf 2013 von 10 % auf 36 %.[457]

Mit Internet-Fernsehen ist hier das Fernsehen über das offene Internet gemeint, das in Abgrenzung zum IPTV[458] (z.B. Telekom Entertain) als OTT-TV bezeichnet wird.[459] Dabei werden die von den Fernsehsendern gesendeten und frei empfänglichen Fernsehsendungen zeitgleich („Simulcast“) und „over the top“ (OTT) ins Internet weitergesendet, also ohne dass der Internetdienstanbieter die Inhalte auswählt, dessen Einfluss mithin auf die Bereitstellung eines breitbandigen Internetzugangs beschränkt ist.[460] Die in Deutschland und Frankreich bekanntesten OTT-TV-Anbieter sind Zattoo bzw. PlayTV. Zattoo hatte lange Zeit nur eine sehr beschränkte Senderauswahl im Angebot, da u.a. die privaten Fernsehsender RTL, VOX, RTL 2, n-tv, ProSieben, Sat.1 und Kabel eins die OTT-Weitersendung ihrer Sendungen verhinderten. Diese Sender sind erst seit Juli 2013 (RTL, VOX, RTL 2, n-tv)[461] bzw. April 2014 (ProSieben, Sat.1, Kabel

456 *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 691.
457 ARD/ZDF-Onlinestudien 2006-2013, http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=425 (zuletzt besucht am 20.12.2015).
458 Abkürzung von „Internet Protocol Television“.
459 *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 661.
460 *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 662.
461 Siehe http://corporate.zattoo.com/de/new-with-rtl-channels-mobile-tv-and-improved-android-app/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eins)[462] über Zattoo verfügbar. PlayTV hat weiterhin nur ein unvollständiges Angebot, das zwar die öffentlich-rechtlichen Sender France 2, France 3 und Arte umfasst,[463] nicht aber die wichtigen Privatsender TF 1 und M6.[464]

Dass deutlich weniger Fernsehsendungen über das Internet empfangen werden konnten/können als (hätten) empfangen werden können, ist ein rechtstatsächlicher Zustand. In Deutschland (unten (1)) und Frankreich (unten (2)) kann die Nutzung von gesendeten Werken durch Internet-Fernsehen nahezu uneingeschränkt verboten und eine entsprechende Lizenz verweigert werden.

(1) Deutsches Recht

Nach deutschem Recht greift das OTT-TV in das Senderecht (§§ 15 Abs. 2 Nr. 3, 20, 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) und *nicht* in das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung (§§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a, 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) ein, weil die Fernsehsendungen *zeitgleich* übermittelt werden, den Nutzern also gerade nicht zu „Zeiten ihrer Wahl" zugänglich sind.[465] Schutzbeschränkungen des Rechts auf *Kabelweiter*sendung, nämlich die Verwertungsgesellschaftspflicht nach § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG hinsichtlich gesendeter Werke und die Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG für Sendungen, gelten de lege lata dagegen nur für das Kabelfernsehen, nicht jedoch für das OTT-TV.[466] Das wird damit begründet, dass OTT-TV-Anbieter keine „Kabelun-

462 Siehe http://corporate.zattoo.com/de/deutsch-zattoo-ab-sofort-mit-der-prosiebens at-1-gruppe/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

463 Siehe http://playtv.fr/pages/a-propos/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

464 *Blocman*, IRIS 2013-8/15.

465 Allgemein für „Simulcasts" *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20, Rdnr. 45; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 19a, Rdnr. 34; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 20, Rdnr. 14; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 20, Rdnr. 17; *Schack*, GRUR 2007, 639, 641; *Poll*, GRUR 2007, 476, 480; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 698; a.A. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 19a, Rdnr. 10, da dem Nutzer die zeitgleiche Übertragung nur suggeriert werde; offen gelassen von LG Hamburg ZUM 2009, 582, 585. Nach EuGH GRUR 2013, 500 – „ITV Broadcasting/TVC" – greift das OTT-TV allgemein in das Recht der öffentlichen Wiedergabe (Art. 3 Abs. 1 Informationsgesellschafts-RL) ein, *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 664.

466 LG Hamburg ZUM 2009, 582, 585 f.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 9; *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 8;

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ternehmen“ darstellten und das Internet nicht notwendig über „Kabelsysteme“, sondern zunehmend kabellos (Funk, WLAN) zugänglich sei.[467] Die ebenfalls mit der Satelliten- und Kabelrichtlinie 93/83/EWG umgesetzte Weitersendung über „Mikrowellensysteme“ habe im Ursprung besondere in Irland angewandte Technologien berücksichtigt, die in Deutschland ungebräuchlich seien.[468] Zudem seien die §§ 20b Abs. 1 S. 1, 87 Abs. 5 UrhG Ausnahmevorschriften, die eng ausgelegt werden müssten.[469] Eine Analogie scheide mangels einer planwidrigen Regelungslücke aus.[470] Allerdings sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verpflichtet, ihre Angebote auf „geeigneten Übertragungswegen“ zu verbreiten (§§ 11 Abs. 1 S. 1, 19 S. 1 RStV); dabei ist die Auswahl „geeigneter Übertragungswege” hochgradig vom tatsächlichen Rezeptionsverhalten der Rundfunkteilnehmer abhängig.[471] Zumindest für das Kabelfernsehen gilt deshalb eine öffentlich-rechtliche, wenngleich nicht subjektiv einklagbare[472] „Must-offer“-Verpflichtung bezüglich der Senderechte.[473] Wenn das Fernsehen zunehmend über Internet empfangen wird, dürfte für das OTT-TV

Dustmann, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 20b, Rdnr. 13; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 693; siehe auch *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2; a.A. *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666; *Weber*, ZUM 2009, 460, 462; *Poll*, GRUR 2007, 476, 481 (zumindest analoge Anwendung); *Gounalakis*, ZUM 2009, 447, 452.

467 *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 8; *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 693; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 9.

468 LG Hamburg ZUM 2009, 582, 585; *v. Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 9; *Büchner*, CR 2007, 473, 479; eingehend *Hoeren*, MMR 2008, 139, 143 (dort „kabelergänzende Überbrückung von Netzlücken“, hier „völlig neue Technologie der drahtlosen Signalübertragung“); siehe auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 20b, Rdnr. 9; *ders.*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 7.10.32.

469 LG Hamburg ZUM 2009, 582, 586.

470 *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; siehe auch LG Hamburg ZUM 2009, 582, 586 („Die Frage, ob § 20b UrhG künftig technologieneutral ausgestaltet werden sollte, muss daher der Entscheidung des Gesetzgebers vorbehalten bleiben“).

471 *Hain/Steffen/Wierny*, MMR 2013, 769, 771; eingehend zu den Auswahlkriterien *Binder*, in: *Hahn/Vesting*, RStV[3], § 19, Rdnr. 21 ff.

472 *Binder*, in: *Hahn/Vesting*, RStV[3], § 19, Rdnr. 57.

473 *Hain/Steffen/Wierny*, MMR 2013, 769, 771. Die „Must-offer“-Verpflichtung folgt in Deutschland also nicht aus der „Must-carry“-Verpflichtung, wie sie in § 52b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RStV, *Hain/Steffen/Wierny*, MMR 2013, 769, 771.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nichts anderes gelten. Das wird der Grund sein, weshalb die öffentlich-rechtlichen Sender von Anfang an auf Zattoo verfügbar waren.[474]

Zwar wird derzeit auf europäische Ebene eine technologieneutrale Neuregelung erwogen. Der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission gilt aber ausdrücklich nicht für das OTT-TV.[475]

(2) Französisches Recht

Nach französischem Recht greift die Weitersendung ins OTT-TV in das *droit de représentation* (Art. L. 122-2, L. 216-1 CPI) ein.[476] Die Verwertungsgesellschaftspflicht für gesendete Werke (Art. L. 132-20-1 Abs. 1 S. 1 CPI[477]) und Sendungen (Art. L. 217-2 Abs. 1 S. 1 CPI[478]) gilt unstreitig nur für das Kabelfernsehen.[479] Eine § 87 V UrhG entsprechende, allerdings *rundfunk*rechtliche „Must-offer"-Regelung (Art. 34-1-1 Loi Léotard[480]) galt nur zugunsten von Kabelunternehmen und trat nach fünf

474 Vgl. *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 693 („Allein die öffentlich-rechtlichen Sendeunternehmen verhielten sich gegenüber Zattoo bislang kulant; vermutlich allein deshalb, weil man ihnen sonst vorwerfen könnte, ihren Grundversorgungsauftrag zu konterkarieren").

475 Art. 1 lit. b u. Erwgr. 12 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates mit Vorschriften für die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen, COM(2016) 594 final.

476 Vgl. CSA, Entsch. v. 23.7.2013, JORF du 6.8.2013, n° 181, texte 94; siehe auch *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 306.

477 „[… L]e droit d'autoriser la retransmission par *câble*, simultanée, intégrale et sans changement, sur le territoire national, d'une *œuvre télédiffusée* à partir d'un Etat membre de la Communauté européenne ne peut être exercé que par une société de perception et de répartition des droits."

478 „[… L]e droit d'autoriser la retransmission par *câble*, simultanée, intégrale et sans changement, sur le territoire national, de la *prestation d'un artiste-interprète, d'un phonogramme ou d'un vidéogramme télédiffusés* à partir d'un Etat membre de la Communauté européenne ne peut être exercé […] que par une société de perception et de répartition des droits."

479 Vgl. *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 892 u. 1253; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 320 u. 594; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 858.

480 „Les éditeurs de services diffusés par voie hertzienne terrestre […] ne peuvent s'opposer à la reprise de ces services […] sur un réseau autorisé […] pendant une période de cinq ans à compter de la promulgation de ladite loi."

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Jahren im Juli 2009 außer Kraft.[481] Allerdings folgt aus der „Must-carry"-Verpflichtung der Anbieter von Abonnementfernsehen (Art. 34-2 Abs. 1 S. 1 Loi Léotard[482]) spiegelbildlich eine „Must-offer"-Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.[483] Der Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) wies die Beschwerde von PlayTV gegen France Télévisions wegen Lizenzverweigerung dann auch nur mit der Begründung ab, dass PlayTV (derzeit) über keine Abonnenten verfüge und die öffentlich-rechtlichen Sendungen ohne Vergütung nutze; zugleich wurde PlayTV eine Frist bis zum 31. Dezember 2013 gesetzt, um Abhilfe zu schaffen. [484] Da die Nutzer von PlayTV laut den AGB nunmehr als Abonnenten gelten[485] und die Sender von France Télévisions auch nach Fristablauf verfügbar sind, kann angenommen werden, dass sich beide Parteien über eine Lizenz geeinigt haben und die Lizenzerteilung auf die Entscheidung des CSA zurückgeht.

bb) Bewertung

Das Recht, die neuartige Nutzung durch Internet-Fernsehen zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei statischer Betrachtung ineffizient.[486] Die Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen.[487] Dies muss bezweifelt werden. Der Anreiz der Free-TV-Sender besteht in der Aussicht auf Gewinn durch Werbeeinnahmen. Diese werden aber nicht geringer, wenn die gesendeten Werke ins Internet weitergesendet werden dürfen. Im Gegenteil: Mit der Weitersendung werde mehr Rezipienten erreicht,[488] sodass eher höhere Werbeeinnahmen erzielt

481 *de Bellescize/Franceschini*, S. 195; *Scheuer/Schweda*, IRIS plus 2008-10, 1, 5.
482 „Sur le territoire métropolitain, tout distributeur de services sur un réseau n'utilisant pas de fréquences terrestres assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel met gratuitement à disposition de ses abonnés les services des sociétés mentionnées au I de l'article 44 et la chaîne Arte […]."
483 *Scheuer/Schweda*, IRIS plus 2008-10, 1, 5 u. 12, Fn. 28.
484 CSA, Entsch. v. 23.7.2013, JORF v. 6.8.2013, n° 181, texte 94.
485 Siehe http://playtv.fr/pages/cgu/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).
486 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (b).
487 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).
488 *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden. Die bisherige Verwertung wird also allenfalls unwesentlich beeinträchtigt. Deshalb ist anzunehmen, dass bei einer Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts unvermindert in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke investiert würde.[489] Bei wertender Betrachtung ist das Recht, die Nutzung durch Internet-Fernsehen zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, also ökonomisch ineffizient. Eine außerökonomische Rechtfertigung scheidet aus: Ideelle Interessen des Urhebers, die Weitersendung zu verbieten, sind nicht ersichtlich; und sein materielles Interesse, also sein Interesse an einer „gerechten" Belohnung, kann – so es denn unter Berücksichtigung individualistischer Zielvorstellungen unabhängig von einem Anreizerfordernis überhaupt als schutzwürdig angesehen wird – auch mit einem Anspruch auf angemessene Vergütung befriedigt werden. Damit ist das geltende Ausschließlichkeitsrecht normativ ineffizient und zu beschränken.[490]

Das Ergebnis sollte nicht überraschen. Das Recht zur Weitersendung in das *Kabel*netz wird nach deutschem – Verwertungsgesellschaftspflicht (Art. 20b Abs. 1 S. 1 UrhG) einerseits, Zwangslizenz (Art. 87 Abs. 5 S. 1 UrhG) andererseits – und französischem Recht – Verwertungsgesellschaftspflicht Art. L. 132-20-1 Abs. 1 S. 1, L. 217-2 Abs. 1 S. 1 CPI) – beschränkt. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass die (damals) neue Übertragungstechnologie Kabelfernsehen nicht behindert werden sollte:[491] weder durch Urheber, die ihre Rechte keiner Verwertungsgesellschaft eingeräumt bzw. abgetreten haben (sog. „Außenseiter"),[492] noch durch Sendeunternehmen, die Lizenzverhandlungen ohne triftigen Grund verweigern oder scheitern lassen.[493] Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb Kabel- und

489 Siehe auch *Gounalakis*, ZUM 2009, 447, 452 („Die Weiterleitung durch Dritte erhöht lediglich die Effizienz in der Auswertung der eingekauften Senderechte durch das Sendeunternehmen. Über eine Erhöhung der eigenen Effizienz kann sich das Sendeunternehmen nicht beschweren. Und der Urheber muss immer mit der maximalen Ausschlachtung seiner Werke innerhalb der eingeräumten Lizenz rechnen, das Schicksal droht ihm, wenn er seine Werke verkauft.").

490 Vgl. *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2; *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 666; *Krogmann*, ZUM 2013, 457, 459; *Bauer/v. Einem*, MMR 2007, 698, 699; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 882, Fn. 19; *Grewenig*, ZUM 2011, 27, 29; i.E. ähnlich (technologieneutrale Auslegung der §§ 20b bzw. 87 Abs. 5 UrhG) auch *Gounalakis*, ZUM 2009, 447, 452; *Weber*, ZUM 2009, 460, 462; *Poll*, GRUR 2007, 476, 481; *Ullrich*, ZUM 2010, 853, 856 f.

491 Vgl. Erwgr. 22 Satelliten- u. Kabel-RL.

492 Vgl. Erwgr. 28 Satelliten- u. Kabel-RL.

493 Vgl. Erwgr. 30 u. 11 Satelliten- u. Kabel-RL.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Internet-Fernsehen ungleich behandelt werden sollen.[494] Dabei sollte nicht zwischen geschlossenem (IPTV) und offenem (OTT-TV) unterschieden werden. Der Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission für eine technologieneutrale Neuregelung nimmt das OTT-TV ausdrücklich aus, weil es „– etwa im Vergleich zu Kabel- oder geschlossenen internetprotokollgestützten Netzen – eine kontrollierte Umgebung nur bedingt gewährleisten" könne.[495] Rechtsinhaber könnten die Nutzungsbedingungen (u.a. territoriale Beschränkung, Lizenzgebühren) nicht mehr voll kontrollieren.[496] Dies ist nicht wirklich überzeugend, weil der Empfang von OTT-TV beschränkt werden kann (territorial, auf Abonnementen und registrierte Kunden), wie auch die Kommission festgestellt hat.[497]

Zumindest der deutsche Gesetzgeber hat dann auch folgerichtig eine „echte" technologieneutrale Neufassung des § 20b UrhG erörtert, ohne zwischen IPTV und OTT-TV zu differenzieren. Ausdrücklich dafür ausgesprochen hat sich bereits der Bundesrat.[498] Der Bundestag hat eine Überprüfung des § 20b UrhG „wegen einer technologieneutralen Ausgestaltung angesichts der fortschreitenden technischen Entwicklung (z.B. Internet-TV)" angemahnt[499] und konnte die im Referentenentwurf bereits vorgesehene[500] Gesetzesänderung nur deshalb nicht beraten, weil die Bundesregierung den „Vorschlag des Bundesrates, die Kabelweitersendung in § 20b des Urheberrechtsgesetzes technologieneutral auszugestalten, derzeit nicht

494 Vgl. *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 2; *Poll*, GRUR 2007, 476, 481; *Gounalakis*, ZUM 2009, 447, 452; *Weber*, ZUM 2009, 460, 462; *Kempermann/Pieper*, CR 2013, 661, 663; *Ullrich*, ZUM 2010, 853, 856 f.; *Grewenig*, ZUM 2011, 27, 29.

495 Erwgr. 12 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates mit Vorschriften für die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen, COM(2016) 594 final.

496 *Kommission*, SWD(2016) 301 final PART 1/3, S. 54 f.

497 Vgl. *Kommission*, SWD(2016) 301 final PART 1/3, S. 54 („Option 2").

498 Stellungnahme des Bundesrats v. 3.5.2013, BR-Drs. 265/13, S. 1 = BT-Drs. 17/13423, S. 21.

499 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 4.7.2007, BT-Drs. 16/5939, S. 3; siehe auch *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 20b, Rdnr. 16.

500 Referentenentwurf des BMJ v. 20.2.2013, S. 4 u. 13, http://blog.die-linke.de/digitalelinke/wp-content/uploads/Ref.Entwurf.pdf (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aufgreifen“[501] möchte. Wenn nun § 20b UrhG mittelfristig neugefasst werden soll, muss dies spiegelbildlich auch für § 87 Abs. 5 UrhG gelten; einerseits wird dort auf § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG verwiesen, andererseits ist die Zwangslizenz notwendige Folge der Freistellung der Sendeunternehmen von der Verwertungsgesellschaftsplicht nach § 20b Abs. 1 S. 2 UrhG.[502]

c) Verwertung durch Internet-Videorekorder

Auch das Recht, die Nutzung durch Internet-Videorekorder zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, bedingt eine Unternutzung (unten a)). Es ist ebenfalls normativ ineffizient und zu beschränken (unten b)).

aa) Analyse

Ein Internet-Videorekorder ist ein Dienst, mit dessen Hilfe der Nutzer sich Sendungen aufzeichnen lassen und später aus dem Internet abrufen kann.[503] Bekannte Internet-Videorekorder sind bzw. waren Save.TV und Shift.TV in Deutschland sowie Wizzgo in Frankreich. Save.TV und Shift.TV sind derzeit noch verfügbar, weil über die Verletzungsklagen der Sendergruppen RTL[504] und ProSiebenSat.1[505] noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist. Wizzgo dagegen ist seit November 2008, als die Privatsender TF1, M6 und die öffentlich-rechtliche Sendergruppe France

501 Gegenäußerung der Bundesregierung v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 24 [Hervorh. d. Verf.].

502 Vgl. Gesetzentwurf v. 4.6.1996, BT-Drs. 13/4796, S. 9 u. 14; so auch KG GRUR-RR 2010, 414, 414; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87, Rdnr. 26.

503 *Neurauter*, GRUR 2011, 691, 694.

504 Siehe zuletzt BGH GRUR 2013, 618 – „Internet-Videorekorder II“ – unter Aufhebung von OLG Dresden ZUM 2011, 913, und Zurückverweisung (RTL/Shift.TV) sowie BGH ZUM-RD 2013, 421 unter Aufhebung von OLG Dresden BeckRS 2013, 07591, und Zurückverweisung (RTL/Save.TV).

505 Siehe zuletzt OLG München K&R 2014, 360 (ProSiebenSat.1/Save.TV) und BGH ZUM-RD 2013, 421 unter Aufhebung von OLG Dresden BeckRS 2013, 07591, und Zurückverweisung (Sat.1/Shift.TV).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Télévisions ein einstweiliges[506] und schließlich endgültiges[507] Verbot erwirkten, ein für alle Mal abgeschaltet.[508]

Dass Internet-Videorekorder in Frankreich nicht und in Deutschland womöglich schon bald nicht mehr existieren, ist ein rechtstatsächlicher Zustand. Nach französischem (unten (2)) und deutschem (unten (2)) Recht kann die Nutzung gesendeter Werke durch Internet-Videorekorder uneingeschränkt bzw. möglicherweise uneingeschränkt verboten und eine entsprechende Lizenz verweigert werden.

(1) Deutsches Recht

Nach deutschem Recht greifen Internet-Videorekorder zunächst in das Vervielfältigungsrecht (§§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16, 87 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 UrhG) ein, indem die jeweilige Sendung aufgezeichnet, d.h. als Datei gespeichert wird. Soweit die Sendung *unmittelbar* auf einem ausschließlich für den *einzelnen* Nutzer bereitgestellten Speicherplatz auf dem sog. File-Server abgespeichert wird – der Befehl dazu wird insoweit vom Nutzer erteilt –, handelt es sich um eine erlaubte Privatkopie (§§ 53 Abs. 1 S. 1, 87 Abs. 4 UrhG); anders, soweit sie – wie zumindest ursprünglich bei Save.TV – zunächst auf einem sog. Aufnahme-Server gespeichert wird, wo sie als zentrale Kopiervorlage („Masterkopie") *mehreren* Nutzern dient.[509] Eine solche Vervielfältigung unterfällt auch nicht §§ 44a, 87 Abs. 4 UrhG, da sie eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hat.[510] Darüber hinaus sind entweder das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung (§§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a, 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 UrhG) oder das Senderecht (§§ 15 Abs. 2 Nr. 3, 20, 87 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 UrhG) betroffen: Soweit auf dem File-Server die Aufzeichnung zentral für *mehrere* Nutzer vorgehalten wird – so der vom OLG München festgestellte Sachverhalt bei Save.TV –, handelt

506 TGI Paris, Beschluss v. 6.8.2008, JurisData n° 2008-367522 (M6/Wizzgo); Beschluss v. 6.11.2008 (France Télévisions/Wizzgo); Beschluss v. 6.11.2008 (TF1/Wizzgo), siehe *Grégoire*, *RLDI* 45 (2009), 61, 61; speziell zum Beschluss v. 6.8.2008 auch *Gallego*, RLDI 41 (2008), 8 ff.

507 TGI Paris, Urt. v. 25.11.2008, abrufbar unter: http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2491 (zuletzt besucht am 20.12.2015).

508 *Courtinat*, IRIS 2009-1:11/17.

509 BGH ZUM-RD 2013, 314, 316, Rdnr. 18 f. u. 21; OLG München K&R 2014, 360, 361.

510 BGH ZUM-RD 2013, 314, 316, Rdnr. 20; OLG München K&R 2014, 360, 361.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

es sich um eine öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG).[511] Befinden sich auf dem File-Server dagegen *individuelle* „Nutzerkopien", die nur dem *einzelnen* Nutzer zugänglich sind – so der vom OLG Dresden festgestellte Sachverhalt bei ein und demselben Internet-Videorekorder –, ist das Senderecht betroffen (§ 20 UrhG).[512] In diesem (zweiten) Fall liegt zwar eine Weitersendung vor.[513] Tatrichterlich noch nicht entschieden ist aber, um diese Weitersendung eine *Kabel*weitersendung (§ 20a Abs. 1 S. 1 UrhG) darstellt, ob das Senderecht also durch eine urheberrechtliche Zwangslizenz beschränkt wird (§ 87 Abs. 5 UrhG).[514] Je nachdem gilt das Ausschließlichkeitsrecht nicht nur im ersten, sondern auch im zweiten Fall unbeschränkt.

(2) Französisches Recht

Nach französischem Recht greifen Online-Videorekorder in das *droit de reproduction* (Art. L. 122-1 Fall 2 CPI) und das *droit de représentation* (Art. L. 122-1 Fall 1 CPI) ein, indem sie Sendungen aufzeichnen und den Nutzern zugänglich machen.[515] Beide Ausschließlichkeitsrechte gelten un-

511 OLG München K&R 2014, 360, 361.

512 BGH ZUM-RD 2013, 314, 318, Rdnr. 31, u. 320, Rdnr. 54; GRUR 2013, 618, 619, Rdnr. 22, u. 621, Rdnr. 40 – „Internet-Videorekorder II"; ZUM-RD 2013, 421, 424, Rdnr. 27; vgl. OLG München K&R 2014, 360, 361 f.

513 BGH ZUM-RD 2013, 314, 320 f., Rdnr. 55 f.; GRUR 2013, 618, 621, Rdnr. 41 f. – „Internet-Videorekorder II"; ZUM-RD 2013, 421, 424, Rdnr. 28 f.

514 BGH GRUR 2013, 618, 622, Rdnr. 50 – „Internet-Videorekorder II" („Das BerGer. wird zunächst zu klären haben, ob die Bekl. berechtigt sind, den Zwangslizenz*einwand* zu erheben, bevor es – gegebenenfalls – das Verfahren aussetzt, um den Parteien die Anrufung der Schiedsstelle zu ermöglichen (§ 14 I Nr. 1 lit. a und Nr. 2 WahrnG) und der Schiedsstelle Gelegenheit zu geben zu prüfen, ob die Bekl. zu 1 einen *Anspruch auf Abschluss eines Vertrags* über die Einräumung des zur Weitersendung der Funksendungen der Kl. an einen Internet-Videorecorder erforderlichen Nutzungsrechts hat (§ 11 I WahrnG, § 87 V UrhG)", Hervorh. d. Verf.); ZUM-RD 2013, 314, 322, Rdnr. 66; ZUM-RD 2013, 421, 425, Rdnr. 37; die hier interessierende Frage, ob Shift.TV und Save.TV eine Zwangslizenz nach § 87 Abs. 5 UrhG beanspruchen können, soll also (zunächst) die Schiedsstelle des DPMA beantworten, *Niebler/Schuppert*, CR 2013, 384, 385 f. (die diese Frage bejahen).

515 TGI Paris, Urt. v. 25.11.2008, a.a.O. („Wizzgo a commis des actes de contrefaçon en reproduisant et communiquant au public, sans autorisation, des programmes produits et diffusés").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beschränkt, da weder eine vorübergehende Kopie (*copie transitoire*, Art. L. 122-5 Nr. 6, L. 211-3 Nr. 5 CPI) noch eine Privatkopie (*copie privée*, Art. L. 122-5 Nr. 1, L. 211-3 Nr. 1 CPI) angefertigt wird. Dies wird damit begründet, dass der Betreiber des Online-Videorekorders, nicht der einzelne Nutzer, die Kopie anfertige; damit strebe der Betreiber des Online-Videorekorders einen wirtschaftlichen Vorteil an bzw. vervielfältige die jeweilige Sendung zugunsten des jeweiligen Nutzers, also nicht zu privaten Zwecken.[516]

bb) Bewertung

Das Recht, die neuartige Nutzung durch Internet-Videorekorder zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei statischer Betrachtung ineffizient.[517] Die Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen.[518] Hieran sind Zweifel angebracht. Der Anreiz der Free-TV-Sender besteht in der Aussicht auf Gewinn durch Werbeeinnahmen, die durch die Sendungen generiert werden. Werden die Sendungen zeitversetzt online verfügbar gemacht, werden die Werbeeinnahmen nicht geringer, sondern eher größer. Denn nun werden auch jene Rezipienten erreicht, die bei der Live-Ausstrahlung verhindert waren. Die bei Festplatten- und Internet-Videorekordern gleichermaßen bestehende Möglichkeit, die Fernsehwerbung entweder schon beim Aufzeichnungsvorgang herauszuschneiden oder jedenfalls beim Anschauen der aufgezeichneten Sendungen zu überspringen (sog. Ad-Skipping), wird bei Festplattenrekordern einer Studie zufolge nur gelegentlich genutzt; in vielen Alltagssituationen

516 CA Paris, Urt. v. 14.12.2011, JurisData n° 2011-030824 („[L]e service ne génère qu'une seule et unique copie, créée par la société Wizzgo et destinée à l'utilisateur final lequel aura le loisir de la conserver […]; […] la copie opérée par le service est dotée d'une valeur économique propre dès lors qu'à chaque copie est attaché un utilisateur et que le montant des recettes publicitaires générées par le service"); siehe auch TGI Paris, Urt. v. 25.11.2008, a.a.O.; *Singh/Calmes*, RLDI 45 (2009), 6, 7 f.; *Grégoire*, RLDI 45 (2009), 61, 62 f.; *Haeri/Bonnier*, RLDI 46 (2009), 59, 60.

517 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (b).

518 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und bei vielen Formaten besteht eine hinreichende Werbetoleranz.[519] Zudem besteht bei den Festplattenrekorder-Besitzern nach der anfänglichen Euphorie kaum mehr Interesse an den raffinierten Funktionalitäten dieser Geräte.[520] Nichts anderes kann für Internet-Videorekorder gelten. Die bisherige Verwertung wird also allenfalls unwesentlich beeinträchtigt. Deshalb ist anzunehmen, dass bei einer Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts unvermindert in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke investiert würde. Bei wertender Betrachtung ist das Recht, die neuartige Nutzung durch Internet-Videorekorder zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, mithin ökonomisch ineffizient. Eine außerökonomische Rechtfertigung scheidet aus: Ideelle Interessen des Urhebers, dem entgegenstehen könnten, sind nicht ersichtlich; und sein materielles Interesse, also sein Interesse an einer „gerechten" Belohnung, kann – so es denn unter Berücksichtigung individualistischer Zielvorstellungen unabhängig von einem Anreizerfordernis überhaupt als schutzwürdig angesehen wird – auch mit einem Anspruch auf angemessene Vergütung befriedigt werden. Damit ist das Ausschließlichkeitsrecht normativ ineffizient und zu beschränken.[521]

Auch dieses Ergebnis dürfte nicht überraschen. Nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers soll jede analoge und digitale Aufzeichnung einer (nicht offensichtlich rechtswidrigen) Sendung zu privaten Zwecken erlaubt sein. Mit der aus Art. 5 Abs. 2 lit. b Informationsgesellschafts-RL übernommenen Formulierung „auf beliebigen Trägern" in § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG wollte er klarstellen, dass „eine Differenzierung nach der verwendeten Technik (analog oder digital) nicht stattfindet".[522] Aus diesem Grund sind alle Hersteller, Importeure und Händler von Geräten (u.a. PC)[523] und Speichermedien (u.a. Festplatte, USB-Stick)[524], die (digitale) Kopien erlauben, vergütungspflichtig (§§ 54 Abs. 1, 54b Abs. 1 UrhG).

519 *IFM*, S. 19.

520 *SevenOne Media*, S. 16.

521 So i.E. (bereits durch Subsumtion des Internet-Videorekorders unter „Kabelsystem" i.S.v. § 87 Abs. 5 i.V.m. § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG) auch *Niebler/Schuppert*, CR 2013, 384, 386.

522 Gesetzentwurf v. 6.11.2002 („Erster Korb"), BT-Drs. 15/38, S. 20; siehe auch Gesetzentwurf v. 15.6.2006 („Zweiter Korb"), BT-Drs. 16/1828, S. 18 („Mit der letzten Urheberrechtsreform ist klargestellt worden, dass die digitale Privatkopie erlaubt ist (§ 53 Abs. 1)").

523 Gesetzentwurf v. 15.6.2006 („Zweiter Korb"), BT-Drs. 16/1828, S. 15.

524 Gesetzentwurf v. 15.6.2006 („Zweiter Korb"), BT-Drs. 16/1828, S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Folgerichtig sollen insbesondere digitale Mitschnitte von Radio- und Fernsehsendungen (sog. Timeshifting) zu privaten Zwecken erlaubt sein.[525] Dieser angestrebte Zustand entspricht auch dem Willen des französischen Gesetzgebers,[526] was angesichts der gemeinsamen Grundlage – Art. 5 Abs. 2 lit. b Informationsgesellschafts-RL – nicht wirklich verwundert. Insbesondere erlaubt auch er die Bereitstellung von Geräten, mit denen digitale Privatkopien angefertigt werden können, und macht die Hersteller und Importeure dieser Geräte, z.B. eines Festplattenrekorders („magnétoscope numérique") ebenfalls vergütungspflichtig (Art. L. 311-1 Abs. 2[527] i.V.m. L. 311-4 Abs. 1 CPI[528]). Es ist nicht einzusehen, weshalb Aufzeichnungen mithilfe eines Festplattenrekorders erlaubt sein sollen, während die funktionsgleichen – beide sind digitale Videorekorder, die ein Ad-Skipping erlauben – Internet-Videorekorder verboten werden (könnten). Der einzige Unterschied besteht darin, dass dem Nutzer ein virtuelles „Gerät" bereitgestellt wird.[529] Denn soweit keine zentrale „Masterkopie" erstellt wird, löst der einzelne Nutzer – nicht der Betreiber des Internet-Videorekorders – durch seine Programmierung der Aufzeichnung einen rein technischen Vorgang aus, der vollständig automatisiert ohne menschlichen Eingriff von außen abläuft.[530]

d) Zwischenergebnis

Die erste Unterfallgruppe umfasst Fälle, in denen die bisherige Verwertung durch die neuartige Nutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird. Beispiele sind die Nutzung von Werken durch Büchersuchmaschinen mit Auszugsansicht sowie die Nutzung von gesendeten Werken durch Internet-Fernsehen und Internet-Videorekorder. In diesen Fällen ist das Recht, die Nutzung zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu

525 Vgl. Gesetzentwurf v. 15.6.2006 („Zweiter Korb"), BT-Drs. 16/1828, S. 19.
526 Eingehend zur digitalen Privatkopie in Frankreich *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 378.
527 „Cette rémunération est également due aux auteurs et aux éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support, […] dans les conditions prévues au 2° de l'article L. 122-5, sur un support d'enregistrement numérique".
528 „La rémunération […] est versée par le fabricant, l'importateur […] de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres".
529 LG Köln MMR 2006, 57, 57.
530 BGH ZUM-RD 2013, 314, 316, Rdnr. 14 u. 21 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verweigern, vorbehaltlich ideeller Interessen normativ ineffizient. Im Wege der Induktion kann dieses Ergebnis verallgemeinert werden: Das Recht, eine neuartige Nutzung zu verbieten, die die bisherige Verwertung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt, und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist vorbehaltlich ideeller Interessen normativ ineffizient und zu beschränken.

2. Wesentliche Beeinträchtigung der bisherigen Verwertung

Die zweite Unterfallgruppe erfasst Fälle, in denen eine neuartige Nutzung die bisherige Verwertung wesentlich beeinträchtigt. Das Recht, die Nutzung von Werken auf eine neue, *bereits etablierte* Art zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, bedingt eine Unternutzung (unten a)). Es ist vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen normativ ineffizient und zu beschränken (unten b)).

a) Analyse

Für den Fall, dass die neuartige Nutzung eines Dritten die bisher übliche Verwertung des Rechtsinhabers wesentlich beeinträchtigt, gelten nach deutschem und französischem Recht keinerlei Schutzbeschränkungen, die an dieser Stelle zu erörtern wären. Damit hat der Rechtsinhaber die Wahl: Er kann sein altes Geschäftsmodell den neuen Gegebenheiten anpassen und die potentielle Nachfrage nach dem neuartigen Produkt befriedigen; oder er kann sich gegen den Trend zur Wehr setzen und der „unbekannten Person" verbieten, das Werk an seiner statt auf die neue Art zu nutzen, bzw. ihm eine entsprechende Lizenz verweigern. Dann fallen Angebot und potentielle Nachfrage auseinander, d.h. das Werk wird als neuartiges Produkt potentiell nachgefragt, aber als solches nicht angeboten. Das Paradebeispiel war lange Zeit das Audio-on-Demand.[531] Heute ist es das E-Book. Das Interesse, also die potentielle Nachfrage an E-Books nimmt in Deutschland stetig zu. Waren 2010 noch 18,56 % der Menschen im Alter von 14-69 Jahren an E-Books interessiert, waren es 2013 bereits 30,36 %

531 Vgl. nur *Hilty*, laut *Peifer*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(15,97 Mio.).[532] Die Anzahl der E-Book-Käufer betrug 2013 aber lediglich 3,4 Mio.,[533] sodass sich die Frage aufdrängt, weshalb die potentielle und die tatsächliche Nachfrage divergieren. Von den Argumenten, die von den Konsumenten gegen den Kauf von E-Books vorgebracht werden, richten sich die meisten gegen die Nutzung von E-Books an sich (insbesondere fehlende Haptik des gedruckten Buches etc.).[534] Damit kann die Divergenz aber nicht erklärt werden, denn wer ein Werk von vornherein nur als gedrucktes Buch konsumieren möchte, wird E-Books schon nicht potentiell nachfragen. Es kann sich also nur um solche Nachteile handeln, die theoretisch behoben werden könnten. Von diesen wird das geringe Angebot an E-Book-Titeln hervorgehoben.[535] Tatsächlich ist zwar der E-Book-Anteil an den neu erschienenen Büchern in den letzten Jahren auf über 50 % angestiegen.[536] Der Anteil von E-Books an der sog. Backlist (lieferbare, nicht neu erschienene Bücher) stagniert aber bei ca. 30 %.[537] Damit ist nur jedes zweite bzw. dritte Buch auch als E-Book erhältlich. Jeder dritte Verlag hat überhaupt keine E-Books im Angebot.[538] Freilich könnten rein tatsächlich alle Bücher auch als E-Books angeboten werden. Nur das Urheberrecht gibt dem Rechtsinhaber das Recht, die Nutzung von Werken auf eine neue, bereits etablierte Art zu verbieten und eine entspre-

532 *Statista*, E-Books, S. 14 u. 42 (2010: 10,06 Mio. von 54,21 Mio., 2013: 15,97 Mio. von 52,60 Mio.); die vom IfD Allensbach gestellte Frage lautete konkret: „Hier auf den Karten sind einige Angebote und technische Entwicklungen aufgeschrieben, die es bereits heute gibt oder in naher Zukunft geben wird. Einmal abgesehen davon, ob Sie über die technischen Möglichkeiten verfügen: Was davon interessiert Sie persönlich, was können Sie selbst gut gebrauchen? Angebot/technische Entwicklung: Man kann jedes beliebige Buch auf ein elektronisches Lesegerät laden, das man gut in die Tasche stecken und überall hin mitnehmen kann."

533 *Statista*, E-Books, S. 13.

534 Vgl. *PwC*, Media Trend Outlook, S. 13.

535 Vgl. *PwC*, Media Trend Outlook, S. 13 (geringe Auswahl der Titel: 20 %, umständlicher Kauf und komplizierte Handhabung der Geräte: jeweils ca. 15 %); siehe auch *dies.*, E-Books in Deutschland, S. 34 („Neben den Endgeräten ist für die Mehrheit der Experten eine breite Palette verfügbarer E-Books von maßgeblicher Bedeutung (sehr wichtig bis wichtig). Schließlich war das zu geringe Angebot an deutschsprachigen E-Books in der Vergangenheit eine der größten Barrieren für die Entwicklung des Marktes").

536 *Börsenverein*, S. 11 (2009: 39 %, 2010: 42 %, 2011: 54 %).

537 *Börsenverein*, S. 11 (2009: 26 %, 2010: 30 %, 2011: 29 %).

538 *Statista*, E-Books, S. 22 (2010: 65 %, 2011: 51 %, 2012: 47 %, 2013: 35 %).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chende Lizenz zu verweigern. Übt er dieses Recht aus, wird das Werk untergenutzt.

b) Bewertung

Damit ist das Ausschließlichkeitsrecht bei statischer Betrachtung ineffizient.[539] Die Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen.[540] Zwar wird die bisherige Verwertung durch die neuartige Nutzung wesentlich beeinträchtigt, weil das neuartige Produkt (z.B. E-Book) dasselbe Werk enthält, mithin das alte Produkt (z.B. gedrucktes Buch) zu einem wesentlichen Teil substituiert. Wenn aber der Rechtsinhaber die Möglichkeit hat, das Werk auch auf die neue Art gewinnbringend zu vermarkten – dazu sogleich –, benötigt er kein Recht, Dritten die neuartige Verwertung zu verbieten. Denn er muss nur von dieser Möglichkeit Gebrauch machen: was bereits auf eine bestimmte Art verwertet wird, kann auf die *gleiche* Art nicht mehr *neu*artig vermarktet werden. Wenn etwa ein Buch bereits als E-Book verlegt wird, ist die Zweitverwertung als (ebenfalls) E-Book nicht mehr neuartig. Beide E-Books mögen sich zwar in einzelnen Merkmalen unterscheiden – z.B. Streaming statt Download-Möglichkeit –, doch unterfallen sie nach der Verkehrsauffassung der gleichen wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig erscheinenden Nutzungsart. Das Recht, Dritten diese (dann) *gleichartige* Verwertung zu verbieten, soll hier unberührt bleiben.

Wenn der Rechtsinhaber die *objektive* Möglichkeit hat, das Werk auch auf die neue Art gewinnbringend zu vermarkten – dazu sogleich –, kann unter Zugrundelegung des normativen Effizienzziels auch erwartet werden, dass er von dieser Möglichkeit Gebrauch macht. Das Urheberrecht soll nur gewährleisten, dass das Werk überhaupt gewinnbringend vermarktet werden kann; es soll ein *Markt*versagen verhindern. Um den freien Wettbewerb nicht zu verfälschen, darf es aber kein Versagen einzelner Markt*teilnehmer* verhindern, d.h. es soll dem Rechtsinhaber nicht das Risiko abnehmen, die Aussicht auf Gewinn *subjektiv* falsch einzuschät-

539 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (b).
540 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zen.[541] Mit anderen Worten gilt es, das Werk, nicht ein bestimmtes Geschäftsmodell (das Buch) zu schützen.[542]

Entscheidend ist also, ob das Werk auf die jeweils neue Art gewinnbringend verwertet werden kann. Dies hängt von den Umsatzerwartungen des neuartigen Produkts ab. Um beim Beispiel E-Book zu bleiben: Einer Modellrechnung von PricewaterhouseCoopers zufolge kann ab einem E-Book-Umsatzanteil von 3,5 % derselbe Deckungsbeitrag erwirtschaftet werden wie mit Hardcover-Büchern, können also die Fixkosten des Buches und die fixen Zusatzkosten für das E-Book (u.a. für Digitalisierung und ein Content-Management-System) gedeckt, die Investitionen amortisiert werden.[543] Mit anderen Worten ist die neue Nutzungsart gegenüber der bisherigen Verwertungsart dann kein Verlustgeschäft mehr – und verspricht einen Gewinn –, wenn sie etabliert ist.[544] Das E-Book ist in diesem Sinne etabliert. Während der Umsatzanteil von E-Books am Publikumsmarkt bis 2012 unter 3,5 % lag (2010: 0,5 %, 2011: 0,8 %, 2012: 2,4 %), wird seit 2013 der von PwC errechnete Deckungsbeitragsgrenze erreicht (2013: 3,9 %, Jan.-Sept. 2014: 4,8 %).[545] Der Umsatzanteil von E-Books am Gesamtumsatz der Verlage, die E-Books anbieten, betrug sogar schon 2010 5,4 %.[546] Damit ist anzunehmen, dass das Recht, die Nutzung von Werken auf eine neue, bereits etablierte Art zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, beschränkt werden könnte, ohne dass damit der Anreiz gemindert würde, in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu investieren. Bei wertender Betrachtung ist das Ausschließlichkeitsrecht also ökonomisch ineffizient. Mithin kann es nur noch außerökonomisch gerechtfertigt werden. Soweit der Urheber das neuartige Nutzungsrecht besitzt – insbesondere, weil er der Übertragungsfiktion zugunsten des Verwerters nach § 137l Abs. 1 S. 1 UrhG fristgemäß widersprochen hat (§ 137l Abs. 1 S. 2 UrhG) –, kommen dabei allein berechtigte ideelle Interessen in Betracht. Denn das materielle Interesse des Urhebers, also sein Interesse an einer „gerechten" Belohnung, kann – so es denn un-

541 *Hilty*, in: *Beckert/Diaz-Bone/Ganßmann*, Märkte als soziale Strukturen, S. 239.
542 *Clement*, S. 46.
543 *PwC*, E-Books in Deutschland, S. 28.
544 Vgl. *PwC*, E-Books in Deutschland, S. 29 („Sobald ein genügend großer Markt erreicht ist […], können Verlage durchaus konkurrenzfähige Deckungsbeiträge aus dem E-Book-Geschäft erwirtschaften").
545 *Statista*, E-Books, S. 9.
546 *Börsenverein*, S. 7 (2010: 5,4 %, 2011: 6,2 %, 2012: 9,5 %).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ter Berücksichtigung individualistischer Zielvorstellungen unabhängig von einem Anreizerfordernis überhaupt als schutzwürdig angesehen wird – auch mit einem Anspruch auf angemessene Vergütung befriedigt werden. Im Übrigen ist das Recht, die Nutzung von Werken auf eine neue, bereits etablierte Art zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, normativ ineffizient und zu beschränken.[547]

III. Keine gleichartig-konkurrierende Verwertung

Das Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei *statischer* Betrachtung stets ineffizient.[548] Die Effizienznachteile lassen sich allenfalls insoweit effizienzsteigernd ausgleichen, als das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich ist, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke zu ermöglichen.[549] Deshalb dürfen Werke nur zu ökonomisch angemessenen Preisen verwertet werden, also zu Preisen, die die Amortisation der Grenz- und Fixkosten sowie einen angemessenen Gewinn erlauben.[550] Gehen die Preise über das nötige Maß hinaus, bewirken sie also unangemessene Gewinne, ist das geltende Ausschließlichkeitsrecht, das diese Preissetzung erlaubt, vorbehaltlich einer außerökonomischen Rechtfertigung normativ ineffizient und zu beschränken.

---

547 Vgl. *Hilty*, ZUM 2003, 983, 1003 („Will der (derivative) Rechteinhaber ganz auf den eigenen Einsatz moderner Technologien verzichten, so müssen die in legitimer Weise veränderten Nutzerbedürfnisse gleichwohl Berücksichtigung finden. […] Die Berücksichtigung solcher Bedürfnisse muss mit andern Worten zur Erkenntnis führen, dass der Verwerter die ihm zustehenden Rechte nicht beliebig gegen solche Dritte geltend machen kann, welche bereit wären, entsprechende Produkte anzubieten"); siehe auch *Hilty*, in: *Hargreaves/Hofheinz*, Intellectual Property and Innovation, S. 50 f.; *ders.*, in: *Geiger/Rodà*, FS Schmidt-Szalewski, S. 213 u. 215; *ders.*, laut *Peifer*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 15.

548 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (c).

549 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

550 Vgl. *Hilty*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 122; *ders.*, in: *Stern/Peifer/Hain*, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 76; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 8; *Lemley*, 83 Tex. L. Rev. 1031, 1057 (2005); *Frischmann/Lemley*, 107 Colum. L. Rev. 257, 283 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Freilich bereitet die Feststellung der Unangemessenheit im konkreten Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten.[551] Eine auffällig hohe Marge oder – unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells – eine quasi-monopolistische Preissetzungsmacht kann die Unangemessenheit nur bedingt indizieren. Insoweit ist nach dem Investitionsrisiko des Rechtsinhabers zu unterscheiden:

In der Regel ist die Nachfrage nach neuen Werken kaum vorhersehbar, besteht ein Investitionsrisiko und muss dieses diversifiziert werden.[552] Dazu wird eine Gesamtkalkulation vorgenommen, nach der erfolgreiche Werke (Bestseller, Blockbuster etc.) die Verlustbringer (Flops) quersubventionieren.[553] So schrammte etwa Sony Pictures, das die Hollywood-Studios Columbia Pictures, Metro-Goldwyn-Mayer und United Artists umfasst, im dritten Quartal 2011 haarscharf an roten Zahlen vorbei (EBIT[554]-Marge von 0,44 %[555]), erzielte aber ein Jahr später dank „Skyfall" eine ordentliche EBIT-Marge von 12,11 %[556].[557] Der angemessene Gewinn muss also stets so hoch sein, dass trotz gescheiterter Investitionen im Mittel immer noch ein genügender Gewinn erzielt wird.[558] Mit anderen Worten ist eine enorme Marge wie die von „Skyfall" (ansatzweise 81,96 %)[559] bzw. eine quasi-monopolistische Preissetzungsmacht allein noch kein Indiz für un-

---

551 So speziell für das Urheberrecht *Benabou*, in: *Derclaye*, Research handbook on the future of EU copyright, S. 559.

552 *Rauda*, S. 43 f., mit Verweis auf die Portfolio-Theorie von *Harry Markowitz*, 7 J. Finance 77 ff. (1952) („Dies wird deutlich, wenn man in Betracht zieht, dass selbst Filme mit hervorragender schauspielerischer Besetzung oder neue Musikalben bekannter Künstler ein wirtschaftlicher Flop werden können. Selbst Bekanntheit ist also kein Garant für Erfolg"); *Poll*, ZUM 2009, 611, 611; *Sprang*, ZUM 2010, 116, 121.

553 *Rauda*, S. 44; *Davies*, S. 253; *Poll*, ZUM 2009, 611, 611; *Sprang*, ZUM 2010, 116, 121; siehe auch *Hilty*, ZUM 2003, 983, 990; *ders.*, GRUR 2009, 633, 640; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 7; allgemein für das Immaterialgüterrecht auch *Drexl*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 51.

554 Ergebnis vor Zinsen und Steuern („Earnings before Interests and Taxes") oder operativer Gewinn.

555 Operativer Gewinn von 0,7 Bio. Yen aus Umsatz von 160,6 Bio. Yen, *Sony*, S. 5.

556 Operativer Gewinn von 25,3 Bio. Yen aus Umsatz von 208,9 Bio. Yen, *Sony*, S. 5.

557 DIE WELT v. 8.2.2013, Nr. 33, S. 12.

558 *Rauda*, S. 44.

559 Weltweites Einspielergebnis von 1.108,56 Mio. US-Dollar bei Produktionskosten von 200 Mio. US-Dollar, also Gewinn von 908,56 US-Dollar, http://de.statista.co

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

angemessene Preise. Quasi-Monopolpreise können zur Investition in die Schöpfung und Verbreitung neuer Werke durchaus erforderlich sein.[560]

Etwas anderes muss gelten, wenn die Nachfrage einschätzbar, das Investitionsrisiko gering, mithin eine Quersubventionierung nicht geboten ist. Dann können ungewöhnlich hohe Margen oder eine quasi-monopolistische Preissetzungsmacht durchaus eine Verwertung zu unangemessenen Preisen indizieren.[561] Beispiele für diese Unterfallgruppe sind wissenschaftliche Aufsätze (unten 1.) und Sole-source-Datenbanken (unten 2.). Über diese Beispiele hinaus sollte das Ausschließlichkeitsrecht allgemein in Fällen beschränkt werden, in denen ein Verwerter das Werk zu unangemessenen Preisen verwertet.[562] Die Schwierigkeit, die Unangemessenheit von Preisen konkret festzustellen, mag gegen die Effektivität einer Schutzbeschränkung sprechen, nicht aber gegen das Problem überhöhter Preise.

Da die dem Droit d'auteur zugrundeliegenden individualistischen Begründungsansätze unter Zugrundelegung des *normativen* Effizienzziels nicht außer Acht gelassen werden sollen, erscheint es angebracht, das Ausschließlichkeitsrecht nur in den Fällen zu beschränken, in denen eine *andere* Person als der Urheber das Werk zu unangemessenen Preisen vermarktet. Denn eine solche kann sich – anders als ein Urheber – auf individualistische Begründungsansätze nicht berufen.[563]

1. Wissenschaftliche Aufsätze

Das Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung wissenschaftlicher Aufsätze zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, be-

---

m.statista.emedia1.bsb-muenchen.de/statistik/daten/studie/315126/umfrage/produktionskosten-und-weltweites-einspielergebnis-der-james-bond-filme/ (zuletzt besucht am 20.12.2015). Freilich ist die eigentliche Marge des Filmproduzenten geringer, weil ein nicht unwesentlicher Teil des Brutto-Einspielergebnisses an die Kinobetreiber und Filmverleiher fließt.

560 Vgl. *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 112; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 48; *ders.*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S: 663; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 569.

561 In diese Richtung wohl auch *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 113.

562 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 636 ff.; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 123 ff.; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 16 ff.

563 *Hilty*, ZUM 2003, 983, 999.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dingt eine Unternutzung (unten a)). Es ist im Regelfall – vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen – normativ ineffizient und zu beschränken (unten b)).

a) Analyse

Jeder, der einmal in der Elektronischen Zeitschriftenbibliothek[564] nach einem Aufsatz in einer wissenschaftlichen Zeitschrift gesucht hat, kennt das Ampelsystem: Grün für „überall frei zugänglich", Gelb für „in der Bibliothek frei zugänglich" und Rot für „nicht frei zugänglich". Häufig zeigt die Ampel Rot – so auch für die Mathematiker der Technischen Universität München. Seitdem die Universitätsbibliothek ein Abonnement-Paket von Elsevier „aufgrund unzumutbarer Kosten und Bezugsbedingungen" zum 1. Januar 2013 gekündigt hat, haben Wissenschaftler und Studenten keinen Zugriff mehr auf die Mathematik-Zeitschriften eines der Marktführer.[565] Auch die Harvard University ließ 2012 mitteilen, zahlreiche Fachzeitschriften wegen übermäßiger Preissteigerungen nicht mehr abonnieren zu wollen.[566]

Die Abbestellung durch die TU München und die Harvard University ist nur die Spitze des Eisberges. Die weit oberhalb der Inflationsrate liegenden Preissteigerungen führen bei gleichbleibenden Etats dazu, dass Bibliotheken und Forschungseinrichtungen viele Abonnements kündigen bzw. auf die Beschaffung sonstiger wissenschaftlicher Publikationen verzichten.[567] So stieg der Durchschnittspreis wissenschaftlicher Zeitschriften in den USA zwischen 1984 und 2005 von 72,47 US-Dollar auf 449,69 US-Dollar, eine Steigerung um mehr als das Sechsfache; im Durchschnitt der Jahre stiegen die Preise jährlich um 9,2 %, seit 2000 zwar mäßiger,

564 Die Elektronische Zeitschriftenbibliothek ist eine Verweisdatenbank, an der über 600 Bibliotheken und Forschungseinrichtungen aus dem deutschsprachigen Raum beteiligt sind.

565 Der Tagesspiegel v. 23.5.2012, Nr. 21340, S. 21.

566 Neue Zürcher Zeitung v. 23.5.2012, Nr. 118, S. 59.

567 *Kommission*, KOM(2007) 56 endg., S. 7; *dies.*, Study on the scientific publication markets in Europe, S. 5; *House of Commons*, S. 29; *CNRS*, Avis sur le libre accès aux publications scientifiques, S. 2; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 144; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 295; *Krujatz*, S. 41; *Lutz*, S. 168 f.; *Steinhauer*, Das *Recht* auf Sichtbarkeit, S. 18; *Eger*, S. *133*; siehe auch *Hilty*, 53 JCSUSA 103, 121 (2006); *ders.*, GRUR Int. 2006, 179, 182; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 268.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aber immer noch um mehr als 7 %.[568] Ein ähnliches Bild ergibt sich für den Euro-Raum: Hier erhöhte sich der Durchschnittspreis wissenschaftlicher Zeitschriften zwischen 2000 und 2014 um jährlich 6,3 %[569] auf heute 977,79 Euro p.a.[570]. Spitzenreiter sind Zeitschriften aus den Disziplinen Naturwissenschaft, Technik und Medizin, kurz STM[571], mit durchschnittlich jeweils 2.250,81 Euro, 1.027,16 Euro bzw. 1.047,09 Euro p.a.[572] Für die Elsevier-Zeitschriften „Biochimica et Biophysica Act", „Journal of chromatography" und „Cell" musste die Universitätsbibliothek Erlangen-Nürnberg zuletzt 24.102,07 Euro, 23.677,61 Euro bzw. 18.823,55 Euro p.a. aufwenden.[573]

Trotz der rückläufigen Abonnentenzahlen verzeichnen die Wissenschaftsverlage – zumindest diejenigen, die ihre Zahlen veröffentlichen (müssen) – seit Jahren Margen von um die 30 %.[574] So verbuchte Elsevier (d.i. das STM-Geschäftsfeld von Reed Elsevier) 2012 einen operativen Gewinn (EBIT[575]) von 868 Mio. Euro aus einem Umsatz von 2,538 Mrd. Euro,[576] also eine EBIT-Marge in Höhe von 34,2 %. In den Vorjahren betrug die operative Umsatzrendite 33,8 % (2011),[577] 31,9 % (2010),[578]

568 *Dingley*, Tabelle 8, S. 8.

569 Um 5,4 % (2000-01), 7,4 % (2001-02), 6,9 % (2003-03), 7,6 % (2003-04), 7,3 % (2004-05), 6,6 % (2005-06), 6,8 % (2006-07), 6,5 % (2007-08), 7,2 % (2008-09), 5,2 % (2009-10), 6,0 % (2010-11), 6,0 % (2011-12), 4,6 % (2012-13) und 5,3 % (2013-14), *Swets*, Serials Price Increase Report – Historical Overview 2001 onwards; *Swets*, Serials Price Increase Report – Historical Overview 2006 onwards.

570 *Swets*, Serials Price Increase Report 2014, S. 6.

571 Abkürzung für „Science, Technology, Medicine".

572 Dagegen sind geistes- und sozialwissenschaftliche Zeitschriften mit durchschnittlich 285,57 Euro bzw. 444,81 Euro p.a. deutlich preiswerter, *Swets*, Serials Price Increase Report 2014, S. 3; siehe auch *Chanier*, S. 39.

573 Siehe http://www.ub.fau.de/elektronische-medien/elektronische-zeitschriften/teuerste-zeitschriften.shtml (zuletzt besucht am 20.12.2015).

574 Vgl. *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 15; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Eger*, S. 133.

575 Ergebnis vor Zinsen und Steuern („Earnings before Interests and Taxes") oder operativer Gewinn.

576 *Reed Elsevier*, 2012, S. 138.

577 EBIT von 799 Mio. Euro aus Umsatz von 2.367 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2011, S. 128.

578 EBIT von 757 Mio. Euro aus Umsatz von 2.370 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2010, S. 134.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

28,4 % (2009),[579] 26,1 % (2008),[580] 27,2 % (2007),[581] 26,0 % (2006),[582] 27,7 % (2005),[583] 29,5 % (2004)[584] und 27,2 % (2003),[585] also konstant um die 30 %. Im selben Jahr verzeichnete Wiley-Blackwell (d.i. das Geschäftsfeld „Research" von John Wiley & Sons) eine operative Marge von 30,5 % (2011: 29,1 %), nämlich einen operativen Gewinn von 317,5 Mio. US-Dollar (2011: 291,1 Mio. US-Dollar) aus einem Umsatz von 1,04 Mrd. US-Dollar (2011: 998,9 Mio. US-Dollar).[586] Springer[587] erwirtschaftete 2012 einen angepassten EBIDTA[588] von 342,8 Mio. Euro aus einem Umsatz von 981,1 Mio. Euro; dies ergibt eine angepasste EBIDTA-Marge in Höhe von 34,9 %.[589] In den Vorjahren betrug diese 35,8 % (2011),[590] 28,8 % (2010),[591] 32,5 % (2009),[592] 32,0 % (2008),[593] 29,9 % (2007)[594]

579 EBIT von 631 Mio. Euro aus Umsatz von 2.223 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2009, S. 128.
580 EBIT von 558 Mio. Euro aus Umsatz von 2.142 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2008, S. 132.
581 EBIT von 598 Mio. Euro aus Umsatz von 2.200 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2007, S. 138.
582 EBIT von 581 Mio. Euro aus Umsatz von 2.236 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2006, S. 98.
583 EBIT von 578 Mio. Euro aus Umsatz von 2.097 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2005, S. 65.
584 EBIT von 591 Mio. Euro aus Umsatz von 2.004 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2004, S. 123.
585 EBIT von 544 Mio. Euro aus Umsatz von 2.002 Mio. Euro, *Reed Elsevier*, 2003, S. 46.
586 *John Wiley & Sons*, S. 42. Für die Vorjahre kann keine Umsatzrendite berechnet werden, da die Geschäftsberichte bis 2011 für den Geschäftsbereich „Research" nur die direkten, aber nicht die indirekten Kosten ausweisen.
587 Springer Science+Business Media S.A., nicht zu verwechseln mit der Axel Springer SE.
588 Ergebnis vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen („Earnings before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization").
589 *Springer*, Overview 2012, S. 3.
590 Adjusted EBIDTA von 313,3 Mio. Euro aus Umsatz von 875,1 Mio. Euro, *Springer*, 2011, S. 5.
591 Adjusted EBIDTA von 249 Mio. Euro aus Umsatz von 866 Mio. Euro, *Springer*, 2010, S. 4.
592 Adjusted EBIDTA von 275 Mio. Euro aus Umsatz von 845 Mio. Euro, *Springer*, 2009, S. 4.
593 Adjusted EBIDTA von 285 Mio. Euro aus Umsatz von 892 Mio. Euro, *Springer*, 2008, S. 5.
594 Adjusted EBIDTA von 271 Mio. Euro aus Umsatz von 907 Mio. Euro, *Springer*, 2007, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und 30,0 % (2006),[595] also ebenfalls konstant um die 30 %. Dagegen verzeichnete Bertelsmann, eines der größten Medienunternehmen der Welt, 2014 eine EBIDTA-Marge von „nur" 14,2 % (nach 14,3 %, 13,8 %, 14,6 % und 15,6 % in den Vorjahren);[596] dort wird eine solche Ertragskraft – wohlgemerkt weniger als die Hälfte derjenigen von Elsevier, Wiley-Blackwell und Springer – aber als hoch eingestuft.[597] Und dies völlig zu Recht, gelten doch eigentlich EBIT-Margen von 2,8 % (Handel) bis 19,8 % (Öl, Bergbau) als üblich.[598] In der deutschen Verlagsbranche lag die durchschnittliche EBT[599]-Marge in den Jahren 2008 bis 2011 zwischen 8,3 und 10,6 %.[600]

Die außergewöhnlich hohen Margen sind ein Indiz für Monopolrenten.[601] Die wesentliche Ursache für die Zeitschriftenkrise sind dann auch die monopolartigen Strukturen des wissenschaftlichen Zeitschriftenmarktes:[602] Wissenschaftliche Artikel werden quasi-monopolisiert, weil die darin enthaltenen *Aufsätze* (unten aa)) und deren Veröffentlichung als Artikel in Subskriptionszeitschriften (unten bb)) kaum substituiert werden *können* und die *Artikel* kaum substituiert werden *dürfen* cc)). Hinzu kommt eine sehr geringe Preiselastizität (unten dd)).

---

595 Adjusted EBIDTA von 277 Mio. Euro aus Umsatz von 920 Mio. Euro, *Springer*, 2007, S. 5.

596 *Bertelsmann*, S. ii.

597 *Bertelsmann*, S. 72.

598 Vgl. „Die Top 20 der profitabelsten Industriezweige weltweit im Jahr 2008 (nach Anteil des EBIT am Umsatz in %)", abrufbar unter: http://de.statista.com.statista.emedia1.bsb-muenchen.de/statistik/daten/studie/37227/umfrage/die-top-20-der-profitabelsten-industriezweige-weltweit/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

599 Ergebnis vor Steuern („Earnings before Taxes").

600 *Statista*, Branchenreport 2014, S. 15 (2008: 8,3 %, 2009: 9,3 %, 2010: 9,5 %, 2011: 10,6 %).

601 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 15; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Eger*, S. 133; siehe auch allgemein *Schwalbe/Zimmer*, S. 70 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 224.

602 *House of Commons*, S. 10 u. 12; *Hilty/Seemann*, S. 75 f.; *Meier*, 40 f. u. 89; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2009, 135, 139; *Engel*, 160 JITE 35, 36 (2004); *Bajon*, S. 76 u. 114; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 308 f.; *Brintzinger*, Leviathan 2010, 331, 334; siehe auch *Kommission*, Study on the scientific publication markets in Europe, S. 21 f.; *Dubini/di Trani/Micheli,* S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Substituierbarkeit wissenschaftlicher Aufsätze

Wissenschaftliche Artikel können überhaupt nur quasi-monopolisiert werden, wenn sie in der Lage sind, einen eigenen, atomistischen „Markt“[603] zu bilden, also nur sehr eingeschränkt substituierbar sind. Maßgeblich für die Substituierbarkeit dieses Produktes ist in erster Linie die Austauschbarkeit des darin enthaltenen Aufsatzes, eines wissenschaftlichen Werkes (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG, Art. L. 112-2 Nr. 1 CPI[604]).

Für die Substituierbarkeit wissenschaftlicher Werke ist zwischen der „nackten“ Information und dem „Gewebe“ zu unterscheiden. Information ist nicht substituierbar.[605] So kann die Frage, ob Streaming bereits nach § 44a UrhG erlaubt ist, nicht damit beantwortet werden, dass es im Einzelfall nach § 53 Abs. 1 UrhG erlaubt sein kann. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber die „nackte“ Information, den „Kern“ des wissenschaftlichen Werkes, gemeinfrei gestellt,[606] mit der Folge, dass ein und dieselbe Information (etwa die Formel $E = mc^2$) rechtstatsächlich in verschiedenen Werken enthalten sein kann. Urheberrechtlich geschützt kann aber das individuelle „Gewebe“ des wissenschaftlichen Werkes sein.[607] Damit können die Gedanken des Wissenschaftlers in ihrer Fülle und ihrer Beziehung zu-

603 Der Begriff „Markt“ wird hier untechnisch verwendet, also gerade nicht im Sinne einer kartellrechtlichen Marktabgrenzung, die hier zu anderen Ergebnissen gelangen mag.

604 „Sont considérés notamment comme œuvres de l’esprit au sens du présent code: 1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques“.

605 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 13; *Hilty/Klass*, S. 1; *Bajon*, S. 75; siehe auch *Krujatz*, S. 230.

606 St. Rspr. und allgemeine Ansicht in Deutschland und Frankreich. Zum deutschen Recht siehe *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 2, Rdnr. 62 u. 65; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 2, Rdnr. 93; *A. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 2, Rdnr. 43 u. 118; *Schricker*, in: *Beier/Kraft/Schricker/Wadle*, FS 100 Jahre GRUR, Bd. 2, S. 1112; *Bajon*, S. 42 ff.; zum französischen Recht siehe *Caron*, Droit d’auteur et droits voisins, Rdnr. 128; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 136; *Strubel*, S. 39; siehe auch *Hilty*, Propr. intell. 15 (2005), 140, 143.

607 *Ulmer*, UrhR[3], S. 123; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 2, Rdnr. 43; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 2, Rdnr. 64 u. 66; *Schricker*, in: *Beier/Kraft/Schricker/Wadle*, FS 100 Jahre GRUR, Bd. 2, S. 1112; *Götting*, S. 21; BGH GRUR 1991, 449 – Betriebssystem – hat sich der Gewebetheorie angeschlossen oder zumindest sehr weitgehend angenähert, *Götting*, S. 17; *Haberstumpf*, ZUM 2001, 819, 822; *Straus*, in: *Beier/Götting/Lehmann/Moufang*, FS Schricker, S. 303; *Bajon*, S. 59. Die Gedankenführung und die Formung des dargestellten Inhalts kann auch nach französischem Recht schutzfähig sein, siehe *Caron*, Droit

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einander, die wissenschaftliche Begründung in der Vielheit der gewählten Beispiele, der inneren Bezüge und Schlussfolgerungen,[608] die inhaltliche Verarbeitung der wissenschaftlichen Erkenntnisse, die Auswahl, Abstimmung, Korrektur, Verknüpfung, Systematisierung und Anordnung der wiedergegeben Daten und Befunde[609] (rechtstatsächlich) in nur einem Werk enthalten sein. Kurz: Die „nackte" Information ist nicht substituierbar, kann aber (rechtstatsächlich) in verschiedenen Werken enthalten sein. Das geschützte „Gewebe" ist (rechtstatsächlich) nur in einem Werk enthalten, kann aber substituierbar sein. Damit sind wissenschaftliche Werke nicht-substituierbar, soweit sie eine andere Information enthalten oder soweit das geschützte „Gewebe" nicht-substituierbar ist.

Daraus folgt im Einzelnen: Werke verschiedener Disziplinen oder Subdisziplinen, etwa einkommens- und umsatzsteuerrechtliche Aufsätze,[610] sind aus Nutzersicht stets nicht-substituierbar,[611] da sie eine andere Information enthalten. Bei Werken derselben Disziplin, etwa den in der GRUR und der GRUR Int. veröffentlichten Aufsätzen, ist zu unterscheiden: Soweit sie eine spezifische Information enthalten, sind sie ebenfalls nicht substituierbar.[612] Das gilt insbesondere für neue Erkenntnisse, namentlich solche der Grundlagenforschung, die bisher nur in einem Werk vorliegen.[613] Im Übrigen sind wissenschaftliche Werke, etwa rechtswissenschaftliche Aufsätze zum Open Access, nur sehr eingeschränkt austauschbar. Das hat folgende Gründe: Zunächst verpflichten den Wissenschaftler nicht nur die Grundsätze wissenschaftlicher Praxis, sondern zumeist auch der eigene Anspruch an seine wissenschaftliche Tätigkeit, eine möglichst

---

d'auteur et droits voisins, Rdnr. 128; *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 203; *Strubel*, S. 84 f. u. 116 ff.

608 *Ulmer*, UrhR[3], S. 121 f.; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 2, Rdnr. 65.

609 *Schricker*, in: *Beier/Kraft/Schricker/Wadle*, FS 100 Jahre GRUR, Bd. 2, S. 1112; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 2, Rdnr. 65; *Götting*, S. 21.

610 Kommission, Entsch. v. 15.2.1999, IV/M.1377, Rdnr. 10 – „Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer".

611 Kommission, Entsch. v. 15.2.1999, IV/M.1377, Rdnr. 10 – „Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer"; Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 17 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer"; *Golz*, S. 204.

612 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 77; *ders.*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s), S. 74; siehe auch *Hilty*, Propr. intell. 15 (2005), 140, 143.

613 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 639; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 13; *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 258; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

große Bandbreite vorangegangener Literatur auszuwerten und die eigene wissenschaftliche Tätigkeit auf einer möglichst vollständigen Repräsentation des bisherigen Erkenntnisstandes aufzubauen.[614] Nur eine umfassende Berücksichtigung des vorbestehenden Wissens verhindert, überflüssigerweise längst Bekanntes erneut und damit doppelt zu „erforschen".[615] Sodann kann die Primärquelle einer wissenschaftlichen Information nicht einfach mit deren Sekundärquelle gleichgesetzt werden. Denn eine wissenschaftliche Auseinandersetzung erfordert über das bloße Ergebnis hinaus eine eingehende Untersuchung der meist nur in der Primärquelle im Detail beschriebenen Methodik; um das Forschungsergebnis entweder selbst durch weitere Forschung zu verifizieren, zu falsifizieren, oder sie auf gesicherter Grundlage für die eigene Forschung zu verwenden, um darauf aufbauend neue Erkenntnisse gewinnen zu können, ist der Zugriff auf die Forschungsergebnisse in ihrem ursprünglichen „Gewebe" meist unverzichtbar.[616] Damit sind wissenschaftliche Werke, insbesondere wissenschaftliche Aufsätze, allenfalls sehr eingeschränkt substituierbar; dasselbe gilt notwendigerweise für als Artikel veröffentlichte Aufsätze (so sie denn nicht durch Zweitverwertung substituiert werden dürfen).[617]

---

614 *Krujatz*, S. 230.

615 *Peifer*, UFITA 2007/II, 327, 330; *Bajon*, S. 77.

616 *Bajon*, S. 75 f.; *Krujatz*, S. 243; siehe auch Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 13 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer" („There usually are differences in the coverage, comprehensiveness and content provided by two different publications").

617 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 13 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer" („From the point of view of functional interchangeability, two different publications could hardly be regarded as substitutable by the end-users, the readers"); BKartA NJWE-WettbR 2000, 101, 101, Rdnr. 7 – „C.H. Beck/Nomos" („da für die Nachfrager eine bestimmte Fachpublikation so gut wie nie mit einer anderen vollständig austauschbar ist"); *Hilty*, GRUR 2009, 633, 635 u. 639; *ders.*, GRUR Int. 2006, 179, 185 f.; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 13; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 121 u. 125; *ders.*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 328; *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 13; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 314; *Hilty/Seemann*, S. 76; *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 258; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 8; *CNRS*, Avis sur les relations entre chercheurs et maisons d'édition scientifique, S. 3; *Farchy/Froissart/Méadel*, Hermès 57 (2010), 9, 10; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 146; *Engel*, 160 JITE 35, 36 (2004); *Bajon*, S. 76; *Krujatz*, S. 230; *House of Commons*, S. 10; *Lutz*, S. 176; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2009, 135, 139; *Meier,* S. 40; *Rosenkranz*, S. 5; *Szilágyi*, S. 66; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Substituierbarkeit wissenschaftlicher Zeitschriften aus Autorensicht

Quasi-monopolisiert werden können wissenschaftliche Artikel schließlich nur, wenn sie auch *tatsächlich* eigene, atomistische „Märkte" bilden, d.h. vermarktet werden. Auf wissenschaftliche Artikel übertragen heißt das, dass sie in einer Subskriptionszeitschrift statt in einer Open-Access-Zeitschrift erscheinen müssen.

Maßgeblich für die Frage, in welchem Medium ein wissenschaftlicher Beitrag publiziert wird, ist nach geltendem Recht die Sicht des Autors. Er allein hat das Recht zu bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist (§ 12 Abs. 1 UrhG, Art. L. 121-2 Abs. 1 CPI[618]). Mit der Frage, ob der Autor für seine Veröffentlichung bestimmte Zeitschriften (z.B. das 1818 gegründete „Archiv für die civilistische Praxis" oder andere „Archivzeitschriften"[619]) anderen Publikationen (z.B. dem „Anwaltsblatt") vorzieht oder die Publikationen untereinander beliebig austauschbar sind, ist die Substituierbarkeit wissenschaftlicher Zeitschriften aus Autorensicht betroffen. Dabei geht es vor allem um die Frage, ob aus Autorensicht Subskriptions- durch Open-Access[620]-Zeitschriften („Golden Road")[621] ersetzt werden können. Nicht behandelt wird an dieser Stelle die Open-Access-*Zweit*veröffentlichung („Green Road")[622], die die *Erst*veröffentlichung in

618 „L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci." Siehe auch *Benabou*, Hermès 57 (2010), 95, 103.

619 Etwa das 1928 gegründete „Archiv für Urheber- und Medienrecht" (UFITA) oder das 1885 gegründete „Archiv des öffentlichen Rechts". Allgemein zum Publikationsverhalten in der Jurisprudenz siehe *Roxin*, S. 64 ff.

620 Zu den Grundlagen von Open Access siehe etwa *Krujatz*, S. 33 ff.; *Dillaerts*, S. 20 ff.; *Link*, S. 21 ff.; *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 5 ff.

621 *Hilty/Seemann*, S. 16; *CNRS*, Avis sur le libre accès aux publications scientifiques, S. 3; *Dillaerts*, S. 34; *Benabou*, Hermès 57 (2010), 95, 99; *Bajon*, S. 102; *Krujatz*, S. 57; *Lutz*, S. 180; *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 14; *Link*, S. 33.

622 *Hilty/Seemann*, S. 16; *CNRS*, Avis sur le libre accès aux publications scientifiques, S. 2; *Dillaerts*, S. 34; *Benabou*, Hermès 57 (2010), 95, 99; *Bajon*, S. 103; *Krujatz*, S. 58 f.; *Lutz*, S. 181; *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 16; *Link*, S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einer Abo-Zeitschrift schon begrifflich allenfalls aus Nutzersicht substituiert.[623]

Zunächst wird die Austauschbarkeit mit Publikationen einer anderen Art (unten (1)) und derselben Art (unten (2)) im Allgemeinen erörtert. Sodann wird die Substituierbarkeit von Subskriptions- und Open-Access-Zeitschriften im Besonderen untersucht (unten (3)).

(1) Austauschbarkeit mit Publikationen einer anderen Art

Wissenschaftliche Publikationen belegen die Daseinsberechtigung des Wissenschaftlers.[624] Ein Doktorand, der seine Dissertation nicht veröffentlicht, wird nicht promoviert;[625] ein Wissenschaftler, der nicht publiziert, wird nicht anerkannt („publish or perish").[626] Anerkennung ist seine wesentliche extrinsische Motivationsquelle,[627] sein „wissenschaftliches Kapital".[628] Alle anderen extrinsischen Anreize wie Geld, wissenschaftliche Karriere und ein verbesserter Zugang zu Forschungsressourcen leiten sich daraus ab.[629] Gradmesser für Anerkennung ist dabei nicht nur die Quantität, sondern vor allem die Qualität seiner Publikationen.[630]

623 Deshalb wird diese Frage als Substituierbarkeit aus Nutzersicht diskutiert, siehe 1. Kapitel B. III. 1. a) cc).

624 *Straus*, in: *Beier/Götting/Lehmann/Moufang*, FS Schricker, S. 293.

625 Vgl. etwa §§ 22, 23 Promotionsordnung für die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München.

626 *Meier*, S. 27; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 304; *Krujatz*, S. 24; *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436, 437; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 138.

627 *Hornbostel/Klingsporn/v. Ins*, S. 14; *Hilty*, GRUR 2009, 633, 635; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 122; *ders.*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 14; *Drexl*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s), S. 74; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 145; *Krujatz*, S. 25; *Lutz*, S. 171; *Weishaupt*, S. 186; siehe auch *Dillaerts*, S. 155.

628 *Herb*, S. 82 f.

629 *Merton*, 79 Isis 606, 621 (1988); siehe auch *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 95; *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 145; *Herb*, S. 83; *Eger*, S. 131; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 270.

630 *Bajon*, S. 78; *Weishaupt*, S. 167 („Nur was Qualität hat, ist wissenschaftlich anerkannt").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Je nach Publikationskultur einer Disziplin lässt bereits die Art der Publikation Rückschlüsse auf die Qualität des jeweiligen Inhalts zu.[631] Die Geschwindigkeit, mit der Forschungsergebnisse mitgeteilt werden, hat disziplinspezifisch zur Herausbildung recht unterschiedlicher Publikationsgepflogenheiten geführt.[632] In den STM-Disziplinen und einigen sozialwissenschaftlichen Fächern ist eine wissenschaftliche Publikation heute gleichbedeutend mit einer Veröffentlichung in einer Zeitschrift.[633] Wenn etwa in den Wirtschaftswissenschaften auf „die Literatur" verwiesen wird, sind damit stets Artikel in Journalen gemeint; eine Monographie, die zu großen Teilen oder gar ausschließlich Inhalte enthält, die auch in sehr guten Journalen hätten publiziert werden können, ist kaum noch anzutreffen.[634] Zunehmend wird die monographische Dissertation durch eine kumulative ersetzt, bei der der Doktorand eine bestimmte Anzahl von Publikationen in wissenschaftlichen Zeitschriften einreicht; an der Berliner Charité ist die kumulative Promotion bereits der Regelfall.[635] Dagegen spielen Monographien nur noch in wenigen Disziplinen eine Rolle, etwa in der Jurisprudenz und allgemein in den Geisteswissenschaften.[636] Die Bedeutung von Zeitschriftenartikeln nimmt aber auch in den Geisteswissenschaften zu.[637] Zumindest in den STM-Disziplinen und den Sozialwissenschaften ist die Zeitschrift nicht oder nur noch sehr eingeschränkt durch andere Publikationsarten substituierbar.

(2) Austauschbarkeit mit Publikationen derselben Art

Innerhalb der Publikationsart Zeitschrift ist das Renommee, d.i. die Qualität,[638] neben dem fachlichen Schwerpunkt und der internationalen Verbreitung das wichtigste Kriterium, nach der ein Journal aus Autorensicht sub-

631 *Schuh*, S. 6; *Peifer*, in: *Peifer/Gersmann*, Forschung und Lehre im Informationszeitalter, S. 34; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 304 („Reputation wird durch die Publikationen in Zeitschriften gewonnen").
632 *Hornbostel/Klingsporn/v. Ins*, S. 19.
633 *Brintzinger*, Leviathan 2010, 331, 332; *Schuh*, S. 6.
634 *Leininger*, S. 67; siehe auch *Farchy/Froissart/Méadel*, Hermès 57 (2010), 9, 10.
635 Deutsches Ärzteblatt Nr. 18/109 v. 4.5.2012, S. M333.
636 *Schuh*, S. 6 f.
637 *Schuh*, S. 6.
638 *Meier*, S. 47 f.; *Lutz*, S. 174; *Taubert/Weingart*, S. 172.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stituiert werden kann.[639] Als wichtige Qualitätsmerkmale gelten dabei das Peer-Review und der Impact Factor einer Zeitschrift.[640] Weitere, wenn auch weniger wichtige Kriterien sind die Schnelligkeit der Publikation, die Langzeitverfügbarkeit der Zeitschrift und etwaige Veröffentlichungskosten für den Autor.[641]

Das Peer-Review bezeichnet ein im Einzelnen unterschiedlich strukturiertes, teilweise sehr aufwändiges und formalisiertes Auswahlverfahren, in dem Fachkollegen *(peers)* die Relevanz, Qualität und Veröffentlichungswürdigkeit begutachten.[642] Die Wissenschaftsgemeinde kennt die jeweilige Selektionshärte oft schon aus eigener Erfahrung und ist sich einig, welches „die guten, die mittelguten und die weniger mittelguten" Journale sind.[643] Ansonsten ist die Einstufung in vielen Disziplinen formalisiert. So werden volkswirtschaftliche Zeitschriften etwa in die Kategorien AA, A, B, C und D eingestuft.[644] Ein „führender" Forscher muss zwingend in den fünf als AA klassifizierten Journalen publiziert haben (die Annahmequote von AA-Journals liegt unter 10 %); ein ambitionierter Nachwuchswissenschaftler sollte Teile seiner kumulativen Dissertation zumindest in A-Journalen platzieren können.[645] Auch in anderen Disziplinen ist es erstrebenswert, in den weltweit angesehensten Zeitschriften mit der striktesten Zurückweisungsrate (oft über 90 %) zu publizieren.[646] Als besonders selektiv gelten die STM-Zeitschriften „Nature" und „Science", die

---

639 *DFG*, S. 26; *Engel*, 160 JITE 35, 36 (2004) („Vis-à-vis the author, the proximity of substitutes rests on the vocation of the journal, and on its ranking"); siehe auch *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 185; *ders.*, GRUR 2009, 633, 635 u. 638; *ders.*, Propr. intell. 15 (2005), 140, 143; *ders.*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 328; *ders.*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 14; *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 262; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 312; *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 62; *House of Commons*, S. 12; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Chanier*, S. 45; *Meier*, S. 48; *Lutz*, S. 174; *Taubert/Weingart*, S. 171; *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436, 437; *Stempfhuber*, S. 129; *Eger*, S. 131; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 270.

640 *Weishaupt*, S. 186; *Schuh*, S. 9; *Bajon*, S. 78 f.; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Chanier*, S. 45.

641 *DFG*, S. 26; siehe auch *Meier*, S. 78.

642 *Bajon*, S. 78; ausführlich *Meier*, 51 ff.; zu den verschiedenen Peer-Review-Arten, siehe auch *Ware/Mabe*, S. 34 f.

643 *Peifer*, in: *Peifer/Gersmann*, Forschung und Lehre im Informationszeitalter, S. 35; *Bajon*, S. 78.

644 *Leininger*, S. 67.

645 *Leininger*, S. 67.

646 *Fiedler*, S. 42 speziell für die Psychologie; allgemein *Schuh*, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dennoch oder gerade deshalb mit Einreichungen überschwemmt werden; die dort abgelehnten Arbeiten werden dann bei weniger selektiven Journalen eingereicht.[647]

Als ein weiteres Qualitätsmerkmal gilt die Resonanz innerhalb der Wissenschaftsgemeinde, gemessen an der Häufigkeit von Zitierungen.[648] Die Aussagekraft und Brauchbarkeit von Zitierungsraten als Resonanzmaß zur Bewertung von Forschungsergebnissen ist umstritten.[649] Dennoch gilt eine Arbeit weithin als umso nützlicher und wichtiger für die Fachdisziplin, je häufiger sie zitiert wird.[650] Grundlage zitierungsbasierter Indikatoren sind Zitierindizes, allen voran der Science Citation Index (SCI) mit aktuell 8.539 und der Social Science Citation Index (SSCI) mit aktuell 3080 Zeitschriften.[651] Diese strenge Auswahl von schätzungsweise gerade einmal 10 bis 20 % aller wissenschaftlichen Zeitschriften wird in den Journal Citation Reports (JCR) von Thomson Reuters nach ihrem sog. Impact Factor in Ranglisten eingestuft und jedes Jahr aktualisiert.[652] Zur Bestimmung des Impact Factor werden die Artikel einer Zeitschrift aus zwei Jahren herangezogen, deren Zitierungen innerhalb des darauffolgenden Jahres ermittelt und die Anzahl dieser Zitierungen durch die Anzahl der Artikel geteilt.[653] Den höchsten Impact Factor auf Basis des SCI verzeichnet etwa aktuell die Wiley-Zeitschrift „Cancer Journal for Clinicians“ (162,500), gefolgt vom „New England Journal of Medicine“ (54,420) und den „Chemical Reviews“ (45,661). Die berühmten STM-Zeitschriften „Nature“, „Cell“ und „Science“ folgen auf den Plätzen 5 (42,351), 16 (33,116) und 17 (31,477).[654] Der Impact Factor bezieht sich zwar immer nur auf die Zeitschrift als Ganzes, nicht auf den einzelnen Artikel; dennoch ist die Be-

---

647 *Schleich*, S. 89.

648 *Schuh*, S. 9.

649 *Marx*, S. 132; *Ware/Mabe*, S. 43; *Weishaupt*, S. 187; *Meier*, S. 50 f.; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 305; *Schmalenbach*, S. 34.

650 *Marx*, S. 132.

651 Vgl. JCR 2013, abrufbar unter: http://admin-apps.webofknowledge.com/JCR/JCR?RQ=HOME (zuletzt besucht am 20.12.2015).

652 *Marx*, S. 144 f.; siehe auch *Chartron*, Hermès 57 (2010), 123, 124.

653 *Marx*, S. 145; *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 95; *Weishaupt*, S. 186; *Meier*, S. 49 (mit Berechnungsbeispiel).

654 JCR Science Edition 2013, abrufbar unter: http://admin-apps.webofknowledge.com/JCR/JCR?RQ=LIST_SUMMARY_JOURNAL (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wertung der Publikationsleistung eines Wissenschaftlers auf Grundlage des Impact Factor der Zeitschriften, in denen er publiziert hat, zu einer weit verbreiteten Praxis in der Forschungsevaluierung geworden.[655] Nicht selten gibt der persönliche Impact Factor des jeweiligen Wissenschaftlers – im Sinne der Anzahl der Veröffentlichungen in Zeitschriften mit einem hohen Impact Factor – den Ausschlag für die Berufung auf einen Lehrstuhl.[656]

Das System weist dabei in seinen Wechselwirkungen Netzwerkeffekte auf, die sich selbst verstärken.[657] So führen ein strenges Peer-Review und ein hoher Impact Factor zu einem Überangebot publikationswilliger Autoren, aus denen der Verleger wählen kann.[658] Damit nimmt die Qualität der Beiträge zu, was wiederum den Selektionsdruck und den Impact Factor der Zeitschrift steigert.[659] Die wachsende Anzahl von Wissenschaftlern erhöht diesen Effekt noch einmal zusätzlich; in einem immer stärker umkämpften Arbeitsumfeld steigt die Notwendigkeit, in einer renommierten Zeitschrift zu publizieren.[660] Damit sind aus Autorensicht qualitativ angesehene und weniger angesehene Publikationen nicht austauschbar. Jenseits verbleibender Wahlmöglichkeiten zwischen vergleichbar renommierten Zeitschriften (z.B. den fünf AA-Journals in der Volkswirtschaftslehre) kann der Autor kaum auf Publikationen in einem der Top-Journale verzichten.[661] So erfährt der Wissenschaftler bereits in seiner Rolle als Autor eine sehr geringe Substituierbarkeit wissenschaftlicher Publikationen.[662]

---

655 *Marx*, S. 145; *Meier*, S. 48 f.

656 *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 95.

657 *Bajon*, S. 80; *Kommission*, Study on the scientific publication markets in Europe, S. 22.

658 *Peifer*, in: *Peifer/Gersmann*, Forschung und Lehre im Informationszeitalter, S. 35; *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 299; *Bajon*, S. 80; siehe auch *Kommission*, Study on the scientific publication markets in Europe, 2006, S. 22 („vicious circle"); *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142.

659 *Bajon*, S. 80; siehe auch *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142.

660 *Meier*, S. 26; siehe auch *Boni*, Leviathan 2010, 293, 304 („Publikationsraum ist begehrter denn je").

661 *Bajon*, S. 80; ähnlich *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 185; *ders.*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 328; *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 78; *Herb*, S. 81 f.; *Egloff*, sic! 2007, 705, 712; *Eger*, S. 133.

662 *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 185; *ders.*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 328; *Bajon*, S. 80; *Egloff*, sic! 2007, 705, 714.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(3) Austauschbarkeit mit Open-Access-Zeitschriften („Golden Open Access“)

Die Substituierbarkeit von Zeitschriften im Allgemeinen spiegelt sich bei der Frage wider, ob Subskriptions- und Open-Access-Zeitschriften miteinander austauschbar sind. Maßgeblich sind hier die Kriterien Renommee, Langzeitverfügbarkeit und Veröffentlichungskosten, da Open-Access-Journale in aller Regel ebenfalls über einen fachlichen Schwerpunkt verfügen und als Online-Medien mindestens ebenso gut eine internationale und schnelle Verbreitung garantieren.[663]

(a) Veröffentlichungskosten

Während bei Subskriptionszeitschriften für die Autoren regelmäßig keine Veröffentlichungskosten anfallen („Reader-Pay“-Modell),[664] kommen für Open-Access-Zeitschriften – neben einem Hybridmodell – vereinfacht drei Finanzierungsmodelle in Betracht:[665] Entweder bezahlt der Autor die Veröffentlichungsgebühren aus seinem eigenen Etat („Author-Pay“-Modell); oder seine Lehr- oder Forschungseinrichtung bezahlt die Autorengebühren; oder eine Forschungsorganisation finanziert die Open-Access-Zeitschrift. In einer Befragung präferierten 14,6 % der Autoren das erste,

663 So begründeten in einer Befragung 87 % der Autoren von Open-Access-Artikeln („OA authors“) ihre Open-Access-Präferenz mit der schnelleren Publizierung; umgekehrt glaubten nur 14 % der Autoren, die sich gegen eine Open-Access-Erstveröffentlichung entschieden hatten („non-OA authors“), dass ihre Artikel in Subskriptionszeitschriften schneller publiziert würden, s. *Swan/Brown*, S. 26 u. 29. In einer weiteren Befragung glaubten 79 % der Autoren, dass sie mit Open Access schneller publizieren könnten, *Hess/Wigand/Mann/v. Walter*, S. 9. In einer dritten Befragung gaben 50,1 % der „OA authors“ an, ihre Forschungsergebnisse in Open-Access-Zeitschriften besonders schnell publizieren zu können, s. *Weishaupt*, S. 91.

664 *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 315; *Dubini/di Trani/Micheli,* S. 15. Teilweise werden aber Druckkostenzuschüsse von den Autoren verlangt, *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 185; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 304; *Brintzinger*, Leviathan 2010, 331, 338; *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 299; *Weishaupt*, S. 116.

665 Zu den verschiedenen Finanzierungsmodellen, s. *Hilty/Seemann*, S. 17 f.; *Kommission*, Study on the scientific publication markets in Europe, S. 64; *Dallmeier-Thiessen et al.*, S. 4 f.; *Chanier*, S. 100 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

45 % das zweite und 72,1 % das dritte Modell.[666] 58,1 % waren unter keinen Umständen bereit, Zeitschriftenbeiträge aus ihrem eigenen Etat zu bezahlen, 29,3 % nur bis zu 250 Euro pro Artikel;[667] die Autorengebühren lagen aber z.B. 2010 bei durchschnittlich 906 US-Dollar.[668] Eine andere Befragung kommt zu ähnlichen Ergebnissen; danach lehnen 55,9 % das „Author-Pay"-Modell völlig ab.[669] Damit kann aus Sicht der meisten Autoren eine eigenfinanzierte Open-Access-Erstveröffentlichung die Veröffentlichung in einer Subskriptionszeitschrift nicht substituieren.[670] Soweit aber die Lehr- oder Forschungseinrichtung die Autorengebühren bezahlt – etwa die Max-Planck-Gesellschaft für Veröffentlichungen ihrer Wissenschaftler in Zeitschriften von BMC, PLoS, SpringerOpen, Wiley Open Access u.a.[671] – oder eine Forschungsorganisation die Open-Access-Zeitschrift finanziert – etwa die Max-Planck-Gesellschaft die „Living Reviews" [672] –, stehen die Veröffentlichungskosten der Austauschbarkeit nicht entgegen. Ob eine solche „umgekehrte" öffentliche Finanzierung auf ein Nullsummenspiel hinausläuft, spielt für die Frage der Substituierbarkeit aus Autorensicht keine Rolle.[673]

(b) Langzeitverfügbarkeit

Problematischer ist das Kriterium der Langzeitverfügbarkeit. Verschiedene Befragungen kamen zu dem Ergebnis, dass die Mehrheit – 59,3[674], 53[675] bzw. 59,8 %[676] – der Autoren in diesem Punkt ein Defizit der Open-Ac-

666 *DFG*, S. 57.
667 *DFG*, S. 56.
668 *Solomon/Björk*, 63 JASIST 1485, 1488 (2012); siehe auch die Übersicht der Autorengebühren verschiedener Open-Access-Verlage bei *Ware/Mabe*, S. 63.
669 *Weishaupt*, S. 115; siehe auch *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 54.
670 Siehe auch *Shavell*, 2 J. Legal Analysis 301, 334 (2010).
671 Siehe http://www.mpdl.mpg.de/services/scip_content_oacontracts_de.htm (zuletzt besucht am 20.12.2015).
672 Siehe http://openaccess.mpg.de/1431088/Open-Access-Publishing---Initiativen (zuletzt besucht am 20.12.2015).
673 Siehe aber 2. Kapitel B. V. 1.
674 *DFG*, S. 49.
675 *Hess/Wigand/Mann/v. Walter*, S. 10.
676 *Weishaupt*, S. 143.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cess-Zeitschrift erblickt und 74 %[677] insoweit die Subskriptionszeitschrift präferiert. Die Skepsis hängt mit der Flüchtigkeit des Internets zusammen.[678] Während Subskriptionszeitschriften immer noch überwiegend als Online- und Print-Ausgaben vertrieben werden,[679] sind Open-Access-Journale überwiegend nur elektronisch *(e-only)* verfügbar.[680] Allerdings haben Verlage, Bibliotheken und Nationalbibliotheken bereits konzertierte Maßnahmen getroffen, die die Langfristverfügbarkeit von *e-only*-Zeitschriften sicherstellen.[681] Damit sind die Vorbehalte der befragten Autoren wohl auf Informationsdefizite zurückzuführen, die sich in absehbarer Zeit beheben lassen.[682]

(c) Renommee

Es bleibt die Frage, ob Subskriptions- und Open-Access-Zeitschriften aus Autorensicht über ein vergleichbares Renommee verfügen. Prinzipiell sind Open-Access-Journale durchaus in der Lage, es mit renommierten Subskriptionszeitschriften aufzunehmen. Ein Paradebeispiel sind die von der Max-Planck-Gesellschaft herausgegebenen Open-Access-Zeitschriften „Living Reviews in Relativity" und „Living Reviews in Solar Physics", die mit einem Impact Factor von 22,333 bzw. 13,833 Spitzenplätze in der JCR Science Edition 2012 belegen (Platz 41 bzw. 93). Insgesamt verzeichneten die in den Journal Citation Reports 2010 enthaltenen Open-Access-Journale einen durchschnittlichen Impact Factor von immerhin 76 % des Durchschnittsfaktors der Subskriptionszeitschriften.[683] Es wäre also völlig

677 *Schmalenbach*, S. XVII.
678 *Weishaupt*, S. 171.
679 *Ware/Mabe*, S. 24 („The main reason is continuing demand from residual parts of the market, including individual and society member copies, and institutional customers in some parts of the world. The factors sustaining this demand for print include its superiority for some uses, concerns about the long-term preservation of digital formats, concerns about access to digital content following subscription cancellation or in the event of publisher demise, caution by some advertisers in switching to digital formats, and tax disincentives in some territories"); siehe auch *Gooden/Owen/Simon/Singlehurst*, S. 6.
680 *Dubini/di Trani/Micheli,* S. 15.
681 *Ware/Mabe*, S. 55 f.
682 *Weishaupt*, S. 172.
683 *Björk/Solomon*, BMC Medicine 2012, 10:73, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verfehlt, der Open-Access-Erstveröffentlichung von vornherein einen „Wert“ abzusprechen.

Allerdings berücksichtigen die Zitierindizes, die dem Impact Factor zugrundliegen, nur einen äußerst geringen Teil der Open-Access-Zeitschriften.[684] Von den 11.619 in den JCR 2013 gelisteten Zeitschriften sind nur 1.246 (10,72 %) frei zugänglich.[685] Umgekehrt sind von den aktuell 16.271 im Ulrich's Periodicals Directory verzeichneten Open-Access-Journalen nur 1.276, also 7,8 %, in den JCR 2013 gelistet.[686] Der große Rest – aktuell 92,2 % – erhält keinen Impact Factor zugewiesen und gilt damit in der Wissenschaftsgemeinde automatisch weniger.[687] Ein ähnliches Bild ergibt sich im Hinblick auf das Peer-Review: Von den in der Datenbank Scopus enthaltenen 20.000 Peer-Review-Zeitschriften sind nur 2.800 bzw. 14 % Open-Access-Journale.[688] Hier liegt das eigentliche Problem von Open-Access-Zeitschriften. Nur die wenigsten verfügen – wie die „Living Rev. Relativity“ und die „Living Rev. Solar Physics“ – über einen angesehenen Herausgeber, an dessen Renommee sie teilhaben können.[689] Das Gros muss sich zunächst am Markt etablieren, was Zeit in Anspruch nimmt.[690] So fehlt den Zeitschriften der Open-Access-Verleger PloS und BMC das Renommee von Verlegern, die seit Jahrzehnten auf dem Markt sind.[691] Zahlreiche Open-Access-Zeitschriften haben deshalb Schwierigkeiten, hochkarätige Beiträge zu gewinnen; umgekehrt würde das Ansehen dieser Zeitschriften gerade durch wissenschaftlich wertvolle Artikel steigen – ein Teufelskreis.[692] Da verwundert es nicht, wenn noch immer viele Wissenschaftler an der Qualität von Open-Access-Zeitschrif-

684 *Weishaupt*, S. 186.
685 Vgl. http://ulrichsweb.serialssolutions.com/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).
686 Vgl. http://ulrichsweb.serialssolutions.com/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).
687 *Weishaupt*, S. 186.
688 Siehe http://www.elsevier.com/online-tools/scopus/content-overview (zuletzt besucht am 20.12.2015).
689 *Lutz*, S. 185; *Weishaupt*, S. 186.
690 *Lutz*, S. 185; *Shavell*, 2 J. Legal Analysis 301, 334 (2010); *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 54.
691 *Björk/Solomon*, BMC Medicine 2012, 10:73, S. 3.
692 *Weishaupt*, S. 99; *Dubini/di Trani/Micheli,* S. 13; *Denicola*, 85 Neb. L. Rev. 351, 360 (2006); *Taubert/Weingart*, S. 177; *Meier*, S. 78; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 306; *Schmalenbach*, S. 34; siehe auch *Kommission*, Study on the scientific publication markets in Europe, S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten zweifeln:[693] In einer US-amerikanischen Befragung begründeten 69 % der Autoren, die Veröffentlichungen in Open-Access-Zeitschriften ablehnen („non-OA authors"), ihre Präferenz für Subskriptionszeitschriften mit dem geringen Impact Factor und allgemein dem geringen Renommee von Open-Access-Journalen.[694] Im Rahmen einer Studie der Deutschen Forschungsgemeinschaft äußerten 73,1 % der Autoren die Sorge, dass sie mit Open-Access-Erstveröffentlichungen seltener zitiert würden; 65,2 % befürchteten Nachteile bei der Beurteilung ihrer wissenschaftlichen Leistung.[695] Eine Befragung deutscher und amerikanischer Wissenschaftler hat ergeben, dass 58 % den Impact Factor von Open-Access-Zeitschriften als zu gering erachten und 60 % mit Open-Access-Erstveröffentlichungen Nachteile für ihre wissenschaftliche Karriere verbinden.[696] In einer weiteren Befragung hielten 77 % der Autoren die Subskriptionszeitschrift im Hinblick auf den Impact Factor für überlegen; ganze 92 % hielten Subskriptionszeitschriften für renommierter![697] Zwar spiegeln die Ergebnisse dieser Befragungen rein subjektive Meinungen wider und existieren Studien, die objektiv höhere Zitierraten – wenngleich keinen höheren Impact Factor – bei Open-Access-Zeitschriften feststellen.[698] Bei der Substituierbarkeit aus Autorensicht kommt es aber auf die subjektive Sichtweise an.[699]

693 *Lutz*, S. 184; *Loos*, MDMV 2013, 90, 94; *Schmalenbach*, S. 34; siehe auch *Shavell*, 2 J. Legal Analysis 301, 334 (2010) („Indeed, I suspect that many academic authors would consider their lack of prestige a more serious disadvantageous of open access publications than possibly having to pay publication fees").

694 *Swan/Brown*, S. 29.

695 *DFG*, S. 49.

696 *Hess/Wigand/Mann/v. Walter*, S. 9 u. 10.

697 *Schmalenbach*, S. XVII.

698 *Stempfhuber*, S. 119 m.w.N.; *Schmalenbach*, S. 27 m.w.N.; *Chanier*, S. 42 ff. m.w.N.; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 143 m.w.N.

699 *Denicola*, 85 Neb. L. Rev. 351, 360 (2006) („In any case, authors' perceptions matter here more than reality").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(d) Zwischenergebnis

Damit sind Subskriptions- und Open-Access-Zeitschriften im Hinblick auf das Renommee aus Autorensicht nur sehr eingeschränkt austauschbar.[700] Wohl deshalb[701] nehmen Open-Access-Zeitschriften noch immer eine untergeordnete Rolle ein.[702] So sind von den aktuell 140.574 im Ulrich's Periodicals Directory verzeichneten Zeitschriften nur 16.271, also 11,6 %, frei zugänglich.[703] Solange einige Subskriptionszeitschriften ähnlich einem Rating als „Triple A" gelten und Open-Access-Journale den Odeur einer niederen Qualität genießen, wird sich an der eingeschränkten Substituierbarkeit aus Autorensicht auch wenig ändern.[704] Bis eine Open-Access-Zeitschrift das enorme Prestige einer „Nature" oder „Science" erreicht, wird viel Zeit vergehen.[705]

(4) Zwischenergebnis

Aus Autorensicht ist die Veröffentlichung wissenschaftlicher Aufsätze in einer Subskriptionszeitschrift auf absehbare Zeit nur eingeschränkt substituierbar. Damit werden die meisten wissenschaftlichen Artikel in Sub-

700 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 6; *Bramble*, 20 Harv. J. L. & Tech. 209, 220 (2006); *Denicola*, 85 Neb. L. Rev. 351, 360 (2006); *Shavell*, 2 J. Legal Analysis 301, 334 (2010); *Egloff*, sic! 2007, 705, 712.

701 *Denicola*, 85 Neb. L. Rev. 351, 357 (2006) („The most formidable obstacle to the success of open-access journals, however, is not their competitors but their prospective authors"); *Weishaupt*, S. 17.

702 *Lutz*, S. 191; *Brintzinger*, Leviathan 2010, 331, 335 („Die Aufregung in der Diskussion steht in völlig umgekehrtem Verhältnis zur quantitativen Bedeutung des Open Access"); *Dillaerts*, S. 37 („Peu de revues scientifiques en libre accès sont éditées en France").

703 Vgl. http://ulrichsweb.serialssolutions.com/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

704 *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 301; siehe auch *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 152 („Abgesehen von politischen Widerständen bedarf es noch erheblicher infrastruktureller und wissenschaftsinstitutioneller Vorleistungen, um einen solchen Paradigmenwechsel überhaupt als wissenschaftsadäquat und damit verfassungsrechtlich zulässig erscheinen zu lassen"); *Bajon*, S. 107 f.

705 *House of Commons*, S. 12; *Bramble*, 20 Harv. J. L. & Tech. 209, 219 (2006); siehe auch *Boni*, Leviathan 2010, 293, 304 („Die ‚natürlichen Eintrittsbarrieren' der etablierten STM-Zeitschriften wurden nicht geschleift, Open-Access-Zeitschriften erreichen nicht deren gewachsenes Renommee").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

skriptionszeitschriften vermarktet. Aufgrund ihrer sehr eingeschränkten Substituierbarkeit bilden sie dann jeweils eigene, atomistische „Märkte". Solange sich die Autoren gegen eine Veröffentlichung in Open-Access-Zeitschriften („Golden Open Access") entscheiden dürfen, ist mit einem Systemwechsel allenfalls langfristig zu rechnen.[706] Bisher jedenfalls hat der „Golden Open Access" kaum Abhilfe geschaffen.[707]

cc) Substituierbarkeit wissenschaftlicher Artikel aus Nutzersicht

Die Frage ist nun, wie viele Anbieter auf diesen „Märkten" vorhanden sind. Kann der in einer Subskriptionszeitschrift erschienene Artikel durch ein anderes „Produkt" desselben Aufsatzes aus Nutzersicht substituiert werden? Oder steht einer solchen Substituierbarkeit das geltende Recht entgegen? Als Substitute kommen öffentlich verfügbare Kopien des Artikels (unten (1)), Open-Access-Zweitveröffentlichungen („Green Open Access", unten (2)) und Zweitverwertungen (unten (3)) in Betracht.

(1) Öffentlich verfügbare Kopien des Artikels

Die Substituierbarkeit wissenschaftlicher Artikel durch öffentlich verfügbare Kopien hängt davon ab, inwieweit das Urheberrecht die öffentliche Verfügbarmachung erlaubt.

706 *Peukert*, in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Kommunikationsverhalten der Nutzer, S. 148; *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 303; *Bäuerle*, S. 7; *Egloff*, sic! 2007, 705, 712.

707 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638 („So sehr diese Überlegungen in der Fachwelt zu Reden geben, […] so wenig durchschlagend sind bei nüchterner Betrachtung bis heute die Erfolge"); *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 261; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 6; *Dillaerts*, S. 37 („La voie d'Or n'a pas réellement réussi à percer autant en France que la voie Verte"); *Boni*, Leviathan 2010, 293, 309 („Open-access hat bisher die Strukturen auf dem Markt vor allem der durch ein quasi natürliches Monopol geschützten traditionell hoch reputierlichen STM-Zeitschriften nicht aufbrechen können. Eine spürbare und dauerhafte preisliche Entlastung ist nicht eingetreten"); *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 150; *Krujatz*, S. 62; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(a) Öffentliche Verfügbarmachung nach deutschem Recht

Das geltende deutsche Urheberrecht erlaubt die öffentliche Verfügbarmachung von Kopien wissenschaftlicher Artikel auf dreifache Weise: als öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung (unten (aa)), als Wiedergabe an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven (unten (bb)) und als Kopienversand auf Bestellung (unten (cc)).[708]

(aa) Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung

Nach § 52a Abs. 1 UrhG dürfen veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern (Nr. 1) und veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung (Nr. 2) öffentlich zugänglich gemacht[709] werden, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

Damit ist das Uploaden zu Unterrichts- und Forschungszwecken zwar erlaubt, aber nur sehr eingeschränkt: Erstens dürfen nur „einzelne" Zeitschriftenartikel, also wenige Beiträge, keinesfalls die ganze Zeitschrift,[710] hochgeladen werden. Zweitens dürfen diese Kopien nur einem „bestimmt abgegrenzten Personenkreis" zugänglich gemacht werden, nämlich nur denjenigen Studenten, die die betreffende Veranstaltung besuchen,[711] bzw.

708 Dabei handelt es sich um gesetzliche Lizenzen mit Vergütungspflicht, §§ 52a Abs. 4 S. 1, 52b S. 3, 53a Abs. 2 S. 1 UrhG. Die gesetzlichen Lizenzen der §§ 46, 53 UrhG, die eine Vervielfältigung zum Gebrauch durch behinderte Menschen bzw. zum privaten oder eigenen wissenschaftlichen Gebrauch erlauben, bleiben unberücksichtigt.

709 Zur Legaldefinition des „Uploadrechts" siehe § 19a UrhG.

710 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 52a Rdnr. 5, u. § 53, Rdnr. 33; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 52a, Rdnr. 7; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 52a, Rdnr. 10; *Bajon*, S. 338; *Lutz*, S. 73.

711 BGH GRUR 2014, 549, 553, Rdnr. 40 – „Meilensteine der Psychologie".

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

denjenigen Wissenschaftlern, die demselben – kleinen[712] – Forschungsteam (z.B. Lehrstuhl, Arbeitsgruppe von Doktoranden)[713] angehören.[714] Drittens ist die öffentliche Zugänglichmachung nur „geboten", soweit der Artikel nicht in digitaler Form zu „angemessenen Bedingungen" vom Rechtsinhaber bezogen werden kann.[715] Weil der Uploader das Risiko einer unzutreffenden Einschätzung der Angemessenheit trägt,[716] wird er einem Online-Angebot des Verlages kaum „Konkurrenz" machen wollen.[717]

Damit ist die Wahrscheinlichkeit, einen Artikel durch eine öffentlich zugänglich gemachte Kopie substituieren zu können, sehr gering: Der Uploader muss den Artikel – oder eine Kopie derselben – erst einmal besitzen, um ihn kopieren und hochladen zu können; er muss dies tatsächlich tun; er darf nur „einzelne" Artikel uploaden; der Rechtsinhaber darf den Artikel nicht online anbieten; und der Nutzungswillige muss auch noch „zufällig" die Veranstaltung des Uploaders besuchen bzw. dessen Forschungsteam angehören. Damit ist aus Sicht des einzelnen Nutzers ein wissenschaftlicher Artikel nur sehr eingeschränkt durch öffentlich zugänglich gemachte Kopien substituierbar.

712 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/837, S. 34; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 52a, Rdnr. 12; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 31, Rdnr. 90; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 52a, Rdnr. 14; *Bajon*, S. 342; *Lutz*, S. 74.

713 *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 52a, Rdnr. 33; *Lutz*, S. 75.

714 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 52a Rdnr. 11; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 52a, Rdnr. 12; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 31, Rdnr. 90; *Lüft*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 52a, Rdnr. 14; *Bajon*, S. 342 ff.; *Lutz*, S. 74.

715 BGH GRUR 2014, 549, 554, Rdnr. 58 – „Meilensteine der Psychologie"; GRUR 2013, 1220, 1225, Rdnr. 45 – „Gesamtvertrag Hochschul-Intranet".

716 BGH GRUR 2013, 1220, 1225, Rdnr. 47 u. 57 – „Gesamtvertrag Hochschul-Intranet".

717 *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 258; *Bajon*, S. 550; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 52a Rdnr. 12; LG Stuttgart GRUR-RR 2011, 419, 423; siehe auch *Pflüger*, ZUM 2012, 444, 450 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(bb) Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven

Nach § 52b UrhG dürfen veröffentlichte Werke aus dem Bestand öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen oder Archive, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen, ausschließlich in den Räumen der jeweiligen Einrichtung an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich gemacht werden, soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen (S. 1); zudem dürfen nicht mehr Exemplare eines Werkes wiedergegeben werden, als der Bestand der Einrichtung erfasst (S. 2).

Anders als § 52a UrhG ist § 52b UrhG in seinem Anwendungsbereich weder im Hinblick auf die Nutzer – die Bibliothek ist öffentlich zugänglich –, noch im Hinblick auf das Werk – es darf vollständig wiedergegeben werden[718] – eingeschränkt. § 52b UrhG gilt auch für den Fall, dass die Publikation in digitaler Form zu „angemessenen Bedingungen" vom Rechtsinhaber bezogen werden könnte, aber nicht bezogen wird („keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen gelten"[719]).[720] Dennoch kann ein wissenschaftlicher Artikel nur sehr eingeschränkt durch eine elektronisch wiedergegebene Kopie substituiert werden: Zum einen ist die elektronische Wiedergabe auf grafische Dateien beschränkt, die – anders als eine Online-Publikation – keine Volltextsuche erlauben;[721] da hilft es wenig, dass „Wiedergabe" auch das Ausdrucken auf Papier und das Abspeichern auf einen USB-Stick erfasst.[722] Zum anderen – dies ist entscheidend – muss die Bibliothek die Publikation, z.B. die den Artikel enthaltene Zeitschrift, zunächst erwerben und ihrem Bestand hinzufügen, um sie anschließend elektronisch wiedergeben können.[723] Damit mag zwar die Nachfrage nach einem zusätzlichen Zeitschriftenexemplar ersetzt werden,

718 *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 52b, Rdnr. 5; *Bajon*, S. 377.
719 Art. 5 Abs. 3 lit. n Informationsgesellschafts-RL.
720 Pressemitteilung des BGH Nr. 064/2015 v. 16.4.2015.
721 *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 52b, Rdnr. 18; *Lutz*, S. 150.
722 Pressemitteilung des BGH Nr. 064/2015 v. 16.4.2015.
723 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 52b, Rdnr. 8; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 52b, Rdnr. 6; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 31, Rdnr. 102; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 52b, Rdnr. 3; *Bajon*, S. 392; *Lutz*, S. 144.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

etwa wenn das bereits erworbene gerade ausgeliehen ist.[724] Die Nachfrage nach dem Artikel als solchem können elektronische Leseplätze aber nicht substituieren.

(cc) Kopienversand auf Bestellung

Nach § 53a Abs. 1 UrhG ist die Vervielfältigung und Übermittlung einzelner in Zeitungen und Zeitschriften erschienener Beiträge im Wege des Post- oder Faxversands durch öffentliche Bibliotheken auf Einzelbestellung erlaubt, sofern der Besteller das Werk zum privaten oder sonstigen eigenen, also auch wissenschaftlichen, Gebrauch i.S.v. § 53 UrhG nutzen möchte (S. 1). In sonstiger elektronischer Form ist die Vervielfältigung und Übermittlung ausschließlich als grafische Datei und zur Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zulässig, soweit dies zur Verfolgung nicht gewerblicher Zwecke gerechtfertigt ist (S. 2); zudem darf der Zugang zu den Beiträgen den Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht werden (S. 3).

Der wesentliche Unterschied zu § 52b UrhG besteht darin, dass die Bibliothek die Zeitschrift bzw. den einzelnen Artikel nicht selbst vorhalten muss; zum Kopienversand kann die Bibliothek auch auf Bestände anderer Bibliotheken zurückgreifen.[725] Einer vollständigen Substituierbarkeit stehen aber weitreichende Beschränkungen entgegen: Zunächst dürfen – wie bei § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG – nur „einzelne" Zeitschriftenartikel übermittelt werden.[726] Dabei werden nur Aufsatzkopien aus gedruckten Zeitschriften versendet;[727] Artikel aus *e-only*-Zeitschriften stehen von vornhe-

724 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 8; siehe auch *Bajon*, S. 393.

725 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 5; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 31, Rdnr. 66; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 53a Rdnr. 3; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 15; *Bajon*, S. 447 f.; *Lutz*, S. 129.

726 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 4; *ders.*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 31, Rdnr. 66; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 53a Rdnr. 8; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 16 u. 18; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 53a, Rdnr. 10; *Bajon*, S. 448 f.; *Lutz*, S. 124.

727 Siehe http://www.subito-doc.de/index.php?lang=de&mod=page&pid=Dokumentlieferung (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rein nicht zur Verfügung.[728] Weiter dürfen die Artikel grundsätzlich nur im Wege des Post- oder Faxversandes übermittelt werden, was selbst bei einer Eilbestellung mehrere Tage in Anspruch nehmen kann.[729] Nur für den Fall, dass kein „angemessenes" Online-Angebot des Rechtsinhabers existiert, dürfen die Zeitschriftenartikel auch per E-Mail verschickt werden. Praktisch scheidet ein elektronischer Kopienversand aber bereits dann aus, wenn überhaupt ein Online-Angebot existiert und dieses über die Elektronische Zeitschriftenbibliothek nachgewiesen ist;[730] den Bibliotheken ist das Risiko einer unzutreffenden Einschätzung der Angemessenheit offenbar zu hoch.[731] Zwar hat Subito mit einzelnen Verlegern Lizenzverträge geschlossen, die auch bei Bestehen eines Online-Angebotes einen E-Mail-Versand erlauben;[732] in diesen Fällen wird aber nur eine DRM-geschützte Bilddatei übermittelt, die keine Volltextsuche erlaubt[733] und auf nur einem Rechner höchstens zehnmal angesehen bzw. zweimal ausgedruckt werden kann, und das auch nur für die Dauer eines Monats.[734] Der Kopienversand ist in der Informationsgesellschaft ein Auslaufmodell.[735] Kaum ein Wissenschaftler wird zu jeder in einer Fußnote zitierten Publikation eine Kopie bestellen, um dann nach Bearbeitung des Bestellauftrages und Eingang des Aufsatzes in einer Fußnote auf die nächsten Publikation zu stoßen, deren Kopie er erneut in Auftrag geben muss.[736] Stattdessen wird er bzw. sein Mitarbeiter in die Bibliothek gehen, dort die entsprechende Literatur unter Nachverfolgung ganzer Ketten von Literaturverweisen zusammensuchen und selbst kopieren bzw. ausdrucken.[737] Das

728 *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 260.
729 Vgl. http://www.subito-doc.de/index.php?pid=Liefer (zuletzt besucht am 20.12.2015).
730 Siehe http://www.subito-doc.de/index.php?pid=Emaillieferung-Wasserzeichen (zuletzt besucht am 20.12.2015).
731 Vgl. *Bajon*, S. 503; siehe auch *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 36 („Wie die Angemessenheit in der Praxis ermittelt werden soll, ist unklar"); *Lutz*, S. 133.
732 Siehe http://www.subito-doc.de/index.php?pid=Vertraege.
733 *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 26; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, HdbUrhR[2], § 31, Rdnr. 73; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 53a Rdnr. 10; *Bajon*, S. 476; *Lutz*, S. 125.
734 Siehe http://www.subito-doc.de/index.php?pid=DRM-GALS (zuletzt besucht am 20.12.2015).
735 *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 53a, Rdnr. 5.
736 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 11.
737 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kann er aber nur, wenn die entsprechende Literatur in der Bibliothek vorhanden ist. Damit kann auch der Kopienversand die Nachfrage nach wissenschaftlichen Artikeln nur sehr eingeschränkt ersetzen.[738]

(dd) Zwischenergebnis

Nach geltendem deutschem Recht können wissenschaftliche Artikel nur sehr eingeschränkt durch öffentlich verfügbare Kopien substituiert werden.

(b) Öffentliche Verfügbarmachung nach französischem Recht

Das geltende französische Urheberrecht gestattet eine öffentliche Verfügbarmachung von Kopien wissenschaftlicher Artikel als Wiedergabe oder Vervielfältigung für Unterricht und Forschung (unten (aa)) und als Wiedergabe an Terminals in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven (unten (bb)).[739] Eine gesetzliche Lizenz zum Kopienversand ist dem geltenden französischen Recht unbekannt.[740]

(aa) Wiedergabe oder Vervielfältigung für Unterricht und Forschung

Nach Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e CPI[741] ist die Wiedergabe oder die Vervielfältigung von Werkauszügen, ausschließlich zur Veranschaulichung des Unterrichts und der Forschung, erlaubt, sofern sich die Wiedergabe bzw.

738 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 8; siehe auch *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 260.

739 Dabei handelt es sich um gesetzliche Lizenzen mit (Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e CPI) bzw. ohne Vergütungspflicht (Art. L. 122-5 Nr. 8 Alt. 2 CPI). Die gesetzlichen Lizenzen der Art. L. 122-5 Nr. 2, Nr. 7, Nr. 8 Alt. 1 CPI, die eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch, zum Gebrauch durch behinderte Menschen, bzw. zu Aufbewahrungszwecken erlauben, bleiben unberücksichtigt.

740 Vgl. die Übersicht bei *Galopin*, S. 438 f.

741 Für die verwandten Leistungsschutzrechte *(droits voisins)* und Datenbankschutzrechte *(droits des producteurs de bases de donnés)* sind in Art. L. 211-3 Nr. 3, L. 342-3 Nr. 4 CPI ähnliche gesetzliche Lizenzen geregelt, eingehend *Alleaume*, Légicom 39 (2007), 47, 51 f.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vervielfältigung, insbesondere durch einen digitalen Arbeitsraum, an ein Publikum richtet, das überwiegend aus Schülern, Studenten, Lehrern oder Forschern besteht, die direkt von dem Unterricht, der Lehre oder der Forschung, die diese Vervielfältigung und Wiedergabe erfordern, betroffen sind, und sofern die Nutzung dieser Wiedergabe oder Vervielfältigung keinerlei kommerzieller Verwertung dient.[742]

Die Vorschrift unterscheidet sich von § 52a UrhG im Wesentlichen darin, dass dort nur die öffentliche Zugänglichmachung und die dazu erforderliche Vervielfältigung (Abs. 3) geregelt sind, während hier auch die zum Upload nicht erforderliche Vervielfältigung zu Unterrichts- und Forschungszwecken erlaubt wird; darüber hinaus wird „erfordern" – anders als „geboten" i.S.v. § 52a Abs. 1 UrhG – nicht als eine negative Voraussetzung eines „angemessenen" Online-Angebots ausgelegt.[743] Andererseits sollen – in Anlehnung an Art. 5 Abs. 3 lit. n Informationsgesellschafts-RL – für die betroffenen Werke „keine Regelungen über Verkauf und Lizenzen gelten" dürfen[744], was bei entsprechender Auslegung auf dasselbe hinausläuft. Aber selbst wenn die Möglichkeit, die Publikation online zu beziehen, der Anwendbarkeit des Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e CPI nicht entgegensteht, ermöglicht auch diese Vorschrift nur sehr eingeschränkt eine Substitution wissenschaftlicher Artikel. Denn der Uploader muss den Arti-

742 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 693, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: […] 3° […] e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres […] à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche […] dès lors que cette représentation ou cette reproduction est destinée, notamment au moyen d'un espace numérique de travail, à un public composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés par l'acte d'enseignement, de formation ou l'activité de recherche nécessitant cette représentation ou cette reproduction, […] que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale […]."

743 Beide beruhen auf Art. 5 Abs. 3 lit. a Informationsgesellschafts-RL. Ausführlich zu Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e CPI *Alleaume*, Légicom 39 (2007), 47 ff.; *ders.*, Comm. com. électr. 11/2006, 11, 14 ff.; *Lebois*, RLDI 25 (2007), supplément, 18 ff.; *Galopin*, Rdnr. 216 ff.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 437 ff.

744 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 43. Bis zur Gesetzesänderung im Jahre 2013, die Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e CPI ausdrücklich um die Wiedergabe und damit die öffentliche Zugänglichmachung ergänzte, hielt ein Teil der Literatur das Uploaden von Kopien daher generell für unzulässig, *Alleaume*, Légicom 39 (2007), 47, 55; *ders.*, Comm. com. électr. 11/2006, 11, 16; a.A. *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 438.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kel – oder eine Kopie derselben – überhaupt besitzen; er muss ihn kopieren und in den „digitalen Arbeitsraum" stellen; er darf nur „Werkauszüge" (mehr als ein kurzes Zitat, höchstens zwei Artikel aus einer Ausgabe, höchstens 10 % der Ausgabe)[745] hochladen; und der Nutzungswillige muss mit dem Uploader auch noch „zufällig" denselben „digitalen Arbeitsraum" teilen.

(bb) Wiedergabe an Terminals in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven

Art. L. 122-5 Nr. 8 Alt. 2 CPI erlaubt öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven die Vervielfältigung und die Wiedergabe eines Werkes in ihren Räumen an dafür eingerichteten Terminals, um die Bedingungen seiner Konsultierung zu Zwecken der Forschung und privater Studien aufrechtzuerhalten, unter der Voraussetzung, dass sie damit keine wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteile anstreben.[746]

Die Vorschrift entspricht § 52b UrhG,[747] mit dem Unterschied, dass dort eine Vergütungspflicht geregelt ist, hier nicht,[748] und die negative Voraus-

745 Art. 2.1 Bull. off. Education n° 7 du 17 février 2011 („[D]e toute partie d'une publication périodique qui excède la courte citation. L'extrait peut s'entendre de la reprise intégrale d'un article, étant convenu qu'un même travail pédagogique ou de recherche ne peut inclure plus de deux articles d'une même parution, sans excéder 10 % de la pagination"); siehe auch *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 381; *Alleaume*, Légicom 39 (2007), 47, 53; *ders.*, Comm. com. électr. 11/2006, 11, 15; *Lebois*, RLDI 25 (2007), supplément, 18, 19 f.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 439.

746 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 694, unter Berücksichtigung der geltenden Fassung: „Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire: […] 8° La reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers, dans les locaux de l'établissement et sur des terminaux dédiés par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial."

747 Beide gehen auf Art. 5 Abs. 3 lit. n Informationsgesellschafts-RL zurück. Ausführlich zu Art. L. 122-5 Nr. 8 Alt. 2 CPI *Alleaume*, Légicom 39 (2007), 25 ff.; *ders.*, Comm. com. électr. 11/2006, 11, 16 f.; *Alix*, RLDI 25 (2007), supplément, 25 ff.; *Galopin*, Rdnr. 203 ff.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 452.

748 *Alleaume*, Légicom 39 (2007), 25, 29 f.; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 452.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzung eines Online-Angebotes der Verleger zu „angemessenen Bedingungen“ fehlt, die aber – in europarechtskonformer Auslegung – von einem Teil der Literatur „hineingelesen“ wird.[749] Weil die Bibliothek die Zeitschrift auch hier zunächst erwerben muss[750], können die Terminals allenfalls die Nachfrage nach einem zusätzlichen Exemplar, nicht aber die Nachfrage nach dem Artikel als solchem ersetzen.[751]

(cc) Zwischenergebnis

Nach geltendem französischem Recht sind wissenschaftliche Artikel und öffentlich verfügbare Kopien ebenfalls nur sehr beschränkt substituierbar, zumal – anders als im deutschen Recht – keine gesetzliche Lizenz zum Kopienversand existiert.

(c) Zwischenergebnis

Sowohl nach geltendem deutschem als auch französischem Recht sind wissenschaftliche Artikel damit kaum durch öffentlich verfügbare Kopien substituierbar.

(2) Open-Access-Zweitveröffentlichung („Green Open Access“)

Die Substituierbarkeit des Artikels durch eine Open-Access-Zweitveröffentlichung setzt voraus, dass der Aufsatz überhaupt zweitveröffentlicht, also selbstarchiviert wurde. Deshalb wird zunächst untersucht, inwieweit Autoren eine Open-Access-Zweitveröffentlichung den Nutzern „anbieten“ (dürfen) (unten (a)). Erst in einem zweiten Schritt wird die Austauschbar-

749 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 452 mit Verweis auf Art. 5 Abs. 3 lit. n Informationsgesellschafts-RL.

750 *Alleaume*, Comm. com. électr. 11/2006, 11, 16 („Concrètement, il ne s’agit pas de permettre aux bibliothèques de photocopier des revues sans les acheter“); *ders.*, Légicom 39 (2007), 25, 27 f.; *Galopin*, Rdnr. 204.

751 Siehe auch *Alleaume*, Comm. com. électr. 11/2006, 11, 16 („Toutes les discussions parlementaires indiquent qu’elle doit être comprise strictement, de façon à éviter que les reproductions autorisées ne se substituent aux achats“); *ders.*, Légicom 39 (2007), 25, 27.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit von Artikel und selbstarchiviertem Aufsatz aus Nutzersicht erörtert (unten (b)). Dabei sind jeweils die noch nicht akzeptierte Manuskriptversion („Preprint"), die akzeptierte Manuskriptversion und die Verlagsversion (jeweils „Postprints") zu unterscheiden: Die akzeptierte Manuskriptversion hat bereits ein Peer-Review durchlaufen und die Verlagsversion ist die exakte Kopie (typischerweise eine PDF-Datei) des nach Lektorat und Layout endgültigen Artikels.[752]

(a) Angebot

Ob Autoren ihren Aufsatz selbstarchivieren, hängt davon ab, ob sie es rechtlich dürfen und tatsächlich tun.

(aa) Zweitveröffentlichungsrecht

Hinsichtlich des Zweitveröffentlichungsrechts ist zwischen Preprints (unten [1]) und Postprints (unten [2]) zu unterscheiden.

[1] Preprints

Preprints dürfen – solange der Autor noch ausschließlicher Rechtsinhaber ist – stets frei zugänglich selbstarchiviert werden. Das französische Recht stellt dies sogar ausdrücklich klar.[753] Fraglich ist allein, ob der Verleger einen bereits vom Autor „zweitveröffentlichten" Beitrag überhaupt noch „erstveröffentlicht". Laut Datenbank RoMEO sind dazu aktuell 42 % der Verleger bereit.[754] Ein anderes Bild ergibt sich, wenn man nicht auf die Verlage, sondern auf die Artikel abstellt. Einer aktuellen Studie zufolge dürfen von den über 1,1 Mio. Aufsätzen, die 2010 in den Zeitschriften der 100 größten Verlage publiziert wurden, 82,5 % als Preprints auf der eige-

752 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 238 (2014).

753 Art. L. 122-7-1 CPI („L'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues").

754 Vgl. http://www.sherpa.ac.uk/romeo/statistics.php?la=en&fIDnum=|&mode=simple (zuletzt besucht am 20.12.2015); siehe auch *Dillaerts*, S. 141; *Sandberger*, ZUM 2013, 466, 467; *Bajon*, S. 92.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nen Internetseite, in einem institutionellen (z.B. MPG.PuRe[755]) oder in einem disziplinären (z.B. arXiv[756]) Repositorium selbstarchiviert werden.[757]

[2] Postprints

Bei Postprints kommt es darauf an, was die Parteien vereinbart haben. Nach deutschem Recht bilden die Urheberpersönlichkeitsrechte und Verwertungsrechte ein einheitliches Urheberrecht, das nicht übertragen werden kann (§ 29 Abs. 1 UrhG) (sog. Monismus)[758]. Freilich kann der Autor dem Verleger das einfache oder ausschließliche Recht einräumen, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu verwerten (§§ 29 Abs. 2, 31 Abs. 1 UrhG). Nach französischem Recht sind die *droits moraux* und *droit patrimoniaux* getrennte Rechte (sog. Dualismus). Während die *droits moraux* ebenfalls unveräußerlich sind (Art. L. 121-1 Abs. 3 CPI[759]), kann der Autor dem Verleger einzelne oder alle *droits patrimoniaux* übertragen (Art. L. 122-7 Abs. 1[760], L. 131-4 Abs. 1 S. 1 CPI[761]) bzw. ihm eine einfache oder ausschließliche Lizenz[762] erteilen.[763] Zwar geht der französische Gesetzgeber davon aus, dass der Verlagsvertrag (stets) die Übertragung

755 So die Bezeichnung des Publikationsrepositoriums der Max-Planck-Gesellschaft, siehe http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

756 Das von der Cornell University Library betriebene Repositorium enthält Preprints aus den Disziplinen Physik, Mathematik, Informatik, quantitative Biologie, Finanzmathematik und Statistik, siehe http://arxiv.org/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

757 *Laakso*, Scientometrics 2013, DOI: 10.1007/s11192-013-1205-3, S. 12 u. 14.

758 Zum deutschen Monismus und französischen Dualismus siehe bereits 1. Kapitel A. I. 3.

759 „Il est […] inaliénable […]."

760 „Le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles […]."

761 „La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle."

762 Die Lizenz ist im französischen Urheberrecht zwar nicht gesetzlich geregelt, aber in praxi natürlich anerkannt, *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 298; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 821; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 630. Zur einfachen und ausschließlichen Lizenz *Boisson*, Rdnr. 358; *Abello*, Rdnr. 561.

763 Zur Abgrenzung von Übertragung und Lizenzierung *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, § 1 D. I.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

beinhaltet (Art. L. 132-1 CPI[764]).[765] Allerdings gilt die Ausschließlichkeit des übertragenen Verwertungsrechts nur, soweit nichts anderes vereinbart ist (Art. L. 132-8 Abs. 1 CPI[766]). Haben die Parteien die „Übertragung" ohne Ausschließlichkeit vereinbart, ist der Verleger einem (einfachen) Lizenznehmer gleichgestellt.[767] Grundsätzlich können sich die Autoren also sowohl nach deutschem[768], als auch französischem Recht[769] ein Open-Access-Zweitveröffentlichungsrecht vorbehalten, entweder indem sie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) – in Frankreich ein unbenannter Fall des Darbietungsrechts *(droit de représentation)* (Art. L. 122-2 CPI[770])[771] – überhaupt nicht einräumen/übertragen; oder indem sie dem Verleger lediglich eine einfache Lizenz zur öffentlichen Zugänglichmachung erteilen.

Praktisch lassen sich die Verleger aber alle Nutzungsrechte ausschließlich einräumen bzw. alle *droits patrimoniaux* zu ihrer ausschließlichen Nutzung übertragen.[772] Meistens erhalten die Autoren dafür noch nicht

764 „Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur […] ou ses ayants droit cèdent […] le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre […].".

765 *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 429; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 718; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 710; *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 792.

766 „L'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention contraire, exclusif du droit cédé."

767 *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 436 („[S]i le droit n'est pas cédé à titre exclusif, il faut considérer que le contrat s'apparente à une licence"); *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 815 („Or, en prévoyant la possibilité de la cession non exclusive d'un droit, il semble que cette disposition évoque davantage une licence, non exclusive de surcroît"); *Boisson*, Rdnr. 417.

768 *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 149; *Bäuerle*, S. 6; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, S. 16.

769 *Benabou*, Hermès 57 (2010), 95, 103.

770 „La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque."

771 *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 316; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 527; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 309; *Linant de Bellefonds*, Rdnr. 427.

772 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638; *Bäuerle*, S. 6; *CNRS*, Avis sur les relations entre chercheurs et maisons d'édition scientifique, S. 1; *Dillaerts*, S. 155; *Chanier*, S. 50; *Ginsburg*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 714; *Steinhauer*, Bibliotheksdienst 2006, 734, 735; *Bajon*, S. 91.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einmal eine Vergütung.[773] Die Einräumung/Übertragung aller Rechte an den Verleger ist der Preis, den die Autoren für ihr wissenschaftliches Fortkommen zahlen.[774] Da wissenschaftliche Publikationen aus Autorensicht nur sehr eingeschränkt substituierbar sind, tendiert die Preiselastizität gegen Null,[775] zumal die meisten Wissenschaftler ein Gehalt ihres öffentlich-rechtlichen Dienstherrn beziehen.[776] Damit geben die Autoren auch ihr Zweitveröffentlichungsrecht preis. Der deutsche Gesetzgeber hat reagiert, indem er zum 1. Januar 2014 mit § 38 Abs. 4 UrhG ein zwingendes Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Aufsätze eingeführt hat.[777] Danach hat der Autor eines wissenschaftlichen Beitrages, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das unabdingbare Recht, den Beitrag nach Ablauf von 12 Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffent-

---

773 *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 184; *ders.*, in: *Torremans*, Copyright Law, S. 326; *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 145; *CNRS*, Avis sur les relations entre chercheurs et maisons d'édition scientifique, S. 1; *Chanier*, Archives ouvertes et publication scientifique, S. 50; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 144; *Dillaerts*, S. 145; *Bajon*, S. 95; *Peifer*, NJW 2014, 6, 11; *Eger*, S. 131; *Kerber*, ZGE 2013, 245, 269; *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 148.

774 *Ginsburg*, in: *Loewenheim*, FS Nordemann, S. 714; *Bajon*, S. 94; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, S. 17; *Eger*, S. 132.

775 *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 146; *Bajon*, S. 93 f.; siehe auch *Hilty*, GRUR 2009, 633, 635; *ders.*, Propr. intell. 15 (2005), 140, 143; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 122; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 315.

776 *Hilty*, 53 JCSUSA 103, 122 (2006); *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 145; *Dillaerts*, S. 155; s. auch *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum, S. 148.

777 Zu § 38 Abs. 4 UrhG siehe den Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423; die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses v. 26.6.2013, BT-Drs. 17/14194 u. BT-Drs. 17/14217; das Plenarprotokoll v. 27.6.2013, BT-PlPr. 17/250, S. 32442 ff.; den Beschluss des Bundesrates v. 20.9.2013, BR-Drs. 643/13; *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 4 ff.; *Krings/Hentsch*, ZUM 2013, 909 ff.; *Sandberger*, ZUM 2013, 466 ff.; *Sprang*, ZUM 2013, 461 ff.; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 893; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 481 ff.; *Peifer*, NJW 2014, 6, 10 ff. Zu den in der Literatur unterbreiteten Vorschlägen im Vorfeld siehe *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2009, 799 ff.; *Krujatz*, S. 279 ff.; *Lutz*, S. 227 ff.; *Hirschfelder*, Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, S. 144 ff.; *ders.*, MMR 2009, 444 ff.; *Heckmann/Weber*, GRUR Int. 2006, 995 ff.; *Steinhauer*, Bibliotheksdienst 2006, 734 ff..

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Das französische Recht kennt keine vergleichbare Regelung, wohl deshalb, weil die meisten Verlage ohnehin eine Selbstarchivierung wissenschaftlicher Artikel zulassen.[778] Laut Datenbank RoMEO sind dies weltweit derzeit 69 %; zählt man die Preprints hinzu, erlauben sogar 76 % der Verleger eine Selbstarchivierung.[779] Ein ähnliches Bild ergibt sich, wenn man nicht auf die Verlage, sondern auf die Artikel abstellt. Einer aktuellen Studie zufolge dürfen von den über 1,1 Mio. Artikeln, die 2010 in den Zeitschriften der 100 größten Verlage erstveröffentlicht wurden, 81,3 % als akzeptierte Manuskriptversion zweitveröffentlicht werden: 64,6 % ohne Wartefrist, 3,4 % nach sechs Monaten, 11,2 % nach 12 Monaten und 1,8 % nach 18 Monaten und 0,3 % nach zwei Jahren.[780] Allerdings dürfen nur 11,4 % der Artikel (9,3 % sofort, 0,8 % nach sechs Monaten, 1,3 % nach einem Jahr) als Verlagsversion selbstarchiviert werden; 88,6 % der Verleger verbieten die Zweitveröffentlichung ihrer Version.[781] Postprints können also ganz überwiegend nur als akzeptierte Manuskriptversion in das Internet gestellt werden.[782] So dürfen etwa die in den STM-Journals von Wiley[783] und den Zeitschriften von Springer[784] erstveröffentlichten Artikel nach 12 Monaten als Manuskriptversion zweitveröffentlicht werden. Auch die von Elsevier erstveröffentlichten Artikel können nach einer Wartezeit von überwiegend 12 bis 24 Monaten als Manuskriptversion frei zugänglich gemacht werden.[785] Im Regelfall dürfen wissenschaftliche Autoren damit ihre Aufsätze zweitveröffentlichen – wenn auch nur als akzeptierte Manuskriptversion und erst nach einer Wartefrist.

778 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 6; *Lutz*, S. 203.

779 Siehe http://www.sherpa.ac.uk/romeo/statistics.php?la=en&fIDnum=|&mode=simple (zuletzt besucht am 20.12.2015); siehe auch *Dillaerts*, S. 141; *Sandberger*, ZUM 2013, 466, 467; *Bajon*, S. 92.

780 *Laakso*, Scientometrics 2013, DOI: 10.1007/s11192-013-1205-3, S. 12 u. 14.

781 *Laakso*, Scientometrics 2013, DOI: 10.1007/s11192-013-1205-3, S. 12 u. 14.

782 *Lutz*, S. 203; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 482.

783 Siehe http://olabout.wiley.com/WileyCDA/Section/id-817011.html (zuletzt besucht am 20.12.2015).

784 Siehe http://www.springer.com/gp/open-access/authors-rights/self-archiving-policy/2124 (zuletzt besucht am 20.12.2015).

785 Vgl. http://www.elsevier.com/embargoperiodlist (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(bb) Gebrauch des Zweitveröffentlichungsrechts

Allerdings machen nur relativ wenige Autoren von ihrem Zweitveröffentlichungsrecht Gebrauch.[786] Nach einer Studie aus 2010 wurden von den 2008 in Subskriptionszeitschriften erstveröffentlichten Aufsätzen lediglich 11,9 % in irgendeiner Weise frei zugänglich zweitveröffentlicht.[787] Eine jüngste Schätzung geht ebenfalls von ca. 12 % aus.[788] Im Rahmen der PEER-Studie entschieden sich sogar weniger als 2 % der Autoren für eine Open-Access-Zweitveröffentlichung.[789] Die Zurückhaltung der Autoren hat verschiedene Gründe: Erstens ziehen Autoren die direkte Verbreitung eines Artikels unter Kollegen der indirekten Verbreitung durch eine frei zugängliche Zweitveröffentlichung vor.[790] Zweitens möchten Autoren möglichst mit der Verlagsversion zitiert werden.[791] Denn nur die Zitierung der Verlagsversion trägt zum Impact Factor der Zeitschrift und damit ihres Artikels bei; die Zitierung einer Manuskriptversion bleibt bei der Bestimmung außen vor.[792] Wie gezeigt ist die Open-Access-Zweitveröffentlichung zumeist aber nur als Manuskriptversion zulässig. Drittens befürchten manche Autoren, dass ihr Werk, wenn es auf einen „chaotischen" offenen Markt gestoßen und plötzlich von jedermann frei zugänglich ist, nicht mehr die Exklusivität der Subskriptionszeitschrift genießt:[793] während der offene Zugang in der Recherche- und Herstellungsphase hoch geschätzt wird, sieht man sein fertiges Produkt unverändert am liebsten in einer Verlagsdatenbank, die weiterhin das größte Renommee verspricht;[794] die Zurückhaltung beruht also auch auf einer gewissen Eitelkeit.[795] Viertens ist die Wissenschaftsgemeinde tendenziell konservativ im Hinblick auf ein

786 *Denicola*, 85 Neb. L. Rev. 351, 364 (2006); *Ware/Mabe*, S. 68.
787 *Björk/Paetau*, 38 BASIST 39, 41 (2012); *Björk/Welling/Laakso/Majlender/Hedlund/Guðnason*, PLoS ONE 5(6) e11271 (2010), S. 6; *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 242 (2014); *Dillaerts*, S. 154.
788 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 248 (2014); *Laakso*, Scientometrics 2013, DOI: 10.1007/s11192-013-1205-3, S. 2.
789 *Wallace*, S. 13.
790 *Morris*, S. 6; *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 241 (2014).
791 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 64 f.; *Morris*, S. 6 f.; *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 241 (2014).
792 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 65.
793 *Bramble*, 20 Harv. J. L. & Tech. 209, 220 (2006).
794 *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 151.
795 *Rieble*, S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

funktionierendes, auch Elite signalisierendes Publikationswesen:[796] so werden zwar Schwächen bei der Publikationsgeschwindigkeit, dem Peer-Review und den hohen Subskriptionspreisen gesehen; bei der Frage, wie Forschung verbreitet und publiziert werden soll, werden aber keine wesentlichen Änderungen gewünscht.[797]

(b) Substituierbarkeit

Aufgrund des beschränkten Angebotes können von vornherein nur wenige Artikel in Subskriptionszeitschriften – eben ca. 12 % – durch Open-Access-Zweitveröffentlichungen aus Nutzersicht ersetzt werden. Für die Substituierbarkeit ist aber nicht nur maßgeblich, dass der Aufsatz überhaupt selbstarchiviert wird, sondern auch in welcher Form, zu welchem Zeitpunkt und für welchen Zeitraum.[798]

Zunächst ist von Bedeutung, in welcher Form die Open-Access-Zweitveröffentlichung erfolgt. Die Verlagsversion ist stets, die Manuskriptversion nur bedingt mit dem Qualitätssiegel der Erstveröffentlichung versehen: Während bei einer akzeptierten Manuskriptversion die stets zulässige bzw. nach § 38 Abs. 4 S. 2 UrhG sogar vorgeschriebene Quellenangabe der Erstveröffentlichung belegt, dass das wissenschaftliche Werk mit der Aufnahme in die Subskriptionszeitschrift einem Peer-Review standgehalten hat,[799] fehlt eine solche Qualitätskontrolle bei einer noch nicht akzeptierten Manuskriptversion, dem Preprint. Preprints gelten daher aus Nutzersicht als nicht gleichwertig.[800] Noch wichtiger dürfte aber die Zitierfähigkeit sein. Denn verwenden die Wissenschaftler Informationen, ohne der gebräuchlichen Zitierkultur zu entsprechen, verstoßen sie nicht nur gegen

796 *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 151; *ders.*, in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Kommunikationsverhalten der Nutzer, S. 147; *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 76 („Academic researchers have a conservative set of attitudes, perceptions and behaviours towards the scholarly communication system and do not desire fundamental changes in the way research is currently disseminated and published"); *Herb*, S. 81.

797 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 76.

798 *Dillaerts*, S. 149 f.

799 *Krujatz*, S. 272.

800 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 20 („A great majority of participants recognised that they would not trust a repository version of an article as much as the published article itself").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wissenschaftsethische Regeln, sondern unter Umständen auch gegen das Urheberrecht.[801] So erfolgen Zitierungen häufig mit Seitenangaben; dazu ist aber zumindest eine identische Paginierung erforderlich.[802] Zudem verlangen Verleger für die Erstveröffentlichung in einer Subskriptionszeitschrift oft die Zitierung der Verlagsversion.[803] Da überrascht es nicht, dass 80 % der befragten Wissenschaftler nur die Verlagsversion zitieren möchten,[804] und Manuskriptversionen allgemein als nicht zitierfähig gelten.[805] Ein ähnliches Bild hat eine Befragung unter Bibliotheken ergeben, die die Nachfrage der Wissenschaftler bündeln. 97 % der befragten Bibliotheken betrachten die selbstarchivierte Verlagsversion als substitutionsfähig, aber nur 39 % die akzeptierte Manuskriptversion und lediglich 9 % ein Preprint.[806] Insgesamt sind Verlags- und Manuskriptversion damit aus Nutzersicht kaum austauschbar.[807]

Problematisch ist weiter der zeitlich verzögerte Zugang zu Werken, die im Zeitpunkt der Erstveröffentlichung aktuell sind, aber danach schnell veralten; in der Wissenschaft, zumindest in jenen Disziplinen, die auf Innovation gerichtet ist, ist die Zeit der alles entscheidende Faktor.[808] Deshalb müssen die Wartefristen sehr kurz sein, um in zeitlicher Hinsicht eine Substitution zu ermöglichen.[809] Einer Studie zufolge verlangen 82 % der befragten Bibliotheken für eine Substitution eine Wartefrist von höchstens drei Monaten. [810] Dabei variierten die Angaben je nach Disziplin: für STM-Journals sind Wartezeiten weniger akzeptabel als für Zeitschriften

801 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 15.
802 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 238 (2014); *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 24.
803 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 238 (2014); *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 24.
804 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 22.
805 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 68; *Hansen*, GRUR Int. 2009, 799, 803, Fn. 34; *Lutz*, S. 205; *Steinhauer*, Bibliotheksdienst 2006, 734, 739; *Heckmann/Weber*, GRUR Int. 2006, 995, 999; *Peifer*, NJW 2014, 6, 11.
806 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006).
807 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 238 (2014); *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006); *Dillaerts*, S. 157; *Lutz*, S. 203 f.; *Krujatz*, S. 272 u. 285; *Steinhauer*, Bibliotheksdienst 2006, 734, 735; *Heckmann/Weber*, GRUR Int. 2006, 995, 999; wohl auch *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 482.
808 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 7; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2009, 135, 140; *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 822.
809 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006).
810 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anderer Disziplinen.[811] So ist etwa die oft geforderte, relativ kurze Frist von sechs Monaten, erst recht aber die in § 38 Abs. 4 UrhG vorgesehene Frist von 12 Monaten für die medizinische Forschung bei weitem zu lange.[812] Kein Wissenschaftler wird warten, bis ein neuer Beitrag mit aktuellsten Forschungsergebnissen kostenlos als Open-Access-Zweitveröffentlichung verfügbar ist – bei vielen Gebieten der Grundlagenforschung zählen Tage.[813]

Ein wichtiges Kriterium ist schließlich die Langzeitverfügbarkeit des Artikels. Einer Studie zufolge sind Artikel, die auf der Lehrstuhl- oder der eigenen Internetseite selbstarchiviert werden, am wenigsten beständig; drei Jahre später waren nur noch 56 % der Hyperlinks aktiv.[814] Zwar konnten 80 % der in institutionellen und 95 % der in disziplinären Repositorien archivierten Artikel wiedergefunden werden.[815] Dennoch wird in der lückenhaften Langzeitverfügbarkeit ein wichtiges Hindernis für die Substituierbarkeit gesehen.[816]

(c) Zwischenergebnis

Mithin ist der einzelne Artikel einer Subskriptionszeitschrift in aller Regel nicht durch die zeitlich verzögerte frei zugängliche Manuskriptversion aus Nutzersicht substituierbar.[817] Damit lässt sich auch die vergleichsweise liberale Haltung der meisten Verleger gegenüber der Zweitveröffentlichung erklären: Ganz offensichtlich fürchten sie keine „Konkurrenz“ durch eine Open-Access-Zweitveröffentlichung.[818] Erst recht nicht austauschbar sind die den einzelnen Artikel enthaltenen Subskriptionszeitschriften und

811 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006); siehe auch *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 18.
812 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 7.
813 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 7.
814 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 245 (2014).
815 *Björk/Laakso/Welling/Paetau*, 65 JASIST 237, 246 (2014).
816 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006).
817 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 19 („[D]ie Wissenschaftseinrichtungen werden so oder anders nicht umhin kommen, die Zugangsrechte zu der betreffenden Information (auch bei überzogenen Preisen) zu erwerben, wenn sie nicht riskieren wollen, dass ihre Forscher im Vergleich zu jenen von Konkurrenzeinrichtungen marginalisiert werden“); *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 822.
818 *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 6; *Sandberger*, ZUM 2006, 818, 822.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Open-Access-Repositorien.[819] Hier stellt sich das Problem der fehlenden Vollständigkeit des online verfügbaren Inhalts.[820] So würden 76 % der befragten Bibliotheken das Abonnement einer Zeitschrift erst abbestellen, wenn das Repositorium über 90 % des Inhalts der Zeitschrift enthielte; für knapp die Hälfte (48 %) müsste das Repositorium sogar 100 % der Zeitschrift aufweisen.[821] Damit ist die Open-Access-Zweitveröffentlichung eher ein komplementäres Gut.[822] Im Ergebnis hat der „Green Open Access" zur Lösung der Zeitschriftenkrise wenig beigetragen[823] und wird auch weiterhin kaum Abhilfe schaffen[824].

(3) Zweitverwertung

Wenn wissenschaftliche Artikel durch Open-Access-Zweitveröffentlichungen kaum substituiert werden *können* und durch öffentlich verfügbare Kopien kaum substituiert werden *dürfen*, stellt sich die Frage nach der Austauschbarkeit mit zweitverwerteten Aufsätzen. Anders als bei einer Kopie des Artikels wird durch eine Zweitverwertung nicht das Produkt, sondern *allein* das Werk genutzt, und durch diese Nutzung eine Substitution ermöglicht. So sind die in verschiedenen Zeitschriften erschienenen Artikel ein und desselben Aufsatzes, z.B. Fichtes „Beweis der Unrechtmäßigkeit

819 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 229 (2006); *Dillaerts*, S. 149.
820 *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2009, 135, 140.
821 *Ware*, 19 Learned Publishing 226, 228 (2006).
822 *Fry/Probets/Creaser/Greenwood/Spezi/Whitery*, S. 76; *Krujatz*, S. 61.
823 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 638 („So sehr diese Überlegungen in der Fachwelt zu Reden geben, […] so wenig durchschlagend sind bei nüchterner Betrachtung bis heute die Erfolge"); *Hilty et al.*, Stellungnahme BMJ, S. 9; *Hilty/Klass*, S. 15; *Dillaerts*, S. 37 („La voie d'Or n'a pas réellement réussi à percer autant en France que la voie Verte"); *Boni*, Leviathan 2010, 293, 309 („Open-access hat bisher die Strukturen auf dem Markt vor allem der durch ein quasi natürliches Monopol geschützten traditionell hoch reputierlichen STM-Zeitschriften nicht aufbrechen können. Eine spürbare und dauerhafte preisliche Entlastung ist nicht eingetreten"); *Krujatz*, S. 62.
824 Vgl. *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 261; *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 303; *Peifer*, NJW 2014, 6, 11; *Heckmann/Weber*, GRUR Int. 2006, 995, 1000; *Peukert*, JIPITEC 4 (2013), 142, 151; *ders.*, in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Kommunikationsverhalten der Nutzer, S. 148; *Bäuerle*, S. 7; *Egloff*, sic! 2007, 705, 712; *Steinhauer*, Das Recht auf Sichtbarkeit, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des Büchernachdrucks“ in der Berlinischen Monatsschrift, Band 21 (1793), S. 443-483, und der UFITA, Band 106 (1987), S. 155-172, natürlich austauschbar. Ebenso substituierbar sind die Parallelveröffentlichungen ein und derselben Gerichtsentscheidung in verschiedenen Fachzeitschriften.[825] Rechtstatsächlich ist die Zweitverwertung wissenschaftlicher Aufsätze hingegen der absolute Ausnahmefall. Theoretisch besitzen die Autoren zwar ein Zweitverwertungsrecht – ebenso wie ein Zweitveröffentlichungsrecht –, weil ihnen ursprünglich alle Rechte ausschließlich zustehen. Praktisch verzichten sie aber auf dieses Recht, indem sie den Verlegern alle Nutzungsrechte *ausschließlich* einräumen bzw. ihnen alle *droits patrimoniaux* zu ihrer ausschließlichen Nutzung abtreten.[826] Die bereits dargestellten geltenden Wissenschaftsschranken der §§ 52a, 52b, 53a UrhG bzw. Art. L. 122-5 Nr. 3 lit. e, Nr. 8 Alt. 2 CPI scheiden aus, da sie eine Nutzung zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke voraussetzen, also eine Zweitverwertung gerade nicht erlauben. Die Schutzausnahme des § 5 Abs. 1 und 2 UrhG gilt nur für amtliche Werke einschließlich Gerichtsentscheidungen. Damit erlaubt einzig der Ablauf der Schutzfrist – wie bei Fichtes „Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks“ – eine Zweitverwertung wissenschaftlicher Aufsätze gegen den Willen des Rechtsinhabers. Eine Zwangslizenz für wissenschaftliche Aufsätze ist dem geltenden deutschen und französischen Urheberrecht unbekannt.

(4) Zwischenergebnis

Die in Subskriptionszeitschriften erschienenen wissenschaftlichen Artikel können durch öffentlich verfügbare Kopien, Open-Access-Zweitveröffentlichungen und Zweitverwertungen kaum substituiert werden. Damit kann der wissenschaftliche Aufsatz nur sehr eingeschränkt von einer zweiten

825 Vgl. etwa EuGH NJW 2012, 2565 – „UsedSoft GmbH/Oracle International Corp. “ = GRUR 2012, 904 = GRUR Int. 2012, 759 = JZ 2013, 37 = ZUM 2012, 661 = CR 2012, 498 = MMR 2012, 586 = K&R 2012, 493 etc.

826 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (a) (aa) [2].

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Quelle bezogen werden. Die Subskriptionszeitschrift ist dann die einzige Quelle *(sole source)*[827] und der Artikel quasi-monopolisiert.[828]

dd) Preiselastizität

Die Quasi-Monopolisierung wissenschaftlicher Artikel allein führt noch nicht zu den eingangs dargestellten außergewöhnlichen Preissteigerungen und Umsatzrenditen.[829] Maßgeblich ist die Preissetzungsmacht des Wissenschaftsverlegers. Freilich ist diese in einem Quasi-Monopol allgemein[830] – und so auch hier[831] – erheblich. Von Bedeutung ist aber letztlich, wie sehr die Nachfrage auf den wissenschaftlichen Artikel bzw. die Zeitschrift oder Datenbank, in der er enthalten ist, angewiesen ist. Je geringer die Abhängigkeit, desto eher wird die Nachfrage auf die Nutzung verzichten und desto elastischer wird sie auf Preisänderungen reagieren.[832]

Die Preiselastizität ist zunächst schon deshalb gering, weil regelmäßig nicht der Wissenschaftler, sondern die Bibliothek die Zeitschrift bzw. Datenbank bezieht und die Wissenschaftler von Preissteigerungen unmittelbar nicht betroffen sind.[833] Während die Wissenschaftler aber auf Biblio-

827 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 636 u. 639 (speziell zu *e-only*-Zeitschriften); *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 122 u. 126 (speziell zu *e-only*-Zeitschriften); *ders.*, in: *Bartsch/Briner*, DGRI Jahrbuch, S. 13; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 314 (speziell zu *e-only*-Zeitschriften).

828 *House of Commons*, S. 10 („The publisher therefore becomes the monopoly supplier of the articles published"); *Engel*, 160 JITE 35, 36 (2004) („Vis-à-vis the reader, each individual article is a monopoly product"); *Bajon*, S. 76 („Die Position wissenschaftlicher Verlage nähert sich bezüglich der von ihnen publizierten Beiträge einer Monopolstellung an"); siehe auch *Hilty/Seemann*, S. 75 f.; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 142; *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2009, 135, 139; *Boni*, Leviathan 2010, 293, 308 f.; *Brintzinger*, Leviathan 2010, 331, 334.

829 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 635; S. 121; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 121.

830 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).

831 Vgl. *House of Commons*, S. 10.

832 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).

833 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 32 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer"; *House of Commons*, S. 10; damit stellt der Etat der Bibliothek bzw. Forschungseinrichtung aus Sicht der Wissenschaftler ein Allmende-Gut dar, *Brintzinger*, Leviathan 2010, 331, 334; siehe auch *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 182.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

theken ausweichen können, bleibt diesen nur die Kündigung des Abonnements.[834] Hinzu kommt, dass Bibliotheken an einem möglichst vollständigen Archivbestand interessiert sind und einen durchgängigen Bezug anstreben.[835] Das gilt erst recht für *e-only*-Abonnements. Konnte das Print-Abo nämlich auch einmal vorübergehend eingestellt bzw. zumindest mit einer Kündigung gedroht werden, weil die bis dahin angeschafften Ausgaben im Regal blieben, ist die Situation bei *e-only*-Zeitschriften eine andere: Wenn ein *e-only*-Abonnement gekündigt wird, entfallen nicht nur die neuen Ausgaben; es fehlen auch die alten Zeitschriftenbände im Regal.[836]

Allerdings bestehen aus Sicht der Bibliotheken Unterschiede zwischen unerlässlichen *("must have" journals)* und weniger wichtigen Zeitschriften.[837] So treffen die Bibliotheken ihre Entscheidung, welche Zeitschrift sie abonnieren und welche nicht, nach einer Kosten-Nutzen-Analyse. Dazu ranken sie die Zeitschriften einer Subdisziplin nach ihrem aggregierten Nutzen bis zur für die Subdisziplin geltenden Budgetgrenze.[838] Die hoch gerankten *"must have" journals* sind die von den Wissenschaftlern einer (Sub-)Disziplin am meisten gelesenen Zeitschriften.[839] Als solche sind sie nahezu vollkommen preisunelastisch: Preissteigerungen führen hier regelmäßig nicht zu deren Abbestellung und zur Bestellung „ähnlicher", aber preiswerterer Zeitschriften, sondern zur Kündigung der niedrig gerankten Titel.[840]

834 *Meier*, S. 95.

835 *Meier*, S. 95.

836 *Drexl*, Copyright, Competition and Development, S. 78; *House of Commons*, S. 33 f. („[I]f you subscribe to an electronic version of that journal only and cease to subscribe, almost always you lost access to everything that you have paid for in the past"); siehe auch *Drexl*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s), S. 76.

837 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 30 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer".

838 *McCabe*, 92 Am. Econ. Rev. 259, 261 (2002).

839 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 30 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer".

840 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 32 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer"; *McCabe*, 92 Am. Econ. Rev. 259, 261 (2002); speziell zu den Elsevier-Zeitschriften *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 183 („Ohne die führenden Zeitschriften, welche von diesem international agierenden Verlag verlegt werden, könnten Forschungseinrichtungen wie eine Max-Planck-Gesellschaft die Türen gleich schließen").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Freilich kann ein und dieselbe Zeitschrift für die eine Bibliothek unverzichtbar, für die andere weniger wichtig sein; der „Must-have"-Charakter hängt vom Profil der jeweiligen Bibliothek ab.[841] Wohl deshalb schnüren einige Wissenschaftsverlage – allen voran die STM-Marktführer[842] Elsevier, Wiley-Blackwell und Springer – stark und wenig nachgefragte Titel zu Abonnement-Paketen mit einer Laufzeit von üblicherweise drei Jahren zusammen.[843] Für die Bibliotheken liegt der Vorteil von Subskriptionsportfolios in der Sicherheit gegen unerwartete Preisänderungen und der leichteren verwaltungstechnischen Handhabung.[844] Außerdem entgehen sie so prohibitiven Kosten für Einzelabonnements.[845] Die Kehrseite der Medaille ist, dass an sich preiselastische Zeitschriften im Bündel mit *"must have" journals* ebenfalls unelastisch werden; das Bündel ist deutlich preisunelastischer als die Einzelabonnements.[846] Zugleich fällt ein wesentliches Druckmittel der Bibliotheken in Form von Abonnementkündigungen weg.[847]

Im Ergebnis ist die Preiselastizität der die Artikel enthaltenen Zeitschriften damit insgesamt sehr gering.[848]

---

841 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 33 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer".

842 So betrugen nach Angaben von Springer die STM-Marktanteile, gemessen an der Zahl der Zeitschriftenartikel, 2010 jeweils 26 % (Elsevier), 12 % (Wiley-Blackwell) und 11 % (Springer), siehe http://www.stm-assoc.org/2010_08_03_Springer_EBooks_Madrid_17_June_2010.pdf (zuletzt besucht am 20.12.2015).

843 *Boni*, Leviathan 2010, 293, 297; *Meier*, S. 115; *House of Commons*, S. 32 ff.

844 *Meier*, S. 116.

845 *House of Commons*, S. 33 („Although it would theoretically be possible for libraries to subscribe individually to the ‚must-have titles' contained within the bundle, we suspect that the cost of doing so is prohibitive, even where the library decides not to subscribe to the majority of lower-impact journals within the bundle").

846 *Meier*, S. 116.

847 *Meier*, S. 116.

848 Kommission, Entsch. v. 29.7.2003, COMP/M.3197, Rdnr. 32 – „Candover/Cinven/Bertelsmann/Springer" („This characteristic leads to a significant inelasticity of demand. The market investigation confirmed that due to this feature of the market and the fact that the researchers, as final consumers, are normally not the customers paying for the subscriptions, competition in the market for academic publishing is perceived not to be on price but on quality"); Entsch. v. 15.2.1999, IV/M.1377, Rdnr. 10 – „Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer" („Deswegen werden Abnehmer im Falle einer Preiserhöhung nicht die eine Veröffentlichung gegen eine andere, ein anderes Thema betreffende aus-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ee) Zwischenergebnis

Wissenschaftliche Artikel bilden eigene, atomistische „Märkte", weil die *Aufsätze* (aus Nutzersicht) und deren Veröffentlichung in Subskriptionszeitschriften (aus Autorensicht) kaum substituiert werden *können*. Die so als *Artikel* vermarkteten Aufsätze sind quasi-monopolisiert, weil sie durch Kopien, Open-Access-Zweitveröffentlichungen und Zweitverwertungen nicht substituiert werden *dürfen*. Hinzu tritt eine sehr geringe Preiselastizität. Damit verfügen die Rechtsinhaber regelmäßig über eine quasi-monopolistische Preissetzungsmacht. Die Folge sind Preissteigerungen und Abbestellungen ganzer Zeitschriftenabonnements (sog. Zeitschriftenkrise). Bisherige Lösungsansätze, namentlich der „Golden" und der „Green Open Access" haben kaum Abhilfe geschaffen.

b) Bewertung

Das Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung zu verbieten eine gleichartig-konkurrierende Verwertung zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei statischer Betrachtung stets ineffizient.[849] Hier wiegen die Effizienznachteile aber besonders schwer. Nicht nur verfügen Wissenschaftsverleger über eine quasi-monopolistische Preissetzungsmacht, sodass die Konsumentenrente *deutlich* stärker sinkt als die Produzentenrente steigt.[850] Auch bewirkt das Ausschließlichkeitsrecht letzten Endes keine konsumtive, sondern eine *kreative* Unternutzung. Damit sind *zusätzliche* Effizienznachteile verbunden, weil Wissenschaftler Zugang zum vorhandenen Wissen benötigen, um neues Wissen zu schaffen,[851] und ein versperrter Zugang die Schaffung neuen Wissens, mithin den wissenschaftlichen Fortschritt behindert.[852] Diese Effizienznachteile

---

tauschen"); *House of Commons*, S. 12; *Farchy/Froissart*, Hermès 57 (2010), 137, 146; *Meier*, S. 40 f.; *Gooden/Owen/Simon/Singlehurst*, S. 2; *CNRS*, Avis sur les relations entre chercheurs et maisons d'édition scientifique, S. 3.

849 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (c).

850 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).

851 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 13; *Kommission*, KOM(2007) 56 endg., S. 2 f.

852 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 12 f.; Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 9 („Nur wenn Forschungsergebnisse frei verfügbar sind, können sie Grundlage weiterer Forschungsaktivitäten sein und die damit verbunde-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich wäre, um Investitionen in die Schöpfung und Verbreitung neuer wissenschaftlicher Aufsätze zu ermöglichen.[853] An dieser Stelle ist streng zu unterscheiden zwischen dem Wissenschaftler, der den Aufsatz schöpft, und dem Verleger, der diesen verbreitet. Die wesentliche extrinsische Motivationsquelle des Wissenschaftlers ist nicht die Aussicht auf Gewinn, sondern Anerkennung, die er insbesondere durch Veröffentlichungen in Subskriptionszeitschriften mit einem hohen Impact Factor erzielt.[854] Damit ist das Ausschließlichkeitsrecht zwar eine „Währung", mit der er sich die Veröffentlichung des Aufsatzes als Artikel „erkaufen" kann – eine andere wird praktisch nicht akzeptiert.[855] Wenn diese „Währung" aber für *alle* Autoren gleichermaßen abgeschwächt, also beschränkt würde, erlitte er *relativ* gesehen – vorbehaltlich einer Beeinträchtigung seiner ideellen Interessen, die es außerökonomisch unstreitig zu schützen gilt – keinen wirklichen Nachteil. Allein der Verleger mag als homo oeconomicus ernstlich auf ein Ausschließlichkeitsrecht angewiesen sein. Allerdings benötigt er dieses nicht schon für den Aufsatz als solchen – er erhält die Nutzungsrechte zumeist kostenlos[856] –,[857] sondern allenfalls für seine Mehrwertleistungen, die ebenfalls den Charakter eines öffentlichen Gutes aufweisen, aber anders als der Aufsatz sehr wohl Investitionen erfordern:[858] inhaltsbezogene Mehrwertleistungen also, welche auf die inhaltliche Gestaltung des Aufsatzes direkt Einfluss nehmen, etwa Korrekturhinweise im Gange eines Peer-Reviews oder einer orthografischen Kontrolle;[859] und zertifizierende Mehrwertleistungen, namentlich das Peer-Review und das mit der Aufnahme in die Zeitschrift verbundene Re-

---

nen positiven gesamtwirtschaftlichen Effekte auslösen"); siehe auch *Drexl*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s), S. 74.

853 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. cc).

854 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) bb) (2).

855 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (a) (aa) [2].

856 Siehe bereits 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (a) (aa) [2].

857 *Kerber*, ZGE 2013, 245, 270; siehe auch *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 184.

858 *Krujatz*, S. 218. Dokumentenbezogene Mehrwertleistungen wie Druck, Bindung und das elektronische Aufbereiten eines Artikels, wie das Verlinken, erfordern keinen urheberrechtlichen Schutz, da hier kein Trittbrettfahrerverhalten droht, a.a.O., S. 223. Davon zu trennen ist die *Aggregation* der einzelnen Artikel in Datenbanken, die durchaus schutzbedürftig sein kann, aber eigenständig geschützt wird. Eingehend zur Kostenstruktur von Wissenschaftsverlagen *Dubini/di Trani/Micheli,* S. 39 ff.

859 *Krujatz*, S. 219.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nommee.[860] Da derart „veredelte" Aufsätze nicht nur aus Autorensicht,[861] sondern – wie der Vergleich Verlags- vs. Manuskriptversion gezeigt hat – auch aus Nutzersicht nur sehr eingeschränkt substituierbar sind,[862] mögen die entsprechenden Investitionen durchaus schutzwürdig sein.[863] Indes darf der Verleger unter Zugrundelegung des Ziels normativer Effizienz den Artikel bzw. die Zeitschrift, die diesen enthält, nur zu angemessenen Preisen verwerten, also zu Preisen, die für die Amortisation der genannten Investitionen – und nur für diese – erforderlich sind.[864] Das Ausschließlichkeitsrecht verleiht dem Wissenschaftsverleger aber regelmäßig eine quasi-monopolistische Preissetzungsmacht, von der er – wie eingangs dargelegt und unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells – auch Gebrauch macht. Die Quasi-Monopolpreise können nun auch nicht etwa damit gerechtfertigt werden, dass die Veröffentlichung eines Aufsatzes in einer wissenschaftlichen Zeitschrift mit einem Investitionsrisiko verbunden sei, mithin eine Quersubventionierung erfordere.[865] Denn die Aufsätze werden als Bestandteil einer Zeitschrift nachgefragt und ist die Nachfrage nach dieser – wenn denn die Preise nicht stetig weiter erhöht würden – mehr oder weniger konstant. Damit aber sind die Preise regelmäßig unangemessen, d.h. das Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung wissenschaftlicher Aufsätze zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei wertender Betrachtung im Regelfall ökonomisch ineffizient. Das Ausschließlichkeitsrecht ist also regelmäßig – vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen – normativ ineffizient und zu beschränken.[866]

Das Ergebnis dürfte kaum überraschen, da der Gesetzgeber das Problem bereits zu lösen versucht. Der deutsche Gesetzgeber verfolgt mit § 38

860 *Krujatz*, S. 219 f.
861 Siehe 1. Kapitel B. III. 1. a) bb).
862 Siehe 1. Kapitel B. III. 1. a) cc) (2) (b).
863 Vgl. *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 184; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 316.
864 Vgl. 1. Kapitel B. III. a.A.
865 Siehe 1. Kapitel B. III. a.A.
866 Vgl. *Hilty*, GRUR 2009, 633, 636 ff.; *ders.*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 123 ff.; *ders.*, in: *Ohly/Klippel*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 128 f.; *Hilty et al.*, IIC 2009, 309, 322; *Hilty/Seemann*, S. 91 ff.; *Hilty/Bajon*, ZfBB 2008, 257, 262; *Drexl*, in: *IRPI*, La propriété intellectuelle en question(s), S. 77; *Spindler*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 303 f.; *Engel*, 160 JITE 35, 37 (2004); *Kunz-Hallstein*, GRUR 2009, 135, 140; *Krujatz*, S. 279 f.; *Egloff*, sic! 2007, 705, 714.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 4 UrhG ausdrücklich das Ziel, die Zeitschriftenkrise zu lösen.[867] Auch die französische Regierung erkennt die Preissteigerungen als ein Problem an.[868] Nicht zuletzt wird die Zeitschriftenkrise von der Europäischen Kommission problematisiert.[869] Allerdings haben die bisherigen Lösungsansätze, namentlich der „Golden" und der mit § 38 Abs. 4 UrhG bezweckte „Green Open Access", wie gezeigt kaum Abhilfe geschaffen. Das Problem besteht fort und muss auf eine andere Art gelöst werden.

2. Sole-source-Datenbanken

Das geltende Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung von Sole-source-Datenbanken zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, bedingt eine Unternutzung (unten a)). Es ist normativ ineffizient und zu beschränken (unten b)).

---

867 Gesetzentwurf v. 8.5.2013, BT-Drs. 17/13423, S. 14 („Die Regelung zielt allein auf die so genannte Publikationskrise ab, die sich vor allem im Bereich der wissenschaftlichen Zeitschriften manifestiert"); siehe auch a.a.O., S. 9 („Soweit die Wissenschaftsverlage dabei über Inhalte verfügen, die für Wissenschaft und Forschung unverzichtbar sind, können für diese Inhalte praktisch beliebig hohe Preise verlangt werden. Dementsprechend sind besonders seit Mitte der 90er-Jahre die Preise für Zeitschriften in den Bereichen Naturwissenschaft, Technik und Medizin stark angestiegen, während die Etats der Bibliotheken stagnieren oder rückläufig sind").

868 Vgl. die Open-Access-Rede der Wissenschaftsministerin Geneviève Fioraso vom 24.1.2013 („Sur le plan économique, l'édition scientifique est un marché international. Il est caractérisé, depuis quinze ans, par un accroissement conséquent des prix pratiqués par les éditeurs. […] Mais je note aussi que, dans certains domaines scientifiques, les marges des principaux éditeurs atteignent un niveau impressionnant. Le risque est donc réel de voir les exigences financières prendre le pas sur les enjeux scientifiques"), abrufbar unter: http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid66992/discours-de-genevieve-fioraso-lors-des-5e-journees-open-access.html (zuletzt besucht am 20.12.2015).

869 *Kommission*, KOM(2007) 56 endg., S. 7 („In den letzten zwanzig Jahren sind die Kosten für das Abonnieren von wissenschaftlichen Zeitschriften durchschnittlich um mehr als die Inflationsrate gestiegen, gemäß einer Studie um 4,5% pro Jahr über der Inflationsrate. […] Das hat öffentlich getragene Bibliotheken, ihre Hauptkunden, vor finanzielle Probleme gestellt und in einigen Fällen zur Kündigung von Abonnements geführt").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Analyse

Information ist nicht substituierbar.[870] So kann etwa die Frage, wer bei der FIFA Fußball-Weltmeisterschaft 2014 den dritten Platz erzielte (Niederlande), nicht damit beantwortet werden, dass Argentinien Zweiter wurde. Damit ist eine bestimmte Information, die nur in einer einzigen Quelle („sole source") zugänglich ist, monopolisiert. Eine wichtige Informationsquelle sind Datenbanken, welche bestimmte Informationen nicht nur sammeln (dann bloßer „Datenhaufen")[871], sondern darüber hinaus systematisch oder methodisch anordnen.[872] Soweit nun der Datenbankhersteller zugleich der Produzent dieser Informationen oder dessen ausschließlicher Lizenznehmer ist (unten aa)) und die Datenbank sui-generis-geschützt ist (unten bb)), dürfen sie als wesentlicher, z.T. auch als unwesentlicher Teil der Datenbank – entgegen dem Grundsatz der Gemeinfreiheit von Information – nicht entnommen und in konkurrierende Datenbanken inkorporiert werden (unten cc)). Damit wird Information *indirekt* untergenutzt und monopolisiert.

aa) Sole-source-Daten

Zunächst darf das nicht-substituierbare Gut Information nur in einer einzigen Datenbank verfügbar sein („Sole-source-Daten").[873] Andernfalls kann es schon begrifflich nicht monopolisiert sein. Dazu muss der Datenbankhersteller entweder die Informationen selbst generiert oder ausschließlich

870 *Hilty*, Stellungnahme Rechtsausschuss, S. 13; *Hilty/Klass*, S. 1; *Bajon*, S. 75.

871 *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 22; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87a, Rdnr. 7; *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 24.

872 Vgl. Art. 1 Abs. 2 Datenbanken-RL; § 87a Abs. 1 S. 1 UrhG; Art. L. 112-3 Abs. 2 CPI („On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen").

873 *Derclaye*, IIC 2007, 275, 288; *Bartmann*, S. 114 f.; *Rieger*, S. 263; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 329 f.; *Beunen*, S. 233 f.; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 2354; *ders.*, IIC 2005, 592, 592; *Bensinger*, S. 254.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erworben haben.[874] Beispiele aus der Rechtsprechung sind die elektronischen Telefonbücher von DeTeMedien[875] und France Télécom[876]; hier waren die Daten entweder selbst generiert (France Télécom) oder ausschließlich lizenziert worden (von der Deutschen Telekom). Weitere Beispiele für vom Datenbankhersteller selbst generierte Daten sind Börsendaten, Wetterdaten, Flugdaten, Fernsehprogrammdaten, Wettkampfdaten von Sportveranstaltungen und öffentliche Registerdaten.[877] Keine Sole-source-Daten sind also Informationen, die zwar (bisher) nur in einer einzigen Datenbank enthalten sind, aber als „Datenhaufen" in einer anderen Quelle verfügbar sind und deshalb in eine konkurrierende Datenbank übernommen werden können.[878]

bb) Schutz der Datenbank nach deutschem und französischem Recht

Nach Art. 7 Abs. 1 Datenbanken-RL (§ 87 Abs. 1 UrhG, Art. L. 341-1 Abs. 1 CPI[879]) ist eine Datenbank sui-generis-geschützt, wenn für die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung ihres Inhalts eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Investition erforderlich ist. Danach

874 *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47; *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 45 f.; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 235; *Bartmann*, S. 114; *Davison/Hugenholtz*, EIPR 27 (2005), 113, 115; *Beunen*, S. 233 f.; siehe auch *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 14 („databases where the database maker and the proprietor of the underlying information are the same person or entity"); *Derclaye*, IIC 2007, 275, 288; *Grützmacher*, S. 371; *Leistner*, IIC 2005, 592, 593.

875 BGH GRUR 1999, 923, 923 – „Tele-Info-CD"; siehe auch *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 46.

876 Cass. com., Urt. v. 23.5.2010, JurisData n° 2010-002593 – „Lectiel II"; siehe auch *Bouche*, Propr. ind. 7/2010, 40; *Castets-Renard*, RLDI 62 (2010), 12.

877 *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 41; *Bartmann*, S. 114; siehe auch *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 330.

878 *Derclaye*, The Legal Protection of Databases, S. 39 („If there are several sources of the same information, there is (potential) competition and the price will be reasonable. If one database maker refuses access, the user can get access to another existing or future source. Too high a price will entice new producers to enter the market"); *dies.*, IIC 2007, 275, 288; *Bartmann*, S. 114.

879 „Le producteur d'une base de données […] bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel."

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist zunächst zu prüfen, ob eine bestimmte Investition überhaupt berücksichtigungsfähig ist, sodann, ob die Summe der berücksichtigungsfähigen Investitionen die Schwelle der Wesentlichkeit erreicht.[880] Seit der „British Horseracing Board"-Entscheidung des EuGH ist nur noch ein solcher Beschaffungsaufwand berücksichtigungsfähig, der im Hinblick auf die Datenbank als solche erfolgt.[881] Damit können nur noch die Mittel für die Ermittlung und Sammlung vorhandener Inhalte, nicht die Mittel für deren Erzeugung, berücksichtigt werden.[882] Denn das Ziel des sui-generis-Datenbankschutzes besteht allein darin, einen Anreiz für die Einrichtung von Systemen für die Speicherung und die Verarbeitung vorhandener Informationen zu geben und nicht für das Erzeugen von Inhalten, die später in einer Datenbank zusammengestellt werden können.[883] Der Schutzbereich für Sole-source-Datenbanken ist damit reduziert.[884] Allerdings können Sole-source-Datenbanken auch dann sui-generis-Schutz erlangen, wenn entweder die Sole-source-Daten ausschließlich erworben wurden – die Lizenzgebühren sind als Investition in die Beschaffung bereits vorhandener Daten berücksichtigungsfähig – oder die Investitionen in die Überprüfung und Darstellung die Wesentlichkeitsschwelle überschreiten.[885] Ein Beispiel für die erste Fallgruppe ist das elektronische Telefonbuch von DeTe-

880 *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 34.

881 EuGH GRUR 2005, 244, 247, Rdnr. 30 – „British Horseracing Board"; GRUR 2005, 252, 253, Rdnr. 23 – „Fixtures Marketing I"; GRUR 2005, 254, 256, Rdnr. 39 – „Fixtures Marketing II".

882 EuGH GRUR 2005, 244, 247, Rdnr. 31 – „British Horseracing Board"; GRUR 2005, 252, 253, Rdnr. 24 – „Fixtures Marketing I"; GRUR 2005, 254, 256, Rdnr. 40 – „Fixtures Marketing II"; GRUR Int. 2005, 244, 247, Rdnr. 49 – „Fixtures Marketing III".

883 EuGH GRUR 2005, 244, 247, Rdnr. 31 – „British Horseracing Board"; GRUR 2005, 252, 253, Rdnr. 24 – „Fixtures Marketing I"; GRUR 2005, 254, 256, Rdnr. 40 – „Fixtures Marketing II". Ob sich der EuGH damit der sog. Spin-off-Theorie angeschlossen hat, ist umstritten; dafür offenbar *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87a, Rdnr. 13; *Vivant*, Rdnr. 214; dagegen *Gaster*, in: *Hoeren/Sieber/Holznagel*, Multimedia-Recht[39], Teil 7.6, Rdnr. 95; *Derclaye*, The Legal Protection of Databases, S. 94; *Rieger*, S. 137; eine Klarstellung durch den Richtliniengeber empfehlen *Kur/Hilty/Geiger/Leistner*, IIC 2006, 551, 555.

884 *Kur/Hilty/Geiger/Leistner*, IIC 2006, 551, 554; *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 41; *Leistner*, IIC 2005, 592, 593; *Davison/Hugenholtz*, EIPR 27 (2005), 113, 114 f.; *Beunen*, S. 234; *Derclaye*, IIC 2010, 275, 285 u. 288; *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 14.

885 *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 45 ff.; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47 f.; *Beunen*, S. 234; *Davison/Hugen-*

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Medien, zu dessen Herstellung Lizenzzahlungen in Höhe von 93 Mio. DM an die Deutsche Telekom geleistet wurden.[886] Gesellschaftsrechtlich kann die „British Horseracing Board"-Entscheidung damit problemlos umgangen werden – die DeTeMedien GmbH ist eine hundertprozentige Tochter der Telekom.[887] Weder der ersten noch der zweiten Fallgruppe zuordenbar ist die nach französischem Recht erfolgende Beurteilung des elektronischen Telefonbuchs der France Télécom, die die zugrunde liegenden Daten selbst erhoben hatte. Hier lehnte die Cour de cassation zwar einen sui-generis-Schutz für das „annuaire universel" ab – wenn auch mit dem Argument, dass die France Télécom insoweit kein Datenbankhersteller i.S.v. Art. L. 341-1 Abs. 1 CPI (Erwgr. 41 Datenbanken-RL) sei, da sie als verpflichteter Universaldienstleister weder die Initiative ergriffen noch das Investitionsrisiko getragen habe[888] –, bejahte aber einen Schutz für das „annuaire électronique". Denn die Daten stammten nicht nur von den Anschlussinhabern, sondern zu mehr als der Hälfte von der France Télécom, und bestünde die wesentliche Investition in der auf einem „apport intellectuel" beruhenden Zusammenstellung dieser Daten in Höhe von 10,6 Mio. Euro zwischen 1992 und 2000.[889] Man mag die Entscheidung kritisieren,

---

holtz, EIPR 27 (2005), 113, 116 („possibly even by way of resale back"); *Rieger*, S. 146.

886 BGH GRUR 1999, 923, 923 – „Tele-Info-CD"; siehe *Thum*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 46.

887 Vgl. *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 46.

888 Cass. com., Urt. v. 23.5.2010, JurisData n° 2010-002593 – „Lectiel II" („[L]e droit sui generis […] n'est applicable qu'au producteur d'une base de données ayant pris l'initiative et le risque des investissements correspondants; […] tel n'est pas le cas de France Télécom dans la constitution de l'annuaire téléphonique, élément public par nature, entrant dans le cadre de sa mission statutaire et ne correspondant à aucun ‚risque' d'investissement, son coût étant, en outre, essentiellement pris en charge par les abonnés eux-mêmes").

889 Cass. com., Urt. v. 23.5.2010, JurisData n° 2010-002593 – „Lectiel II" („[C]ette base n'est pas constituée seulement des renseignements fournis par les abonnés mais […] elle est enrichie d'autres informations, dont plus de la moitié viennent de la société France Télécom, de façon à former un ensemble spécifique pour lequel celle-ci a conçu et défini les opérations utiles en leur affectant les moyens correspondants; […] cette base de données avait été constituée par un apport intellectuel de la société France Télécom, chiffré par l'expert en effort d'investissement de sept cent trois hommes par mois de travail correspondant à 10,6 millions d'euros entre 1992 et 2000"); siehe auch *Bouche*, Propr. ind. 7/2010, 40, 41; *Castets-Renard*, RLDI 62 (2010), 12, 14; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 1152.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

da sie die Rspr. des EuGH offensichtlich ignoriert[890] und das Kriterium des „apport intellectuel" – es wird normalerweise zur Bestimmung der *originalité* von Computerprogrammen herangezogen[891] – dem Leistungsschutzrecht fremd ist.[892] Dies ändert aber nichts am Ergebnis: Die Beispiele der elektronischen Telefonbücher von DeTeMedien und France Télécom zeigen, dass Sole-source-Datenbanken in Deutschland und Frankreich auch nach der „British Horseracing Board"-Entscheidung durchaus sui-generis-geschützt sein können.[893] Dieser Schutz kennt kaum Schranken[894] – im Wesentlichen nur zum privaten, zum wissenschaftlichen und zum Unterrichtsgebrauch (Art. 6 Abs. 2 Datenbanken-RL, § 87c Abs. 1 UrhG, Art. L. 342-3 Nr. 2 und 4 CPI[895]) – und gilt – wenn die Datenbank laufend aktualisiert wird – auf unbeschränkte Zeit.[896]

---

890 Vgl. *Castets-Renard*, RLDI 62 (2010), 12, 13 („La Cour de Justice de l'Union européenne fait scrupuleusement respecter les termes de la directive 96/9/CE. Mais en l'espèce, la Cour de cassation se montre bien moins rigoureuse"); siehe auch *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 214, Fn. 1 a.E.

891 *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 117; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 182; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 270.

892 *Castets-Renard*, RLDI 62 (2010), 12, 14.

893 So allgemein auch *Kur/Hilty/Geiger/Leistner*, IIC 2006, 551, 554; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47; *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47; *Beunen*, S. 234; *Derclaye*, IIC 2007, 275, 288; siehe auch *Davison/Hugenholtz*, EIPR 27 (2005), 113, 116; *Rieger*, S. 146.

894 *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 316; *Derclaye*, S. 136; *dies.*, IIC 2007, 275, 287; *Bensinger*, S. 259 f.

895 „Lorsqu'une base de données est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, celui-ci ne peut interdire: […] 2° L'extraction à des fins privées d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données non électronique […]; 4° L'extraction et la réutilisation d'une partie substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base […]."

896 Vgl. Art. 10 Abs. 3 Datenbanken-RL, § 87a Abs. 1 S. 2 UrhG, Art. 342-5 Abs. 3 CPI („Toutefois, dans le cas où une base de données protégée fait l'objet d'un nouvel investissement substantiel, sa protection expire quinze ans après le 1er janvier de l'année civile suivant celle de ce nouvel investissement"); sonst für 15 Jahre, Art. 10 Abs. u. 2 Datenbanken-RL, § 87d UrhG, Art. 342-5 Abs. 2 CPI. Nach der in Deutschland wohl h.M. soll aber bei der Frage, ob wesentliche Teile – oder auch ungeschützte unwesentliche Teile – dieser insgesamt geschützten Datenbank übernommen werden, nur auf die geänderten Bestandteile abzustellen sein, *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 87d, Rdnr. 8; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87d, Rdnr. 7; *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 128; *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR[3], § 87d,

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Schutz der Sole-source-Daten nach deutschem und französischem Recht

Soweit die Datenbank sui-generis-Schutz genießt, kann der Datenbankhersteller die Entnahme und/oder Weiterverwendung des *gesamten* oder eines *wesentlichen Teils* des Inhalts verbieten (Art. 7 Abs. 1 Datenbanken-RL, § 87b Abs. 1 S. 1 UrhG, Art. L. 342-1 CPI[897]). Zudem kann er die Nutzung *unwesentlicher Teile* untersagen, wenn diese systematisch und wiederholt erfolgt, in ihrer Summe das Ausmaß der Nutzung des gesamten oder eines wesentlichen Teils des Inhalts erreicht[898] und darüber hinaus entweder die „normale Auswertung" verletzt (z.B. durch Inkorporation in eine unmittelbar konkurrierende Datenbank)[899] oder die berechtigten Interessen des Herstellers unzumutbar beeinträchtigt (Art. 7 Abs. 5 Datenbanken-RL, § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG, Art. L. 342-2 CPI[900]).[901] Damit kann sich das Ausschließlichkeitsrecht – entgegen dem Grundsatz der Gemeinfreiheit von Information – *indirekt* auch auf die in der Datenbank enthaltenen Sole-source-Informationen erstrecken,[902] nämlich soweit sie den gan-

---

Rdnr. 4; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 212 f.; ohne diese Einschränkung dagegen *Decker*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 87d, Rdnr. 5; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 628; siehe auch *Derclaye*, IIC 2007, 275, 287; *Kreutzer*, S. 246.

897 „Le producteur de bases de données a le droit d'interdire: 1° L'extraction […] de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données […]; 2° La réutilisation […] de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base […]."

898 EuGH GRUR 2005, 244, 251, Rdnr. 89 – „British Horseracing Board".

899 BGH GRUR 2011, 724, 727, Rdnr. 42 – „Zweite Zahnarztmeinung II".

900 „Le producteur peut également interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données."

901 Vgl. *Kreutzer*, S. 250.

902 *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 146; *Rieger*, S. 263; *Bartmann*, S. 114; *Grützmacher*, S. 328; *Bensinger*, S. 108 ff.; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 332; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 315; *Passa*, Dr. et Patri. 91 (2001), 64, 69; *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 1198; siehe auch *Dreier*, GRUR Int. 1992, 739, 749.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zen Inhalt oder einen wesentlichen Teil des Inhalts ausmachen.[903] Die nur in einer einzigen Quelle verfügbare, nicht-substituierbare Information ist dann monopolisiert.[904]

b) Bewertung

Das Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei statischer Betrachtung stets ineffizient.[905] Hier wiegen die Effizienznachteile aber besonders schwer. Nicht nur verfügen die Rechtsinhaber einer Sole-source-Datenbank über eine monopolistische Preissetzungsmacht, sodass die Konsumentenrente *deutlich* stärker sinkt als die Produzentenrente steigt.[906] Auch bewirkt das Ausschließlichkeitsrecht letzten Endes nicht nur eine konsumtive, sondern auch eine *kreative* Unternutzung. Damit sind *zusätzliche* Effizienznachteile verbunden, weil Informationsmonopole den freien Informationsfluss beschränken, was sich nachteilig auf Innovation und Fortschritt auswirken kann.[907] Diese Effizienznachteile ließen sich allenfalls dann effizienzsteigernd ausgleichen, wenn das Ausschließlichkeitsrecht erforderlich wäre, um Investitionen in die Herstellung neuer Datenbanken zu ermöglichen.[908] Eben dies muss bezweifelt werden. Zunächst ist eine

903 *Passa*, Dr. et Patri. 91 (2001), 64, 69 („On ne peut donc véritablement parler d'appropriation d'une information par le droit du producteur de base de données que dans la situation […] où cette information représente à elle seule une partie substantielle du contenu de la base et n'est pas accessible par d'autres voies"); *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 315, Fn. 2; siehe auch *Bensinger*, S. 111.

904 *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 41 u. 47; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 177 f.; *ders.*, IIC 2005, 592, 592; *Bartmann*, S. 115; *Derclaye*, The Legal Protection of Databases, S. 280; *dies.*, IIC 2007, 275, 288; *Rieger*, S. 263; *Grützmacher*, S. 371; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 330; *Beunen*, S. 233; *Davison/Hugenholtz*, EIPR 27 (2005), 113, 115; *Kreutzer*, S. 246.

905 Siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (3) (c).

906 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1); siehe auch *Derclaye*, The Legal Protection of Databases, S. 280 („decrease in quantity and quality and increase in price"); *Grützmacher*, S. 111.

907 Vgl. *Bartmann*, S. 115; *Rieger*, S. 93; siehe auch *Grützmacher*, S. 111.

908 Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. a) cc).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Anreizwirkung des sui-generis-Datenbankschutzes generell nicht belegt. Ein entsprechender Evaluierungsbericht der Europäischen Kommission kommt zu dem Ergebnis, dass „the ‚sui generis' protection has had no proven impact on the production of databases".[909] So wurden 1998, als die ersten Mitgliedstaaten die Datenbanken-RL umgesetzt hatten, 3.092 neue Datenbanken in Westeuropa produziert (1996: 2.052).[910] Kaum war der sui-generis-Datenbankschutz in den meisten der damals noch 15 Mitgliedstaaten verankert, sank die Produktion neuer Datenbanken in Westeuropa von 4.085 (2001) auf 3.095 (2004).[911] Dagegen nahm die Anzahl neuer Datenbanken in den USA – dort genießen Datenbanken keinen sui-generis-Schutz – von 6.000 (1996) auf über 8.000 (2004) zu.[912] Man kann mit guten Gründen die Methodik des Evaluierungsberichts kritisieren[913] und auf den vertragsrechtlichen, lauterkeitsrechtlichen und technischen Schutz US-amerikanischer Datenbanken verweisen.[914] Aber selbst wenn man einen sui-generis-Datenbankschutz für erforderlich hält, darf der Rechtsinhaber die Datenbank nur zu angemessenen Preisen verwerten, also zu Preisen, die für die Amortisation der Investitionen erforderlich sind.[915] Das Ausschließlichkeitsrecht verleiht dem Sole-source-Datenbankhersteller aber eine monopolistische Preissetzungsmacht, von der er unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells auch Gebrauch macht. Die Monopolpreise können nun auch nicht etwa damit gerechtfertigt werden, dass die Herstellung einer Sole-source-Datenbank mit einem Investitionsrisiko verbunden sei, mithin eine Quersubventionierung erfordere.[916] Denn die Nachfrage nach Sole-source-Daten wie Telefonnummern, Börsendaten, Wetterdaten etc. ist einschätzbar, weil es hier – anders als bei Büchern, Filmen usw. – auf objektive Bedürfnisse, statt auf rein individuelle Geschmäcker und Präferenzen ankommt. Damit sind die Preise für den Zugang zu Sole-source-Datenbanken unangemessen, d.h. das

909 *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 20.
910 *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 24 u. 19.
911 *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 24.
912 *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 23 u. 25 („The ‚sui generis' right is somewhat at odds with the continued success of US publishing and database production that thrives without ‚sui generis' type protection").
913 *Rieger*, S. 89 f.; *Leistner*, ZGE 2009, 403, 430, Fn. 90; *Derclaye*, IIC 2007, 275, 297.
914 *Rieger*, S. 88; *Grützmacher*, S. 96; *Bartmann*, S. 36.
915 Vgl. 1. Kapitel B. III. a.A.
916 Siehe 1. Kapitel B. III. a.A.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Recht, eine gleichartig-konkurrierende Verwertung von Sole-source-Datenbanken zu verbieten und eine entsprechende Lizenz zu verweigern, ist bei wertender Betrachtung ökonomisch ineffizient. Da eine außerökonomische Rechtfertigung des sui-generis-Schutzes als eines reinen Investitionsschutzes ausscheidet,[917] ist das Ausschließlichkeitsrecht normativ ineffizient und zu beschränken.[918]

Das Ergebnis dürfte kaum überraschen. Die Freiheit der Information ist ein Menschen- (Art. 19 AEMR, Art. 10 Abs. 1 EMRK) und Grundrecht (Art. 11 Abs. 1 GRC, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG, Art. 11 DDHC[919]). Die Datenbanken-RL beruht dann auch auf der Erwägung, dass das sui-generis-Recht „in keinerlei Hinsicht eine Ausdehnung des urheberrechtlichen Schutzes auf reine Fakten oder Daten" bedeutet (Erwgr. 45) und „nicht zur Entstehung eines neuen Rechts an diesen Werken, Daten oder Elementen selbst" führt (Erwgr. 46). Beide Erwägungsgründe spiegeln das besondere Anliegen des Richtliniengebers wieder, jede Möglichkeit des Entstehens von Informationsmonopolen zu verhindern.[920] Aus diesem Grund hatte der von der Europäischen Kommission beschlossene und vom Europäischen Parlament gebilligte Richtlinienentwurf auch eine Zwangslizenz für Sole-source-Datenbanken vorgesehen.[921] Dass die Zwangslizenz letzten Endes keinen Eingang in den am 10. Juli 1995 vom Rat beschlossenen Gemeinsamen Standpunkt – und damit in das deutsche und französische Urheber-

917 Vgl. *Hilty*, ZUM 2003, 983, 999.

918 Vgl. *Hilty*, ZUM 2003, 983, 999; *Kur/Hilty/Geiger/Leistner*, IIC 2006, 551, 554 f.; *Derclaye*, The Legal Protection of Databases, S. 280; *dies.*, IIC 2007, 275, 297; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, S. 236; *Beunen*, S. 234; *Bartmann*, S. 121; *Grützmacher*, S. 382; *Große Ruse-Khan*, Der europäische Investitionsschutz für Datenbanken, S. 332; *Thum/Hermes*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47; *Vogel*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 87a, Rdnr. 47; *Kreutzer*, S. 258.

919 Zwar regelt Art. 11 DDHC unmittelbar nur die Meinungsfreiheit, mittelbar aber auch die Informationsfreiheit; grundlegend Cons. const., Entsch. v. 11.10.1984, n ° 84-181 DC, Rdnr. 38 („[E]n définitive l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché"), eingehend *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information, Rdnr. 133.

920 *v. Lewinski*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Rdnr. 9.7.54.

921 *Kommission*, KOM(93) 464 endg., ABl. C 308 v. 15.11.1993, S. 1, 13 ff. (= Art. 11 RL-Vorschlag 2); siehe auch 4. Kapitel A. IV.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

recht – fand, geht nicht zuletzt auf die drei Monate zuvor ergangene „Magill"-Entscheidung des EuGH zurück.[922] Da nunmehr die kartellrechtliche Zwangslizenz bereit stand, glaubte der Rat die urheberrechtliche Zwangslizenz streichen, eine diesbezügliche Revisionsklausel (Art. 16 Abs. 3 Datenbanken-RL) einführen und auf die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle (Erwgr. 47 Datenbanken-RL) verweisen zu können.[923] Der auf die Revisionsklausel hin ergangene erste und bisher einzige Evaluierungsbericht der Europäischen Kommission vom 12. Dezember 2005 – ein Jahr nach der „British Horseracing Board"-Entscheidung des EuGH – kam zu dem Schluss, dass „the ECJ in November 2004 significantly curtailed the scope of ‚sui generis' protection, thereby pre-empting concerns that the right negatively affects competition".[924] Wie gezeigt ist eine solche Feststellung unzutreffend. Das Problem besteht fort und muss gelöst werden.

IV. Exkurs: Beschränkung der Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen

Nach geltendem Recht kann die Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen beschränkt werden (unten 1.). Dieser Zustand ist aber nur im Einzelfall normativ ineffizient (unten 2.) und im Übrigen kein Problem des Urheberrechts (unten 3.)

1. Analyse

a) Interoperabilität von Computerprogrammen

Computerprogramme sind in zwei verschiedenen Sprachen verfasst: als *Quellcode* in der nur für den Menschen lesbaren Programmiersprache (z.B. Java)[925] und als *Objektcode* in der nur den Computer lesbaren Ma-

922 Vgl. *Gaster*, in: *Hoeren/Sieber/Holznagel*, Multimedia-Recht[39], Teil 7.6, Rdnr. 158 f.; eingehend zu „Magill" 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (2).
923 Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 20/95, ABl. C 288 v. 30.10.1995, S. 14, 27.
924 *Kommission*, First evaluation of the database directive, S. 6.
925 *Schweyer*, S. 58; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 4; *Hoeren*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 69e, Rdnr. 2; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 175; *Pellegrini/Canevet*, Rdnr. 122; *van Rooijen*, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schinensprache[926]. Ausgeliefert werden Computerprogramme in der Maschinensprache.[927] Eine ganz wesentliche Funktion von Computerprogrammen besteht nun darin, „mit den anderen Komponenten eines Computersystems und den Benutzern in Verbindung zu treten und zu operieren".[928] Diese Eigenschaft der „Fähigkeit zum Austausch von Informationen und zur wechselseitigen Verwendung der ausgetauschten Informationen" wird als Interoperabilität bezeichnet.[929] Die Teile des Programms, die eine solche Verbindung und Interaktion ermöglichen sollen, sind als Schnittstellen bekannt[930] und im Objektcode nicht identifizierbar.[931] Die bekanntesten Schnittstellen sind die Anwendungsprogrammierschnittstellen (kurz APIs[932]).[933] Wer etwa ein Anwendungsprogramm (z.B. Mozilla Firefox) entwickeln möchte, das mit einem bestimmten Betriebssystem (z.B. Microsoft Windows) interoperabel ist, bedarf dazu eines passenden „Steckers".[934] Die Schnittstelle besteht aus der Spezifikation und dessen Implementierung im Quellcode. Die Spezifikation legt nur fest, *was* zur Herstellung von Interoperabilität erreicht werden muss, nicht *wie*, d.h. durch welche Abfolge von Logarithmen, dies implementiert wird;[935] sie ist als zugrunde liegende Idee und Grundsatz urheberrechtlich nicht schutzfähig (Art. 1 Abs. 2 S. 2 Computerprogramme-RL, § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG). Schutzfähig sind aber alle Ausdrucksformen des Computerprogramms (Art. 1 Abs. 2 S. 1 Computerprogramme-RL, § 69a Abs. 2 S. 1 UrhG), also insbesondere der Objektcode, der Quellcode und die Quell-

926 *Schweyer*, S. 55; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 4; *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 1; *Hoeren*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 69e, Rdnr. 2; *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 175; *Pellegrini/Canevet*, Rdnr. 119; *van Rooijen*, S. 12; *Wiebe*, JIPITEC 2 (2011), 89, 90.

927 *van Rooijen*, S. 12.

928 *Schweyer*, S. 61; Erwgr. 10 Computerprogramme-RL.

929 Erwgr. 10 Computerprogramme-RL.

930 Erwgr. 10 Computerprogramme-RL.

931 *Schweyer*, S. 62.

932 Abkürzung von „Application Programming Interface".

933 *Schweyer*, S. 63; siehe auch *Pellegrini/Canevet*, Rdnr. 315.

934 *Schweyer*, S. 63.

935 *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 442; Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 570 – „Microsoft"; ähnlich *van Rooijen*, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

codefragmente, die die Schnittstellenspezifikation implementieren.[936] Soll nun ein neues Computerprogramm entwickelt werden, das mit dem bestehenden Computerprogramm interoperabel ist, muss es stets[937] dieselbe Spezifikation und bisweilen[938] auch dieselbe Implementierung aufweisen.

Der Programmierer benötigt also Informationen darüber, wie die Schnittstelle spezifiziert und gegebenenfalls wie diese Spezifikation implementiert ist. Diese sog. Schnittstelleninformationen erlangt er nur durch Offenlegung oder durch sog. Reverse Engineering. In der ersten Alternative muss der Softwarehersteller – wenn er nicht von sich aus den Quellcode offen zugänglich macht (sog. Open Source) – zur Offenlegung verpflichtet werden. In der zweiten Alternative muss das Urheberrecht u.a.[939] die Rückübersetzung des Objektcodes in den Quellcode – die sog. Dekom-

---

936 EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 289 – „Microsoft"; Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 190 – „Microsoft"; *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 443; ausdrücklich auch *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69a, Rdnr. 13; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 69a, Rdnr. 23; *ders.*, CR 1991, 577, 583; *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 69a, Rdnr. 31; *Hoeren*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG[2], § 69a, Rdnr. 5 u. 11; *Haberstumpf*, in: *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, II, Rdnr. 173; *Marly*, S. 324 („Auch vermag der Hinweis keine allgemeingültige Lösung zu bieten, sofern es sich nur um kurze Codeteile handele, fehle es zumeist an deren Schutzfähigkeit, so daß die Übernahme zulässig sei, denn es ist nicht ausgeschlossen, daß ein notwendigerweise zu übernehmender Teil umfangreich genug zur Begründung ist"); siehe auch *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 179; *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law, S. 312 f.; offen gelassen von *Schulte*, CR 1992, 648, 650; siehe auch *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 179.

937 *van Rooijen*, S. 15 („For two computer programs to be interoperable, they must thus adhere to the *exact* same interface specifications", Hervorh. i. Orig.).

938 *Schweyer*, S. 64 f. u. 140; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 18; *Vinje*, GRUR Int. 1992, 250, 259; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 69e, Rdnr. 20; *ders.*, CR 1991, 577, 583; *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien[3], § 69e UrhG, Rdnr. 10; *Haberstumpf*, in: *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, II, Rdnr. 173; *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law, S. 312 f.; *Ghidini/Arezzo*, S. 363; *Pres*, S. 141; *Marly*, S. 324; *Schulte*, CR 1992, 648, 650; siehe auch *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 441. Im Fall „Microsoft" war nach Auffassung der Europäischen Kommission nur die Offenlegung der Spezifikationen, nicht der Quellcodes erforderlich, Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 572 – „Microsoft".

939 Eingehend zu den urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlungen im Rahmen des Reverse Engineering *Schweyer*, S. 87 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

pilierung[940] – erlauben. Ist zur Entwicklung eines interoperablen Computerprogramms auch die Übernahme von Quellcodefragmenten erforderlich und sind diese *als solche* geschützt, muss ihm in beiden Alternativen auch diese Vervielfältigung erlaubt sein.

Das Reverse Engineering ist nach europäischem, deutschem und französischen Recht freigestellt.[941] Zunächst erlaubt Art. 5 Abs. 3 Computerprogramme-RL (d.i. § 69 Abs. 3 UrhG, Art. L. 122-6-1 Abs. 3 CPI) das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen und Speichern des Programms – was *an sich* bereits nach Art. 5 Abs. 1 freigestellt ist[942] –, um mittels Beobachten, Untersuchen oder Testen des Funktionierens des Programms – was streng genommen nicht mehr von Abs. 1 gedeckt ist[943] –die einem Programmelement, insbesondere einer Schnittstelle, zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze in Erfahrung zu bringen. Darüber hinaus ist nach Art. 6 Computerprogramme-RL (d.i. § 69e UrhG, Art. L. 122-6-1 Abs. 4 CPI) die Dekompilierung zulässig, wenn diese unerlässlich ist, um die erforderlichen Informationen zur Herstellung der Interoperabilität zu erhalten, und wenn weitere Voraussetzungen erfüllt werden (insbesondere die Nutzung nur zu Interoperabilitätszwecken)[944].

Solange Computerprogramme ausschließlich im Objektcode ausgeliefert wurden, bei dem ein Reverse Engineering nur unter großen zeitlichen und finanziellen Anstrengungen möglich ist, bedurften die Softwarehersteller keiner technischen Mittel, die eine Dekompilierung erschweren oder gar unmöglich machen.[945] Dies änderte sich Mitte der 1990er mit der Schaffung von Programmiersprachen wie Java, bei denen das Programm in einem dem Quellcode nahen Zwischencode, dem sog. Bytecode, ausge-

940 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69d, Rdnr. 6; *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 4; *Schweyer*, S. 131; *Lucas/Lucas/Schloetter*, Rdnr. 415; *Wiebe*, JIPITEC 2 (2011), 89, 90.

941 Eingehend zu den verschiedenen Reverse-Engineering-Techniken *Schweyer*, S. 73 ff.

942 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69d, Rdnr. 21; *Schweyer*, S. 131; *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 629; siehe auch *Lucas/Lucas/Lucas-Schloetter*, Rdnr. 414.

943 *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69d, Rdnr. 21; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG[5], § 69d, Rdnr. 20.

944 Art. 6 Abs. 2 lit. a Computerprogramme-RL (d.i. § 69e Abs. 2 Nr. 1 UrhG, Art. L. 122-6-1 Abs. 4 Unterabs. 2 Nr. 1 CPI).

945 *Schweyer*, S. 167.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

liefert wird.[946] Die allermeisten der zum Schutze von Java entwickelten Techniken können und werden nun auch für Programme verwendet, die in den „traditionellen" Maschinensprachen geschrieben werden.[947] Im Wesentlichen handelt es sich dabei um Verschlüsselungs-[948] und Verschleierungstechniken,[949] die den zeitlichen und finanziellen Aufwand für das Reverse Engineering, dessen Ausgang ungewiss ist,[950] in die Höhe treiben.[951] Aber selbst wenn es gelingt, den Objektcode in den Quellcode zurückzuübersetzen, um auf diese Weise deren Spezifikation zu ermitteln, kann der Softwarehersteller jederzeit die Schnittstelle ändern; dann war das Reverse Engineering umsonst.[952]

Ein Beispiel aus der jüngeren Zeit ist der Versuch von Microsoft, eine mit YouTube interoperable Anwendungssoftware (sog. App) für sein Smartphone-Betriebssystem Windows Phone zu entwickeln. Im Mai 2013 war es Microsoft gelungen, die APIs von YouTube mittels Reverse Engineering zu ermitteln.[953] Kaum aber war die Windows Phone YouTube-App veröffentlicht, forderte Google Microsoft auf, sie binnen einer Woche zurückzunehmen.[954] Zwar gelang es den Parteien, sich zu einigen, und Mitte August 2013 kam eine gemeinsam entwickelte YouTube-App auf

946 *Schweyer*, S. 167.
947 *Schweyer*, S. 167.
948 Eingehend *Schweyer*, S. 168 ff.
949 Eingehend *Schweyer*, S. 171 ff.
950 *Berns*, S. 417; *Wolf*, S. 124; siehe auch Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 685 – „Microsoft".
951 *Schweyer*, S. 177 („Es muss nicht das Ziel von Obfuskatoren sein – und ist es im Zweifel auch nicht – das reverse engineering unmöglich, sondern es wirtschaftlich völlig impraktikabel zu machen. Dieses Ziel kann man mit den dargestellten Methoden der Verschleierung erreichen"); *Bechtold*, in: *Becker/Buhse/Günnewig/Rump*, Digital Rights Management, S. 621; siehe auch *Bernault*, RLDI 25 (2007), supplément, 6, 8 („Inutile de s'attarder ici pour vous dire qu'évidemment, l'opération est complexe et réservée aux meilleurs informaticiens"); *Mazziotti*, World Competition 28 (2005), 253, 272 f.; *Berns*, S. 417; *Wolf*, S. 124.
952 Vgl. Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 686 – „Microsoft"; *Mazziotti*, World Competition 28 (2005), 253, 272 f.; *Wiebe*, JIPITEC 2 (2011), 89, 94.
953 Siehe http://www.theverge.com/2013/5/7/4308662/youtube-windows-phone-app/in/3603277 (zuletzt besucht am 20.12.2015).
954 Siehe http://www.theverge.com/2013/5/15/4334030/google-demands-microsoft-remove-youtube-windows-phone-app (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den Markt.[955] Allerdings änderte Google bereits wenige Tage später einen Microsoft zur Verfügung gestellten API-Schlüssel, da Microsoft angeblich die Nutzungsbedingungen verletzt habe.[956] Seitdem handelt es sich bei der Windows Phone YouTube-App im Wesentlichen nur noch um einen Link auf die YouTube-Startseite – ohne die zusätzlichen Funktionen einer App, wie sie ein Smartphone mit Googles Betriebssystem Android oder ein iPhone (mit Apples Betriebssystem iOS) bietet.[957] Ein weiteres – und das wohl bekannteste – Beispiel ist Microsofts Weigerung 13 Jahre zuvor, Sun Microsystems die Schnittstelleninformationen seines Client-Betriebssystems Windows XP zur Produktion eines interoperablen Server-Betriebssystems zugänglich zu machen.[958]

In solchen Fällen laufen die urheberrechtlichen Reverse-Engineering-Schranken faktisch leer.[959] Soweit man die Interoperabilität von Computerprogrammen anstrebt, reicht es nicht aus, dass der Inhaber die Erlangung der Schnittstelleninformationen *dulden* muss; er muss die Informa-

---

955 Siehe http://www.theverge.com/2013/5/15/4334956/microsoft-responds-to-youtube-windows-phone-takedown-notice/in/3603277 (zuletzt besucht am 20.12.2015).

956 „Google responded by revoking an essential API key that Microsoft was using, blocking access to YouTube from the app", siehe http://www.theverge.com/2013/8/16/4627342/microsoft-google-battle-over-youtube-windows-phone/in/3603277 (zuletzt besucht am 20.12.2015).

957 c't – Magazin für Computertechnik, 19/2013, S. 42 („‚Für uns sieht es so aus, als fabriziere Google Gründe für die Blockade, damit wir unseren Nutzern nicht dasselbe bieten können wie Android oder iPhone', klagte [Microsoft's Deputy General Counsel] Howard. ‚Die Hürden, die Google aufgestellt hat, sind nicht zu überwinden – und das wissen sie.' Windows-Phone-Nutzer können YouTube im Browser nutzen, wenn auch weniger komfortabel als in einer App", Anm. d. Verf.).

958 EuG BeckEuRS 2007, 455432 – „Microsoft"; Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 – „Microsoft".

959 *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law, S. 308 („[T]he directive appears to authorize an act that would be virtually impossible to carry out"); *Schweyer*, S. 239; *Bechtold*, in: *Becker/Buhse/Günnewig/Rump*, Digital Rights Management, S. 621; siehe auch *Ledieu*, Comm. com. électr. 7-8/2004, 19, 21; *Wolf*, S. 178; Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rd-nr. 687 – „Microsoft" („In conclusion, reverse engineering – as opposed to disclosures from Microsoft – does not constitute a viable solution for companies willing to compete with Microsoft on the work group server operating system market").

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tionen *offenlegen*.[960] Weder das deutsche noch das französische Urheberrecht verpflichten zur Offenlegung von Software-Schnittstelleninformationen. Ebenso wenig erlaubt es die im Einzelfall unerlässliche Vervielfältigung von durch Reverse Engineering erlangten, urheberrechtlich geschützten Quellcodefragmenten, die die Spezifikation implementieren.[961] Damit kann – vorbehaltlich des Kartellrechts – nach geltendem Recht die Interoperabilität von Computerprogrammen beschränkt werden.

b) Interoperabilität von technischen Schutzmaßnahmen

Bekanntlich lassen sich digitale Inhalte (z.B. E-Books, Filme und Musik) problemlos vervielfältigen. Musste man früher das entsprechende Buch, den Bild- oder Tonträger kaufen, ist es heutzutage möglich, die Inhalte im Internet kostenlos herunterzuladen (sog. Filesharing) oder unmittelbar kostenlos zu konsumieren (sog. Streaming). Die Rechtsinhaber reagierten – zunächst in der Musik- und Filmindustrie, zuletzt in der E-Book-Industrie – mit technischen Schutzmaßnahmen, allen voran Verschlüsselungsmethoden. Unter Zugrundelegung des normativen Effizienzziels sind technische Schutzmaßnahmen durchaus berechtigt, weil – und soweit – sie das Trittbrettfahrerproblem lösen und eine Unterproduktion neuer Werke ver-

960 *Schweyer*, S. 239 f.; *Ghidini/Arezzo*, S. 364; siehe auch *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law, S. 309 („Article 6 of Directive 91/250/EEC is, therefore, a long way achieving a consensus of opinion but today, the question interoperability can no longer necessarily be limited to this enactment alone").

961 *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 11 („Weiter kann […] nicht der Argumentation zugestimmt werden, dass die Übernahme urheberschutzfähiger Elemente zur Herstellung der Interoperabilität im Einzelfall erforderlich und daher nach dem Zweck des § 69e erlaubt sein müsse […]. Zunächst können auch die Vertreter dieser Auffassung nicht erklären, woher sie das dann notwendige Verbreitungsrecht ableiten. […] Und schließlich gewährleistet nur die hier vertretene Lösung, dass der Zweithersteller auch in solchen Fällen keine Investitionen des Originalherstellers für die Programmentwicklung übernimmt"); *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien[3], § 69e UrhG, Rdnr. 10; *ders.*, JIPITEC 2 (2011), 89, 92; *Dreier*, CR 1991, 577, 583; wohl auch *Czychowski*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR[11], § 69e, Rdnr. 14; a.A. *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, UrhR[4], § 69e, Rdnr. 18; *Vinje*, GRUR Int. 1992, 250, 259; *Pres*, S. 141; *Schweyer*, S. 140; *Marly*, S. 324. In der französischen Literatur wird diese Frage soweit ersichtlich nicht erörtert.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hindern.[962] Aus diesem Grund ist die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen strafbewehrt verboten (§§ 95a Abs. 1, 108b Abs. 1 UrhG, Art. L. 335-3-1 Abs. 1, L. 335-4-1 Abs. 1 CPI). Allerdings decken sich rechtlicher und technischer Schutz nur bedingt. Während das Urheberrecht z.B. die digitale Privatkopie erlaubt, versetzen technische Schutzmaßnahmen den Rechtsinhaber in die Lage, eine solche Nutzung zu verbieten.[963] Mithilfe technischer Schutzmaßnahmen kann dieser bis ins Detail bestimmen, ob, wann, wo, wie und wie oft der digitale Inhalt genutzt wird (sog. Digitales Rechtemanagement, kurz: DRM[964]).[965] Solange der Konsument den Inhalt lediglich konsumieren möchte, kann er dies regelmäßig unbeschränkt tun. Sobald er aber das technische Gerät, das den Zugang zum Inhalt erlaubt, wechseln, oder jemandem in seinem privaten Umfeld, der über ein anderes technisches Gerät verfügt, eine Kopie zukommen lassen möchte, ist er darauf angewiesen, dass die jeweiligen technischen Schutzmaßnahmen von technischem Gerät und digitalem Inhalt interoperieren. Damit besteht eine ähnliche Situation wie bei Computerprogrammen: Möchte der Inhalte-Anbieter bzw. Hersteller des technischen Geräts einen interoperablen DRM-Schutz entwickeln, benötigt er zwingend die Schnittstelleninformationen derjenigen technischen Schutzmaßnahme, mit der eine Interoperabilität angestrebt wird.

Ein bekanntes Beispiel hierfür ist der Versuch der Internet-Musikdienste RealMusic Store (USA) und Virgin Megastore (Frankreich) Mitte der 2000er Jahre, die eigenen MP3-Dateien mit einem DRM-Schutz zu verse-

---

962 *Hilty*, GRUR 2009, 633, 634 f. („Gäbe es keine technischen Schutzmaßnahmen, würden die notwendigen Anreize fehlen, um die durch sie abgesicherten Angebote überhaupt zur Verfügung zu stellen; ohne diese technische ‚Aussperrungsmöglichkeit' wäre nämlich kein Nutzer ‚gezwungen', in eine individualrechtliche Vereinbarung einzuwilligen, welche Leistung und Gegenleistung regeln – eine Nutzung wäre vielmehr kostenlos möglich, ein adäquater ‚return on investment' seitens des betreffenden Werkmittlers mithin ausgeschlossen. Und auch der Rechtsschutz solcher technischer Schutzmaßnahmen ist insoweit unumgänglich, als falschen Negativanreizen, diese zu umgehen, entgegengewirkt werden muss"); ausführlich zur ökonomischen Analyse technischer Schutzmaßnahmen *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 282 ff.

963 Eingehend zu der Gefahr, dass technische Schutzmaßnahmen die Schrankenregelungen unterlaufen *Hilty*, 53 JCSUSA 103, 114 ff. (2006); *ders.*, GRUR Int. 2006, 179, 180; *ders.*, ZUM 2003, 983, 990; *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 820; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 378 ff.

964 Überblicksartig zum Digitalen Rechtemanagement *Rump*, S. 3 ff.

965 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 71; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 33 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hen, den QuickTime, die Abspielsoftware des iPod, akzeptieren würde.[966] Zunächst baten sie Apple um eine Lizenz der in QuickTime eingebundenen DRM-Technologie FairPlay.[967] Als Apple beiden eine Lizenz verweigerte und während Virgin mit einem Antrag auf eine kartellrechtliche Zwangslizenz beim Conseil de la Concurrence im November 2004 scheiterte,[968] entwickelte Real Networks schließlich mittels Reverse Engineering die interoperable DRM-Technologie Harmony.[969] Kaum aber war Harmony Mitte 2004 auf dem Markt, aktualisierte Apple seine Abspielsoftware (einschließlich der Schnittstellen), sodass die im RealMusic Store erhältlichen MP3-Dateien erneut nicht auf dem iPod abgespielt werden konnten.[970] Während Internet-Musikdienste mittlerweile auf technische Schutzmaßnahmen verzichten, besteht heute dieselbe bzw. eine ähnliche Situation bei E-Books. Auf dem iPad können nur solche DRM-geschützten E-Books gelesen werden, die im iTunes Store gekauft wurden.[971] Umgekehrt können iBooks nur mit QuickTime gelesen werden, die nur auf Apple-Geräten vorhanden ist.[972] Amazon verfügt ebenfalls über ein geschlossenes Ökosystem: Die Lesesoftware des Kindle liest nur solche E-Books (nämlich die Kindle eBooks), die mit dem DRM-Schutz von Amazon versehen sind.[973] Umgekehrt sind Kindle eBooks nur mit der Lesesoftware des Kindle nutzbar.[974]

Soweit die DRM-Technologie Computerprogramme umfasst,[975] können deren Schnittstelleninformationen zwar theoretisch mittels Reverse Engi-

966 *Schweyer*, S. 180; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 35 u. 37 (2007).
967 Siehe auch Cons. conc., Entsch. v. 9.11.2004, n° 04-D-54, Rdnr. 7.
968 Cons. conc., Entsch. v. 9.11.2004, n° 04-D-54; zur ökonomischen Analyse dieser Entscheidung *Lévêque*, RDLC 1/2005, 15 ff.
969 *Schweyer*, S. 180; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 35 (2007).
970 *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 35 (2007); *Schweyer*, S. 180; *Mazziotti*, World Competition 28 (2005), 253, 272.
971 Apple verhindert also den „Import" DRM-geschützter E-Books, erlaubt aber – anders als Amazon – einen „Import" von E-Books ohne DRM-Schutz, *Bläsi/Rothlauf*, S. 19.
972 Apple verhindert also den „Export", *Bläsi/Rothlauf*, S. 19; siehe auch *Vercken/Macrez*, Légicom 51 (2014), 85, 86.
973 Damit wird der „Import" fremder E-Books verhindert, *Bläsi/Rothlauf*, S. 9 u. 45; siehe auch *Vercken/Macrez*, Légicom 51 (2014), 85, 86.
974 Es wird ein „Export" verhindert, *Bläsi/Rothlauf*, S. 45; siehe auch *Vercken/Macrez*, Légicom 51 (2014), 85, 86.
975 Vgl. *Caron*, Droit d'auteur et droits voisins, Rdnr. 181 („Bien souvent, la mesure technique consistera en un programme informatique"); *Bernault*, in: *Synodinou*,

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

neering erlangt werden. Im Übrigen aber bleiben die Schnittstelleninformationen – so sie denn nicht freiwillig offen gelegt werden – unzugänglich. Allerdings regelt das französische Urheberrecht als Reaktion[976] auf Apples Lizenzverweigerung gegenüber Virgin eine – praktisch freilich völlig unbedeutende[977] – gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung der technischen Dokumentation und der Programmierungsschnittstellen, die erforderlich sind, um einem technischen Gerät den Zugang zu einem durch technische Maßnahmen geschützten Werk oder Gegenstand zu erlauben (Art. L. 331-5 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Art. L. 331-32 CPI).[978] Das deutsche Urheberrecht enthält hingegen keine Offenlegungspflicht. Damit kann – vorbehaltlich des Kartellrechts – nach geltendem Recht die Interoperabilität von technischen Schutzmaßnahmen beschränkt werden.

2. Bewertung

Dass nach geltendem Recht die Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen beschränkt werden kann, ist aber nur im Einzelfall normativ ineffizient. Unter Zugrundelegung des ökonomischen Effizienzziels (unten aa)) und aus einer außerökonomischen Überlegung heraus (unten bb)) sollte die Offenlegung von Software- und DRM-Schnittstelleninformationen nur im Einzelfall erzwungen werden.

Codification of European Copyright Law, S. 310 („As technological measures usually take the form of software programs, French copyright law now offers two ways of obtaining the information needed to achieve their interoperability"); zu weitgehend wohl *Bitan*, RLDI 29 (2007), 64, 66 („La mesure technique de protection est constituée par un composant logiciel qui peut être incorporé au fichier contenant l'œuvre, mais c'est cette partie logiciel qui constitue le sujet principal de l'interopérabilité").

976 Vgl. *Goldsmith*, RLDI 23 (2007), supplément, 42, 42; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 37 (2007).

977 Siehe 3. Kapitel B. II. 2. d).

978 In Anlehnung an die Übersetzung von *Dietz*, GRUR Int. 2007, 692, 698; siehe eingehend 3. Kapitel B. II. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Ökonomische Effizienz

Die Nicht-Offenlegung von Software- und DRM-Schnittstelleninformationen ist nur im Einzelfall ineffizient, nämlich soweit die Effizienznachteile (unten aa)) die Effizienzvorteile (unten bb)) überwiegen (Kaldor-Hicks-Kriterium).[979]

aa) Effizienzvorteile

Die Nicht-Offenlegung von Schnittstelleninformationen wirkt sich auf sog. zweiseitigen Märkten *(two-sided markets)* aus. Zweiseitige Märkte sind Märkte, die durch sog. indirekte Netzwerkeffekte geprägt sind.[980] Anders als direkte Netzwerkeffekte, bei denen ein Gut für alle Nutzer umso nützlicher ist, je mehr Nutzer *dieses* nachfragen (z.B. ein Faxgerät),[981] bedeuten indirekte Netzwerkeffekte, dass ein Gut für alle Nutzer umso nützlicher ist, je mehr Nutzer *komplementäre Güter* nachfragen.[982] Da die Nachfrage mit dem Angebot korreliert, ist der Nutzen komplementärer Güter für die Produzenten umso größer, je mehr Konsumenten solche nachfragen, und umgekehrt.[983] Auf die Fallgruppen interoperable Computerprogramme und technische Schutzmaßnahmen übertragen heißt das:[984] Je mehr Konsumenten ein bestimmtes Betriebssystem nutzen (z.B. Windows), desto größer ist der Nutzen für diejenigen, die interoperable Com-

979 Vgl. 1. Kapitel A. II. 1. b) bb) (1).

980 *Schwalbe/Zimmer*, S. 61; *Surblytė*, S. 154 ff.; grundlegend zu zweiseitigen Märkten *Rochet/Tirole*, JEEA 1 (2003), 990 ff.

981 *Schwalbe/Zimmer*, S. 61; *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 88; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 22 f.; *van Rooijen*, S. 25; *Wolf*, S. 84; grundlegend *Katz/Shapiro*, 75 AER 424, 424 (1985).

982 *Schwalbe/Zimmer*, S. 61; *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 88; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 23; *van Rooijen*, S. 26; *Wolf*, S. 85 f.; *Surblytė*, S. 153 f.; grundlegend *Katz/Shapiro*, 75 AER 424, 424 (1985).

983 Vgl. *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 23 („Je höher die Anzahl der angebotenen Komponenten für ein System, desto höher die Attraktivität des Systems für die Nutzer. Dies wiederum steigert die Nachfrage nach diesem System und den Anreiz der Komponentenhersteller, Güter für dieses System anzubieten").

984 Vgl. *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 88.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

puterprogramme (z.B. Windows Internet Explorer, Mozilla Firefox) für dasselbe Betriebssystem produzieren; und umgekehrt: je mehr Computerprogramme produziert werden, die mit einem bestimmten Betriebssystem interoperieren, desto größer ist der Nutzen für die Konsumenten dieses Betriebssystems. Ebenso gilt: Je mehr Konsumenten eine bestimmte DRM-Technologie auf einem technischen Gerät nutzen (z.B. auf einem iPad), desto größer ist der Nutzen für diejenigen, die Inhalte mit diesem DRM-Schutz vertreiben (iBooks); und umgekehrt: je mehr Inhalte mit einer bestimmten DRM-Schutz angeboten werden (z.B. E-Books auf Amazon), desto größer ist der Nutzen von technischen Geräten, die dieselbe DRM-Technologie aufweisen (Amazon Kindle), für die Produzenten. Anders als in konventionellen Märkten nimmt die Nachfragekurve also nicht ab, sondern zu.[985]

Aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte besteht zunächst ein Anreiz, die Schnittstelleninformationen offenzulegen, um eine kritische Masse an Nutzern zu erreichen.[986] Ist erst einmal diese Schwelle erreicht, neigt der Markt dazu, zugunsten eines De-facto-Standards zu „kippen".[987] Welches Computerprogramm oder welche in einem technischen Gerät bzw. digitalen Inhalt enthaltene technische Schutzmaßnahme sich zum De-facto-Standard entwickelt, kann nur der Wettbewerb „entdecken". Weil der *standard race* eine marktbeherrschende Stellung verspricht,[988] nennt man diesen Wettbewerb einen Wettbewerb *um* den Markt *(competition* for *the market)*. Er gilt als besonders intensiv und verspricht erhebliche dynami-

985 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 88.

986 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 91; *Rochelandet/Ida*, RLDI 23 (2007), supplément, 25, 27; *Schweyer*, S. 68; Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 728 – „Microsoft" („Non-dominant players in the work group server operating system market have incentives to provide their competitors with interoperability information, since the existence of interoperable and complementary software products enhances the value of their own products in the eyes of users"); EuG BeckEuRS 2007, 455432, Rdnr. 702 – „Microsoft"; siehe auch *Wolf*, S. 98; *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 453.

987 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 88; siehe auch *Surblytė*, S. 146; *Wolf*, S. 100 f.

988 *Drexl*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 41; *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 96 ff.; *Surblytė*, S. 163; *van Rooijen*, S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sche Effizienzvorteile.[989] Eine marktbeherrschende Stellung kann aber nur erlangen, wer als einziger Anbieter von den indirekten Netzwerkeffekten profitiert, wer also seine Schnittstelleninformationen *nicht* offenlegt.[990] Unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells wird am *standard race* also nur teilnehmen, wer sein System verschließen kann.[991]

bb) Effizienznachteile

Freilich führt die Nicht-Offenlegung der Schnittstelleninformationen auch zu Effizienznachteilen. Während eines *standard race* – etwa gegenwärtig um den DRM-Standard für E-Book-Reader und E-Books –[992] sind stati-

989 Vgl. *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 93 u. 82; *Surblytė*, S. 163; *Gasser/Palfrey*, S. 14 („[T]his sort of (Schumpeterian) competition for the market sets incentives to come up with entirely new generations of technologies or ways of doing business (so-called ‚leapfrog competition') in order to replace incumbent players and achieve temporary dominance"); *Rochelandet/Ida*, RLDI 23 (2007), supplément, 25, 27; *van Rooijen*, S. 36; siehe auch *Schwalbe/Zimmer*, S. 27 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 168; *Drexl*, IIC 2004, 788, 805; *ders.*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law; S. 663; *ders.*, in: *Ghidini/Genovesi*, Intellectual Property and Market Power, S. 175; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 561 u. 569. Eingehend zum Begriff der dynamischen Effizienz *Schwalbe/Zimmer*, S. 9 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 135; *Motta*, S. 55.

990 Vgl. *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 93 („During a standard race there is by definition incompatibility between competing network standards. If compatibility were introduced the standard race would end"); *Surblytė*, S. 162.

991 Vgl. *Surblytė*, S. 145 u. 218 f.; *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 91; *Samuelson/Scotchmer*, 111 Yale L. J. 1575, 1617 (2002); siehe auch *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 35 (mit dem iPod/iTunes-System als Beispiel).

992 In Deutschland hat der E-Book-Reader Amazon Kindle bereits einen Marktanteil von 43 % (Tolino und Sony-Reader mit jeweils 12 bzw. 11 %) (Stand: Anfang 2014), siehe http://de.statista.com.statista.emedia1.bsb-muenchen.de/statistik/daten/studie/183611/umfrage/marktanteile-von-e-readern-in-deutschland/ (zuletzt besucht am 20.12.2015). Im deutschen E-Book-Reader-Markt verzeichnen Amazon und iTunes einen Anteil von 41 (Platz 1) bzw. 10 % (Platz 4) (Stand: 2012), siehe http://de.statista.com.statista.emedia1.bsb-muenchen.de/statistik/daten/studie/190132/umfrage/marktanteile-der-groessten-e-book-plattformen-in-deutschland/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sche Effizienznachteile zu vernachlässigen, weil es kaum rational wäre, „kurz vor dem Ziel" die Preise zu erhöhen und den Absatz zu verringern; im Gegenteil wird der Produzent die Preise senken und den Absatz steigern, um möglichst schnell möglichst viele Nutzer für sein System zu gewinnen.[993] Ist der *standard race* – wie im Markt für Betriebssysteme[994] – beendet, ist der Wettbewerb *innerhalb* des Marktes *(competition* within *the market)*, also der Wettbewerb zwischen den mit dem Standard interoperablen Produkten, so gut wie ausgeschlossen. Der Sieger erhält seine Prämie: die Quasi-Monopolrente. Die Folge sind ein statischer Effizienzverlust[995] und – weil der Quasi-Monopolist einen deutlich geringeren Druck verspürt, in Innovationen und Folge-Innovationen zu investieren – dynamische Effizienznachteile.[996] Denn hat sich erst einmal ein De-facto-Standard durchgesetzt, werden – unter Zugrundelegung des ökonomischen Verhaltensmodells – die Nutzer kaum noch das System wechseln wollen (sog. Lock-in-Effekt), weil dies versunkene Kosten und geringere Netzwerkeffekte zur Folge hat.[997] Damit steht der De-facto-Standard nur – aber immerhin – mit solchen Innovationen im Wettbewerb (*um* den Markt), de-

993 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 95; siehe auch *Wolf*, S. 102 f.; *Surblytė*, S. 164.

994 Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rdnr. 472 – „Microsoft"; *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 439 u. 453; *Samuelson/Scotchmer*, 111 Yale L. J. 1575, 1619 (2002). Der Marktanteil von Windows liegt in Deutschland bei 79,09 % (Stand: März 2015), vgl. http://de.statista.com.statista.emedia1.bsb-muenchen.de/statistik/daten/studie/158102/umfrage/marktanteile-von-betriebssystemen-in-deutschland-seit-2009/ (zuletzt besucht am 20.12.2015).

995 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 100. Allgemein zum statischen Effizienzverlust im Monopol siehe 1. Kapitel A. II. 2. a) bb) (1).

996 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 97 f. u. 99; siehe auch *Schwalbe/Zimmer*, S. 27 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: *Hirsch/Montag/Säcker*, MünchKommWettbR^2, Bd. 1, Einl., Rdnr. 168; *Drexl*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 36; *ders.*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 23; *ders.*, in: *Ghidini/Genovesi*, Intellectual Property and Market Power, S. 171; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 569.

997 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 97; *Surblytė*, S. 151 f.; *van Rooijen*, S. 27; *Wolf*, S. 98 f.; *Harrang*, 49 Ariz. L. Rev. 29, 36 (2007) (mit dem iPod/iTunes-System als Beispiel); siehe auch *Drexl*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren Nutzen so hoch ist, dass die mit einem Wechsel verbundenen Nachteile kompensiert werden.[998]

cc) Zwischenergebnis

Aufgrund ihrer äußerst komplexen Wettbewerbsauswirkungen kann die Nicht-Offenlegung von Software- und DRM-Schnittstelleninformationen nicht pauschal bewertet werden.[999] Zwar wird vor und während eines *standard race* eine Offenlegungspflicht eher schaden als nützen, weil sie einen dynamischen Wettbewerb behindert.[1000] Nach Abschluss des *standard race* sprechen aber der statische Effizienzverlust im Quasi-Monopol und der deutlich verringerte dynamische Wettbewerbsdruck für einen Offenlegungszwang. Auf der anderen Seite ist es bei dynamischer Betrachtung gerade die Aussicht auf die Quasi-Monopolrente, die den *standard race* in Gang setzt, zumal De-facto-Standards auch abgelöst werden können.[1001] Im Ergebnis sollte deshalb nur im Einzelfall die Nicht-Offenlegung von

998 *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 97; *Surblytė*, S. 152 („In such a case, consumers are likely to switch only if the incompatible technology promises dramatic improvement *and* other consumers are expected to join the network creating the necessary critical mass for it", Hervorh. i. Orig.); siehe auch *van Rooijen*, S. 34.

999 Vgl. *Gasser/Palfrey*, S. 18 („Despite anecdotal evidence from our case studies that higher degrees of interoperability foster innovation, we have found no reliable empirical evidence that would support a general conclusion in favor of interoperability"); *van Rooijen*, S. 37 („[M]andating interoperability, although welfare enhancing in some instances, may be detrimental in other instances"); *Lévêque*, RDLC 1/2005, 15, 19; *Ullrich/Heinemann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, VII., B., Rdnr. 56; *Rochelandet/Ida*, RLDI 23 (2007), supplément, 25, 27; *Surblytė*, S. 216; *Berns*, S. 437;.

1000 Vgl. *van Rooijen*, S. 37 („In order to stimulate innovation and investments in the development of strong standards, […] permitting competition for the market temporarily (until a *de facto*-standard has emerged) might, therefore, be the best option"); *Berns*, S. 437; *Wolf*, S. 199; siehe auch *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 32 („[C]ompetition law should not intervene in situations in which competition by substitution is possible"); *ders.*, in: *Ghidini/Genovesi*, Intellectual Property and Market Power, S. 175; *ders.*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 46; *ders.*, in: *Ehlermann/Atansiu*, The Interaction between Competition Law and IP Law, S. 663; *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 568.

1001 Vgl. *Drexl et al.*, IIC 2006, 558, 568; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 23.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Software- und DRM-Schnittstelleninformationen als ineffizient bewertet und die Offenlegung erzwungen werden.[1002] Maßgeblich ist dann u.a. der Innovationsgrad der jeweiligen Schnittstelleninformationen.[1003]

b) Außerökonomische Überlegung

Eine von De-facto-Standards und Lock-in-Effekten losgelöste Offenlegungspflicht könnte nur noch außerökonomisch gerechtfertigt werden. Sicher mag es dem Verbraucher nicht gefallen, wenn für sein Smartphone-Betriebssystem Windows Phone keine YouTube-App erhältlich ist oder er auf seinem Amazon Kindle keine iBooks lesen kann. Allerdings zwingt ihn keiner, Windows Phone zu nutzen bzw. einen Kindle zu kaufen. Ebenso gut könnte er statt Windows Phone Android installieren oder statt eines Kindle einen Tolino kaufen. Solange der Hersteller den Verbraucher darüber aufklärt,[1004] dass sein Ökosystem geschlossen ist, kann sich der Verbraucher ohne weiteres auch für ein offenes Ökosystem entscheiden.[1005] Diese Möglichkeit ist ihm erst dann genommen, wenn ein System – etwa das PC-Betriebssystem Windows mit MS Office – einen De-facto-Standard bildet. Wäre hier keine Interoperabilität gewährleistet, d.h. könnte man etwa auf einem Apple MacBook mit dem Betriebssystem Mac OS kein MS Word nutzen oder könnte man E-Books fast nur noch bei Amazon kaufen und diese nur auf einem Kindle lesen, dann könnte sich der

1002 Vgl. *Gasser/Palfrey*, S. 18 („As such, we refrain from arguing that interoperability should be pursued as a matter of public policy in all cases. We instead recommend a case-by-case analysis to determine whether and how to achieve an optimal level of interoperability"); *van Rooijen*, S. 37; *Ullrich/Heinemann*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbR[5], Bd. 1, VII., B., Rdnr. 56; *Berns*, S. 436 f.; *Wolf*, S. 200 f.; *Surblytė*, S. 216.

1003 Vgl. *Drexl*, in: *Hilty/Drexl/Nordemann*, FS Loewenheim, S. 453 („So sind im *Microsoft*-Fall die Interoperabilitätsinformationen, was ihren innovativen Gehalt angeht, innerhalb des Programms eher von untergeordneter Bedeutung […]. Die Werthaltigkeit dieser Informationen hat also nicht das Geringste mit ihrem innovativen Gehalt zu tun, sondern beruht allein auf dem Umstand, dass sich das Windows-Betriebsprogramm als *de facto*-Standard durchgesetzt hat"); *ders.*, in: *FIW*, Innovation und Wettbewerb, S. 41; *Mackenrodt*, in: *Drexl*, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, S. 102; *Surblytė*, S. 218 f.; *van Rooijen*, S. 37.

1004 Vgl. *Dreier*, Propr. intell. 25 (2007), 419, 421.

1005 Vgl. *Dreier*, Propr. intell. 25 (2007), 419, 422.

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verbraucher tatsächlich nicht mehr für oder gegen ein bestimmtes Ökosystem entscheiden. Dies ist aber – erneut – eine Frage des Einzelfalls. So gesehen war die in Frankreich mit reichlich Pathos[1006] – „l'interopérabilité est acte de fraternité, mais aussi, bien-sûr, de liberté et d'égalité"[1007] – geführte Debatte um die – aus heutiger Sicht praktisch völlig unbedeutende[1008] – gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen „viel Lärm um nichts".[1009]

3. Zwischenergebnis

Die Beschränkung der Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen ist nicht ohne Grund in einem Exkurs behandelt worden. Zwar ist dieser Zustand – im Einzelfall – durchaus ein Problem, das in einem engen Zusammenhang mit dem Urheberrecht steht, weil dieses die Nutzung von Computerprogrammen und die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen verbietet. Es ist aber im eigentlichen Sinn kein Problem des Urheberrechts. Erstens beruht die Unternutzung von Software- und DRM-Schnittstelleninformationen – abgesehen von dem seltenen Ausnahmefall, dass urheberrechtlich geschützte Quellcodefragmente untergenutzt werden – nicht auf einem urheberrechtlichen, sondern einem faktischen Schutz. Zweitens ist diese Unternutzung selbst noch kein Problem. Die Beschränkung der Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen wird erst dann zu einem Problem, wenn der relevante Markt zugunsten eines Computerprogramms bzw. einer DRM-Technologie „kippt" und die prokompetitiven Effekte einer Offenlegungspflicht die antikompetitiven Effekte überwiegen. Dieses Problem kann aber nur mithilfe kartellrechtlicher Kriterien gelöst werden. Es ist deshalb von vornherein ein Problem des Kartellrechts[1010] und als

---

1006 *Bernault*, in: *Synodinou*, Codification of European Copyright Law, S. 309 f. („grandiloquence").

1007 Berichterstatter Thiollière, zitiert nach *Sirinelli*, Propr. intell. 20 (2006), 297, 325.

1008 Siehe 3. Kapitel B. II. 2 d).

1009 *Dreier*, Propr. intell. 25 (2007), 419, 422.

1010 So auch *Wiebe*, JIPITEC 2 (2011), 89, 95 („Andererseits wäre eine aktive Offenlegungspflicht für das Urheberrecht ein Fremdkörper, im Kartellrecht dagegen am richtigen Platz"); allgemein auch *Drexl*, in: *Govaere/Ullrich*, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, S. 24 („Even if intellectual pro-

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

solches – wie die „Microsoft"-Entscheidung des EuG beweist[1011] – auch lösbar. Aus diesem Grund wird es – mit Ausnahme der in der Première partie du Code de la propriété intellectuelle geregelten Verpflichtung zur Offenlegung von DRM-Schnittstelleninformationen – nicht weiter behandelt.

V. Zwischenergebnis

Vorbehaltlich berechtigter ideeller Interessen ist das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht in den folgenden Fallgruppen zu beschränken:

1. Das Werk wird seit zwei Jahren nicht mehr verwertet.
2. Das Werk wird nicht auf eine neue Art verwertet und die bisherige Nutzung wird nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt.
3. Das Werk wird nicht auf eine neue, etablierte Art verwertet.
4. Das Werk wird von einer Person, die nicht der Urheber ist, zu unangemessenen Preisen verwertet.
5. Das Ausschließlichkeitsrecht schützt einen wissenschaftlichen Aufsatz oder eine Sole-source-Datenbank.

In einem Exkurs wurde dargelegt, dass die Beschränkung der Interoperabilität von Computerprogrammen und technischen Schutzmaßnahmen kein Problem des Urheberrechts, sondern ein Problem des Kartellrechts ist.

---

perty laws are pro-competitively designed, competition laws still have to intervene in situations in which specific market circumstances, like *de facto* standardisation based on network effects, produce anti-competitive effects"); *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16, 27 („Sicherlich werden sich wettbewerbsbeschränkende Situationen, die aus der Entwicklung der geschützten Leistung als De-facto-Standard […] beruhen, nur extern korrigieren lassen, denn Immaterialgüterrechte sind nicht der Ort, wo einzelfallbezogene Marktgegebenheiten berücksichtigt werden müssen"); in dieselbe Richtung aus französischer Sicht *Vivant/Bruguière*, Rdnr. 999 („[C]ette régulation de l'interopérabilité n'aurait-elle pas pu être confiée au juge de la concurrence?"); *Bruguière*, Comm. com. électr. 2/2007, 8, 13.

1011 Siehe eingehend 2. Kapitel A. II. 5. b) aa) (5).

https://doi.org/10.5771/9783845292991-38, am 30.06.2024, 03:36:37
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb